

La actividad legislativa y
los Derechos Humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL CONGRESO NACIONAL
2016-2017

3

La actividad legislativa y
los Derechos Humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL CONGRESO NACIONAL
2016-2017



**ACTIVIDAD LEGISLATIVA Y DERECHOS HUMANOS EN CHILE.
PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL CONGRESO NACIONAL 2016-2017**

Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Branislav Marelic Rokov, Director
Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
José Aylwin Oyarzún
Carolina Carrera Ferrer
Consuelo Contreras Largo
Sebastián Donoso Rodríguez
Carlos Frontaura Rivera
Debbie Guerra Maldonado
Sergio Micco Aguayo
Margarita Romero Méndez
Eduardo Saffirio Suárez

Equipo de trabajo INDH

Rodrigo Bustos Bottai
Juan Cristóbal González Sepúlveda
Christian Finsterbusch Romero
Julio Cortés Morales
Leonardo Urrutia Álvarez

Diseño y diagramación

Rosana Espino Ojeda

ISBN para publicación digital: 978-956-6014-03-4

Registro de Propiedad Intelectual: A-285.184

Primera edición
2.000 ejemplares
Santiago de Chile
Noviembre de 2017

ÍNDICE

Presentación	7
1. Tortura y Derechos Humanos	9
2. Institucionalidad Indígena	37
3. Derechos e Infancia	45
4. Educación y Derechos Humanos	95
5. Seguridad y Derechos Humanos	107
6. Discapacidad y Derechos Humanos	117
7. Medidas alternativas al Cumplimiento de la Pena	131
8. Agenda Corta Antidelincuencia	147

PRESENTACIÓN

El cumplimiento del mandato legal del INDH impone la necesidad de desarrollar el seguimiento de la actividad normativa, especialmente aquella derivada del proceso legislativo. En este contexto y con el propósito de coordinar las actividades necesarias para la toma de decisiones del INDH en el ámbito legislativo y de mantener actualizada la información para los requerimientos de las unidades funcionales, particularmente para la redacción del Informe Anual, se ha establecido un área de seguimiento legislativo.

Para cumplir esta labor cada año el Consejo del INDH determina las prioridades de seguimiento legislativo en consideración los siguientes aspectos propios de cada proyecto de ley:

A.- Su pertinencia o nivel de relación con el ámbito de competencia y definiciones del INDH, especialmente vinculadas a recomendaciones establecidas en los Informes Anuales del INDH; los proyectos de ley recomendados a Chile o comprometidos por el Estado en los diversos procesos de revisión y seguimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile; y los proyectos de Ley en los que se hubiese requerido la opinión formal del INDH por el Congreso Nacional.

B.- Viabilidad legislativa: según factores que permiten presumir cuáles proyectos tienen perspectiva de convertirse efectivamente en normas legales. Entre tales factores, principalmente se considera el hecho de que se trate de iniciativas originadas en Mensajes del Ejecutivo, pues son las que normalmente, aunque no siempre, registran avances efectivos en su tramitación y aquellas que, originadas en Mociones parlamentarias, muestran tramitación o anuncios del Ejecutivo que hacen presumir su viabilidad política.

De acuerdo a esas consideraciones, se propone la **priorización de las iniciativas legislativas actualmente en curso en dos categorías:**

(1): Participación activa en el proceso de tramitación del proyecto de ley en un proceso gradual que va desde la presentación de minutas al Congreso Nacional con estándares internacionales de derechos humanos a minutas con posición del INDH, en ambos casos con distintos niveles de participación en las comisiones parlamentarias.

(2): Seguimiento a través de la asistencia regular a las Comisiones o sesiones de Sala que permitan contar con información detallada sobre el curso de la discusión (posición y propuestas del Ejecutivo, de los Parlamentarios y de las instituciones o personas invitadas al trabajo de comisiones).

Al igual que en ocasiones anteriores, la presente publicación pretende poner a disposición del público en general las minutas presentadas al Congreso Nacional, según el eje de participación activa definido en la priorización de las actividades del INDH, las que comprenden los años 2016 y 2017.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, fluid strokes that form a stylized, abstract shape.

BRANISLAV MARELIC ROKOV
Director
Instituto Nacional de Derechos Humanos.

1

Tortura y Derechos Humanos

Informe sobre el proyecto de ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad.

Boletín N° 9589-17

Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 02 de mayo de 2016 - Sesión 300.

I.- Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley que modifica la tipificación del delito de tortura (Boletín N° 9589-17) eleva su penalidad y establece expresamente su imprescriptibilidad, pretende principalmente adecuar la normativa nacional a las exigencias internacionales en lo relativo a las principales obligaciones sobre la regulación de la tortura suscritas por el Estado de Chile. Para llevar a cabo lo anterior, promueve establecer una nueva tipificación del delito de tortura y nuevas disposiciones que refuerzan su tratamiento, en donde destaca la prohibición de amnistía y de prescripción como formas de extinción de la responsabilidad penal respecto de estos ilícitos y el aumento de la penalidad asociada a los mismos.

El proyecto de ley se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional en el Senado de la República, habiendo sido aprobado de forma casi unánime en primer trámite en la Cámara. El presente informe se hace cargo del proyecto de acuerdo al texto aprobado por la Cámara de Diputados, haciendo una exposición de los antecedentes del proyecto, los estándares internacionales en derechos humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario, para luego analizar el mérito del mismo a la luz de los estándares aludidos.

II.- Antecedentes

Según la iniciativa legal, la propuesta se fundamenta en que la tortura constituye una violación a los derechos humanos y uno de los crímenes más degradantes que puede sufrir una persona, razón por la cual el derecho internacional establece la prohibición absoluta de su práctica, constituyendo la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984) su principal fuente normativa.

El proyecto agrega que el Estado de Chile suscribió la mencionada Convención, la cual se encuentra vigente desde el 26 de noviembre de 1988. Sin embargo y pese a las modificaciones introducidas por la ley N° 19.567 (1998) nuestra legislación penal es insuficiente

para dar cumplimiento a los mandatos y obligaciones contenidos en la Convención. Por estas razones y considerando que ya han transcurrido más de 26 años desde que Chile asumiera sus compromisos sobre la materia, sería indispensable la adecuación de nuestra normativa a los instrumentos internacionales.

El proyecto original presentado contenía entre las principales modificaciones la adopción de una concepción amplia del delito de tortura, siguiendo en su mayor parte la definición propuesta por la Convención ONU, sin embargo, se alejaba de ella al prescindir de la exigencia del sujeto activo cualificado (funcionario público) que exige la convención internacional, permitiendo con ello que la realización del tipo de penal de tortura pueda ser cometida por cualquier persona.

No obstante lo anterior, el proyecto presentado inicialmente ha cambiado radicalmente en cuanto a la propuesta originaria. Las indicaciones introducidas por el Gobierno han redibujado el alcance y características de la pretendida tipificación de la tortura y de las demás disposiciones que componen la estructura del actual estado de la iniciativa legal.

III.- Estándares internacionales sobre la regulación de la tortura

III.1 La regulación de la tortura en el Derecho Internacional¹

El derecho a no ser sometido a tortura está firmemente establecido en el marco jurídico internacional, en tanto afrenta a la integridad personal de los seres humanos. En efecto, toda la regulación internacional de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes giran en torno a su prohibición absoluta consagrada de manera unánime tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional.²

¹ Para una descripción también de la regulación de la tortura en el DIDH que han sido informados por el INDH, ver "*Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)*", Instituto Nacional de Derechos Humanos, p. 77 y ss.

² La prohibición de someter a personas a torturas, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes, se considera una norma de *ius cogens*, es decir; una norma imperativa que forma parte del orden público internacional, no admitiendo reservas o estipulaciones convencionales en contrario (Convención de Viena de Derecho de los Tratados, artículos 53 y 71. Adoptada el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980. Ratificado por el Estado de Chile el 9 de abril de 1981).

En el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ establecen que ninguna persona será sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte, en el Derecho Internacional Humanitario, que regula las obligaciones de las partes beligerantes en tiempos de guerra, también se proscribe de manera completa la práctica de la tortura, incluidos los casos de conflictos armados de carácter no internacional (artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra)⁵.

Igualmente en el Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, persigue y sanciona la tortura en tanto crimen de guerra y como delito de lesa humanidad.^{6 7}

Del mismo modo, varios instrumentos regionales consagran el derecho a no ser sometidos a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Entre ellos podemos mencionar la Convención Americana de Derechos Humanos⁸, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y

³ Resolución 217A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, artículo 5; véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, tercer período de sesiones, (A/810), p. 34.

⁴ Entró en vigor el 23 de marzo de 1976; véase la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966, anexo, artículo 7; Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 16 (A/6316), p. 55, y Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 999, p. 241.

⁵ Los tratados internacionales que gobiernan los conflictos armados establecen un Derecho Humanitario Internacional o las leyes de la guerra. La prohibición de la tortura dentro del Derecho Humanitario Internacional no es más que una pequeña parte, aunque importante, de la protección más amplia que esos tratados dan a todas las víctimas de la guerra. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 han sido ratificados por 188 Estados. Fijan normas para el desarrollo de los conflictos armados internacionales y, en particular, sobre el trato a las personas que no toman parte o que han dejado de tomar parte en las hostilidades, incluidos los heridos, los capturados y los civiles. Los cuatro Convenios prohíben la práctica de la tortura y de otras formas de malos tratos. Dos Protocolos de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra, amplían la protección y el ámbito de esos Convenios. El Protocolo I (ratificado hasta la fecha por 153 Estados) se refiere a los conflictos internacionales. El Protocolo II (ratificado hasta la fecha por 145 Estados) se refiere a los conflictos que no sean de índole internacional.

⁶ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, instituyó una Corte Penal Internacional con carácter permanente y con la misión de juzgar a las personas responsables de delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (A/CONF.183/9).

⁷ El artículo 7º del Estatuto de Roma entiende por tortura el "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas". Congruentemente, el artículo 7º de la ley 20.357 acoge en gran medida y similitud el tipo internacional, sancionando el que "torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas". En Chile, pues, el tipo penal de tortura se encuentra previsto según la definición del Estatuto de Roma para el caso de la comisión de delitos calificados como de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

⁸ El 22 de noviembre de 1969, la Organización de los Estados Americanos adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978.

de las Libertades Fundamentales⁹. Todos ellos contienen la prohibición expresa y absoluta de la tortura, no admitiendo justificación alguna cualquiera sean las circunstancias que se invoquen para justificarla.

III.2. El derecho a la integridad personal frente a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

En los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, se prohíbe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como una vulneración al derecho a la integridad personal.

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”. La Observación General N° 20¹⁰ del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que reemplazó a la Observación General N° 7 sobre prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, señala que la finalidad del artículo 7 del Pacto es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona, agregando “*El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado.*”¹¹

Como se puede apreciar, el Pacto no contiene definición alguna de los conceptos que refiere. Sobre esto el Comité ha sostenido que “*no se considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado*”.¹²

Por su parte en el Sistema Interamericano, el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que “*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*

⁹ El 4 de noviembre de 1950, el Consejo de Europa adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

¹⁰ 44 Período de Sesiones (1992). Esta Observación General, reemplazó a la observación general 7 (del 16° período de sesiones, 1982) y refleja y desarrolla más detalladamente su sentido.

¹¹ *Ibíd.* El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) fue el primer tratado universal de derechos humanos que incluyó explícitamente una prohibición contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, con el objetivo de proteger tanto la dignidad como la integridad física y mental del individuo.

¹² *Ibíd.* El Comité de Derechos Humanos ha señalado que la determinación de si un trato en particular constituye una violación del artículo 7 “*depende de todas las circunstancias del caso, como la duración y la forma del trato, sus efectos físicos o mentales y el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima*”. Por lo tanto, elementos tales como la edad y la salud mental de la víctima pueden agravar el efecto de un determinado trato como para que esté incluido dentro del ámbito de aplicación del artículo 7. Sin embargo, no es suficiente que el trato sea capaz de producir un efecto físico o mental adverso; debe demostrarse que esto ha ocurrido en un caso específico.

cruelles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano...". Como se puede apreciar, el núcleo central del artículo 5 comentado estriba en la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, sin perjuicio que esta norma tiene un alcance mucho mayor al del artículo 7 del Pacto y que del artículo 3 del Convenio Europeo. No obstante, el artículo 5 tampoco define las conductas prohibidas ni entrega criterios para poder distinguir una de otra. Lo más relevante de lo anterior, es que la conducta es violatoria sea que atente contra la integridad física, psíquica y moral.¹³

La Corte IDH ha sostenido que *"Por otra parte, la Convención Americana reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la prohibición imperativa de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"*¹⁴.

III.3. La definición y obligación de tipificar la tortura en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

No obstante a lo referido sobre la prohibición absoluta de la tortura contenida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ninguno de ellos define lo que debe entenderse por tortura. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional decidió avanzar en la elaboración de instrumentos de carácter específicos en la lucha contra la tortura. La primera definición incorporada a la normativa internacional fue la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura. Posteriormente surgió la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, las cuales además de entregar un concepto de tortura, han establecido una serie de obligaciones para los Estados para su efectiva proscripción.

La Declaración Sobre Protección a Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes¹⁵, señala:

"[s]e entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de

¹³ Para un estudio más detallado del tratamiento del artículo 5° de la Convención Americana, ver Medina, Cecilia *"La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia"*, Universidad de Chile (2005), p. 137 y ss.

¹⁴ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C N° 252, párrafo 147.

¹⁵ El año 1975 fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas la *"Declaración Sobre Protección a Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes"* (Resolución 3452 de 9.12.75).

intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.”

En cuanto a la definición de tortura de la Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes¹⁶, se señala:

“[t]odo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físico o mental, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido o de intimidar o coaccionar a una persona o a otras o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores sean ocasionados por funcionarios públicos u otras personas en ejercicio de funciones públicas a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o sean inherentes o incidentales a éstas”.

Las definiciones anteriores tienen al menos las siguientes características en común: a) se trata de infligir a una persona dolores o graves sufrimientos físicos o mentales; b) que los actos sean intencionales, es decir deliberados o voluntarios; c) que se persiga alguna finalidad, y e) que sean cometidos por un funcionario público o un particular actuando bajo su aquiescencia o consentimiento.¹⁷

La Convención contra la Tortura en su artículo 2 dispone que la definición de tortura se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Ejemplo de una definición de mayor alcance es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹⁸, la cual señala en su artículo 2º:

“[s]e entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

¹⁶ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

¹⁷ En los mismo términos, “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile” (2013), op.cit., p. 78.

¹⁸ Adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987, conforme al artículo 22 de la Convención.

Esta definición es muchos más amplia que la Convención de Naciones Unidas. En primer lugar, elimina la referencia al sujeto activo de carácter público (al menos de la definición). En segundo lugar, el elemento material consiste en penas o sufrimientos físicos o mentales que ya no son calificados de graves. Por otra parte, se modifica el elemento subjetivo con el reconocimiento de cualquier otro fin, lo que en efecto significa la eliminación del elemento subjetivo de la definición. Por último, se extiende la noción de tortura a “métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.¹⁹

Por su parte, la obligación de tipificar la tortura implica que se le criminalice como delito en los ordenamientos internos. La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura contiene esta obligación en su artículo 4, al señalar que “*todo Estado parte velará porque 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. Asimismo todo Estado castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.*”

La penalización de todos los actos de tortura, incluida la complicidad o la participación en ellos, también se encuentra reconocida en el Principio 7 del Conjunto de Principios sobre la Detención, en el artículo 7 de la Declaración de Protección contra la Tortura y párrafos 31 a 33 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos “*considera claramente que los pasos necesarios para evitar violaciones del artículo 7 incluyen criminalizar los actos de tortura y malos tratos y señaló, en su Observación General al artículo 7, que “[a]l presentar sus informes, los Estados Parte deberán indicar las disposiciones de su derecho penal que sancionan la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, y especificar las sanciones aplicables a esos actos, sean éstos cometidos por funcionarios públicos u otras personas que actúen en nombre del Estado o por particulares.*”²⁰ Entonces, para el Comité, los Estados signatarios

¹⁹ Respecto a los parámetros relevantes a la hora de establecer si un hecho constituye tortura indicando, en un reciente fallo de la Corte IDH se afirmó que: “(La Corte)... siguiendo la definición establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entendió que se está frente a un acto de tortura cuando el maltrato cumple con los siguientes requisitos: i) es intencional; ii) causa severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) se comete con determinado fin o propósito” (Corte IDH Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30.8.2010, párrafo 120). También la Corte ha ratificado lo anterior sosteniendo que “Para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: a) es intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito” (Corte IDH. Caso J.Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275, párrafo 364).

²⁰ CDH, Observación General N° 20, párrafo 13.

del Pacto tienen la obligación de tipificar tanto la tortura como los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.²¹

Por último, algunas consideraciones en cuanto a la calidad del sujeto activo necesaria para la configuración de la tortura. Dada la propia naturaleza del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las distintas convenciones que la sancionan y proscriben exigen sin excepciones la concurrencia activa de un sujeto con calidad de agente público o persona asimilable en sus funciones. En cambio, cuando la tortura es considerada en un contexto excepcional de violencia y conflicto armado, como crimen de guerra, o en un contexto de ataque generalizado a la población, como delito de lesa humanidad –según las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y/o del Derecho Penal Internacional, respectivamente– no exige que el sujeto activo sea un agente estatal puesto que en el primer caso se entiende que se realizan en el marco de un conflicto, y en el segundo puede tratarse de particulares que actúan con la aquiescencia del Estado.

Ello ha sido sostenido ya desde los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 8 de junio de 1977, los que contienen una serie de disposiciones que prohíben absolutamente la tortura y otros tratos crueles o inhumanos y los atentados contra la dignidad de las personas. Por ejemplo, la tortura está prohibida por el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, artículo 12 de la Primera y Segunda Convenciones, los artículos 17 y 87 del III Convenio, el artículo 32 del IV Convenio, artículo 75 (2 a & e) del Protocolo adicional I y el artículo 4 (2 a & h) del Protocolo adicional II. En los conflictos armados internacionales, la tortura constituye una grave violación de los artículos 50, 51, 130 y 147, respectivamente, de estos convenios. En virtud del artículo 85 del Protocolo I adicional, estas violaciones constituyen crímenes de guerra. En los conflictos armados no internacionales, se consideran violaciones graves.

Además, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, artículo 75 (2 b & e) del Protocolo adicional I y el artículo 4 (2 a & h) del Protocolo Adicional II prohíben “*los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes*”. En los conflictos armados internacionales, estos actos constituyen infracciones graves. En los conflictos armados no internacionales, constituyen violaciones graves.

Por último, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles o inhumanos y los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, es reconocida como una norma consuetudinaria del derecho internacional humanitario, recogida en la Regla 90 del Estudio de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja, como, también, por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

²¹ Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Sri Lanka, UN Doc. CDH/CO/79/LKA, 2003, párrafo 9.

Por su parte, el Estatuto de Roma define la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes como crímenes de guerra en virtud del artículo 8 (2 a ii, iii y XXI y 2 IC y ii) y como crímenes contra la humanidad en virtud del artículo 7 (I F & k).

III.4. Otras obligaciones derivadas de la regulación de la tortura

Todos los instrumentos internacionales antes citados establecen ciertas obligaciones que los Estados deben respetar para asegurar la protección contra la tortura de todas las personas. La principal dice relación con tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra como justificación de la tortura (artículo 2 de la Convención contra la Tortura y artículo 3 de la Declaración sobre la Protección contra la Tortura).

Una de las obligaciones fundamentales para los Estados es la de investigar todo acto de tortura. El Derecho Internacional obliga a investigar con prontitud e imparcialidad todo acto de tortura que se notifique. Así, es deber de los Estados asegurar que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura (artículo 12 de la Convención contra la Tortura, Principios 33 y 34 del Conjunto de Principios sobre la Detención, artículo 9 de la Declaración sobre la Protección contra la Tortura).²²

Otra obligación consiste en asegurar que toda víctima de tortura obtenga reparación e indemnización adecuadas (artículos 13 y 14 de la Convención contra la Tortura, artículo 11 de la Declaración sobre la Protección contra la Tortura, párrafos 35 y 36 de las Normas mínimas para el tratamiento de los reclusos).

En el ámbito regional, en relación a los compromisos que se adquieren por parte de los Estados en materia de tortura, la Corte IDH sostuvo *“La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”*²³.

²² Los principios fundamentales de toda investigación viable sobre incidentes de tortura son competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad. Estos elementos pueden adaptarse a cualquier sistema jurídico y deberá orientar todas las investigaciones de presuntas torturas. Para más detalle ver Protocolo de Estambul, ONU (2001).

²³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 165. En cuanto a la obligación de investigar en el sistema interamericano ver: Corte IDH. Caso García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C N° 267, párrafo 122; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párrafos 219, 222 y 223, y Caso Fleury y otros Vs. Haití, supra, párrafo 107.

En cuanto a la obligación de sancionar, la Corte IDH ha sostenido que *“Esta actuación está normada, además, de manera específica en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, que obligan a los Estados Partes a adoptar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción (...)”*²⁴.

III.5. Imprescriptibilidad e inamnistabilidad de la tortura

En sus últimas observaciones al estado chileno sobre la tipificación del delito de tortura, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas señaló lo siguiente: *“El Estado parte debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que todos los actos de tortura aludidos en los artículos 1 y 4 de la Convención sean considerados delitos en su legislación penal interna y que se apliquen penas apropiadas en cada caso teniendo presente el grave carácter de estos delitos. Asimismo, el Comité insta al Estado parte a que elimine la prescripción actualmente vigente para el delito de tortura.”*²⁵ Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha recientemente recomendado al país que *“[t]enga en cuenta la recomendación formulada por el Comité contra la Tortura en 2009 (véase CAT/C/CHL/CO/5, párrafo 10) e introduzca en el Código Penal una disposición en que se establezca que el delito de tortura de niños no prescribe”*.²⁶

En cuanto a la inamnistabilidad del mismo, dijo que *“insta al Estado parte, siguiendo sus recomendaciones anteriores, a que derogue el Decreto-Ley de Amnistía. En este sentido señala a la atención del Estado parte el párrafo 5 de su Observación General n° 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados partes, conforme a la cual el Comité considera que las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición de la tortura.”*²⁷

Las recomendaciones sobre no amnistiar e imprescriptibilidad encuentran su fuente más directa en la prohibición absoluta e imperativa de la tortura contenida en el artículo 2 de la Convención²⁸, la cual ha sido explicada en los siguientes términos por el Comité Contra

²⁴ Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N° 147, párrafo 157. También ver Cfr. Caso Gutiérrez Soler, supra nota 4, párrafo 54; Caso Tibi, supra nota 71, párrafo 159; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 44, párrafo 114.

²⁵ Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto del examen de Chile en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura, CAT/C/CHL/CO/5 de 23 de junio de 2009, párrafo 10.

²⁶ Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5 del 30 de octubre de 2015.

²⁷ Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto del examen de Chile en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura, CAT/C/CHL/CO/5 de 23 de junio de 2009, párrafo 12.

²⁸ La Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas contiene una prohibición absoluta e imperativa de la tortura contenida en el artículo 2, en los siguientes términos: “1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de

la Tortura: “El párrafo 2 del artículo 2 dispone que la prohibición de la tortura es absoluta e imperativa. Resalta que los Estados Partes en ningún caso podrán invocar circunstancias excepcionales para justificar actos de tortura en ningún territorio que esté bajo su jurisdicción. Entre esas circunstancias, la Convención señala el estado de guerra o la amenaza de guerra, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, por ejemplo, una amenaza de actos terroristas o delitos violentos, o un conflicto armado, tenga o no carácter internacional. Preocupan profundamente al Comité, que los repruebe absolutamente, los esfuerzos que realizan los Estados para justificar la tortura y los malos tratos como medio para proteger la seguridad pública o evitar las emergencias en éstas o cualquier otra situación. El Comité rechaza igualmente toda justificación fundada en la religión o en la tradición de la infracción de esta prohibición absoluta. El Comité considera que las amnistías u otros obstáculos que impiden enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos, o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición.”²⁹

Por su parte, la Corte IDH ha sido enfática en señalar que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.³⁰

Debe señalarse asimismo que la tortura, en tanto sea considerada como los crímenes de guerra o de lesa humanidad, constituye una afrenta a la conciencia de la humanidad, conductas que por su especial gravedad resultan intolerables, de prohibición absoluta y que no admiten causales de justificación. Así, frente a la comisión de tales hechos, no es posible invocar el derecho interno para eximir al Estado infractor de la obligación jurídica y moral de investigar, develar la verdad de lo ocurrido, establecer las responsabilidades individuales del caso, sancionar y reparar las consecuencias de dichas violaciones, promoviendo acciones que garanticen la no repetición. Como se señala en el fallo Almonacid contra Chile de la Corte IDH, lo que caracteriza estos delitos es el concepto de humanidad como víctima. Ello significa que tanto los crímenes de guerra como los delitos contra la humanidad, son inamnistiables e imprescriptibles. Así, ni el transcurso del tiempo ni disposición interna de ninguna especie pueden ser invocadas para sustraer al Estado de los deberes expuestos sin incurrir en responsabilidad internacional.

guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

²⁹ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, Observación General N° 2 sobre la Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2 del 24 de enero de 2008, párrafo 5.

³⁰ Corte IDH, Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75.

III.6. Tortura y Violencia Sexual

Tal como se ha señalado, tanto la tortura como los tratos crueles, inhumanos y degradantes vulneran o amenazan la integridad física y la psíquica, tal como se reconoce en la normativa y jurisprudencia internacional. Sin perjuicio de ello es necesario recordar que la violencia sexual ha sido una herramienta utilizada en actos constitutivos de tortura y aplicación de tratos crueles, inhumanos y degradantes, sin que esta haya logrado reconocimiento judicial en sede nacional, y solo la haya obtenido recientemente en sede internacional, razón por la que existen numerosas recomendaciones de órganos internacionales llamando a los Estados a reconocer este tipo de violencia para así poder cumplir con las obligaciones internacionales propias en esta materia, como prevenir, investigar, sancionar y reparar a las víctimas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En concordancia con las recomendaciones realizadas al Estado de Chile por órganos internacionales, consideramos de particular importancia incorporar normativamente la violencia sexual como una forma de tortura, toda vez que este tipo de violencia —ejercida mayoritariamente, pero no exclusivamente, contra las mujeres— ha sido permanentemente invisibilizado, tanto legal como judicialmente, dificultando la sanción de los hechos. Por ello vemos en esta instancia legislativa una oportunidad para cumplir con las recomendaciones y estándares internacionales en la materia, en concordancia con lo señalado en el propio proyecto.

La definición y alcance del término violencia sexual ha sido motivo de varias discusiones y debates, sin embargo, la jurisprudencia internacional ha recogido los principales aspectos de ella para determinar la procedencia de su consideración como elemento constitutivo y parte de la concepción de la tortura y aplicación de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Uno de los hitos que releva la importancia de asumir la violencia sexual como una forma de tortura o tratos crueles o inhumanos, está dado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que criminaliza —en cuanto crimen de lesa humanidad— la violación sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable³¹; también los reconoce en cuanto crímenes de guerra³².

En cuanto a jurisprudencia internacional, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1998 (Caso Akayesu), estableció que *“la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias que*

³¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 7.1.

³² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 8.2.

son coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puedo incluir actos que no involucran penetración o siquiera contacto físico”³³.

Más específicamente, en el párrafo 687 se estableció que “(...) Como la tortura, la violación se utiliza para propósitos tales como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad personal y la violación de hecho constituye tortura cuando se inflige por un oficial público u otra persona que tenga un rol oficial o debido a su instigación, consentimiento o aquiescencia”³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha adoptado un concepto amplio de violencia sexual, teniendo como base la jurisprudencia internacional y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, al definirla como “acciones que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”³⁵.

Por su parte Naciones Unidas ha desarrollado en los últimos años una serie de documentos orientados a abordar la problemática de la violencia sexual, los cuales consideran desde definiciones de la misma hasta recomendaciones respecto de cómo abordar, tratar y reparar la violencia sexual en el contexto de conflictos o represión política, razón por la cual el problema es abordado con énfasis por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas³⁶. Dichos documentos evidencian la invisibilización y naturalización de la violencia sexual en la sociedad actual, poniendo énfasis en la necesidad de prevenir la violencia sexual y evitar la impunidad, una vez ocurridos los hechos.

Sumado a lo anterior, y en un ámbito más específico, el Comité Contra la Tortura, durante el quinto examen periódico de Chile, en la recomendación N° 17 letra e) –en el contexto de una recomendación relacionada directamente con la reapertura de la Comisión sobre Prisión Política y Tortura–, recomienda la incorporación de la violencia sexual como forma de tortura³⁷.

Es necesario considerar el impacto que acarrea incorporar la violencia sexual como forma de tortura en los contextos en los cuales se cumplan los elementos propios del tipo penal

³³ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case N° ICTR-96-4-T, Judgment (Sept.2, 1998).

³⁴ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case N° ICTR-96-4-T, Judgment (Sept.2, 1998).

³⁵ Corte IDH, Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de Fondo, Reparación y Costas, 2006, párrafo 306.

³⁶ Marco Analítico y Conceptual de las Naciones Unidas de la Violencia Sexual en los Conflictos, junio de 2011; Reparaciones por la violencia sexual relacionada con los conflictos, junio 2014; resoluciones del Consejo de Seguridad: 1325 (2000), 1612 (2005), 1674 (2006), 1820 (2008), 1882 (2009), 1888 (2009), 1889 (2009), 1894 (2009) 1960 (2010).

³⁷ CAT/C/CHL/CO/5.

de tortura; toda vez que permite incorporar conductas que se hayan adoptado para afectar directamente la indemnidad sexual de la víctima como serían los casos de desnudez forzada, obligación de realizar ejercicios sin ropa ante funcionarios públicos, exhibición de órganos sexuales, esterilizaciones forzadas, por mencionar algunos. Este reconocimiento normativo además de contribuir a visibilizar una forma de violencia actualmente naturalizada y oculta, permitiría la adecuada investigación de los hechos, y su correspondiente sanción, cumpliendo con los estándares internacionales en la materia.

En esta línea es importante destacar que a través de la recomendación N° 18, realizada a Chile, el Comité Contra la Tortura “(...) insta al Estado parte a que incorpore una política de género que incluya capacitación y sensibilización de los funcionarios encargados de atender los casos de las víctimas de agresión y violencia sexual”³⁸. Una vía para sensibilizar y destacar la gravedad de este tipo de violencia es su consagración y reconocimiento normativo de los sufrimientos sexuales como un elemento de la tortura y de los tratos crueles o inhumanos.

En el ámbito interno es necesario recordar que el informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, consideró expresamente la violencia sexual, y en el marco de su funcionamiento “recibió testimonios de prisioneros y prisioneras políticas que en tal condición sufrieron agresiones sexuales, mujeres, hombres e incluso menores de edad”³⁹. En esta materia, del reconocimiento anteriormente indicado de la violencia sexual como política represiva contra las mujeres y hombres no se han derivado políticas estatales dirigidas a atender sus consecuencias. Esta falta de reconocimiento normativo ha implicado aumentar la dificultad para sancionar a responsables, y consecuentemente para reparar, y prevenir su futura ocurrencia.

III.7 Tortura y Jurisdicción Militar

El sistema penal militar, como rama especializada del derecho penal común, debe estar sometido a los principios y garantías de todo debido proceso en una adecuada administración de justicia. Tanto el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogen los principios en torno al debido proceso legal, entre los cuales tiene fundamental importancia destacar que el derecho al juzgamiento debe darse con las debidas garantías de igualdad, equidad, presunción de inocencia, efectuado por un tribunal competente, independiente e imparcial.

³⁸ CAT/C/CHL/CO/5.

³⁹ COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA (2004), Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, p. 278.

La existencia de normas especiales que regulan la administración de justicia respecto de miembros de la fuerza pública se explica porque, en determinados casos, los militares (y también Carabineros de Chile) tienen “fuero” en relación con ciertas conductas específicas propias de sus funciones constitucionales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “*el fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de Seguridad*”⁴⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte, a su vez, “*que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas*”⁴¹.

Así, en cuanto al alcance de la competencia material de la jurisdicción militar, la Corte IDH ha sido clara en señalar que ella debe restringirse a bienes jurídicos militares especiales, afirmado “[e]n un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”⁴².

Asimismo, la Corte IDH –tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado– ha señalado que “*la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial*”⁴³.

Específicamente en cuanto a los argumentos de falta de independencia objetiva y falta de imparcialidad de los jueces militares en el caso que sea un civil el que debe esperar una resolución judicial que busca una condena por la afectación de sus derechos, en la sentencia del *Caso Rosendo Cantú vs. México* la Corte IDH señaló que “*...cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia [...]*.”

⁴⁰ Corte IDH, caso Castillo Petrucci y otros, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 125 c).

⁴¹ Corte IDH, ídem nota 1, párrafo 128.

⁴² Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 124.

⁴³ Corte IDH, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 176.

En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario”⁴⁴.

Congruentemente, en el emblemático caso *Palamara Iribarne vs. Chile* la Corte IDH estimó que *“las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”⁴⁵, por lo cual terminó concluyendo que “[l]a jurisdicción tan extensa que tienen los tribunales militares en Chile que les otorga facultades de fallar causas correspondientes a los tribunales civiles no es acorde con el artículo 8.1 de la Convención Americana”⁴⁶.*

Vale mencionar que estas consideraciones han sido recogidas por la jurisprudencia nacional en fallos sobre conflictos de competencia entre la jurisdicción civil y militar. En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia estimó que *“la víctima de estos ilícitos –un ciudadano no militar– se le reconoce un mayor número de prerrogativas dentro del procedimiento seguido ante la judicatura ordinaria, principalmente la posibilidad de ejercer la acción penal, derecho consagrado a nivel constitucional a raíz de la modificación introducida al artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental por la Ley N° 20.516. Por lo mismo, los derechos de la víctima encontrarán un mayor reconocimiento mientras el proceso se conduzca a través de la justicia ordinaria, lo que también ocurrirá con los imputados, a la luz del estatuto consagrado en el párrafo 4 del título IV del Libro I del Código Procesal Penal”⁴⁷.*

Por todos los argumentos anteriores, se explica que el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas haya recomendado al Estado de Chile, en relación con la tipificación y cumplimiento de sus compromisos internacionales respecto del delito de tortura, agilizar

⁴⁴ Corte IDH, caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, párrafo 160.

⁴⁵ Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 132.

⁴⁶ Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 142.

⁴⁷ Fallo de la Corte Suprema de fecha 12 de agosto de 2014, Rol N° 12.908-14.

“el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares”⁴⁸.

IV.- Análisis del proyecto

IV.1. Aspectos positivos del proyecto

En primer lugar, se valora positivamente el objetivo del proyecto, en cuanto pretende adecuar el tratamiento de la regulación interna de la tortura, a los estándares internacionales de derechos humanos, y respecto de los cuales el Estado Chile ha asumido compromisos que se encuentran pendientes. En este sentido compartimos los fundamentos del proyecto al señalar que la actual regulación del delito de tortura es insuficiente en relación a lo exigido por los estándares internacionales, especialmente lo previsto en la Convención contra la Tortura.⁴⁹

También valoramos positivamente la inclusión en la descripción de la definición de tortura, de las acciones que ocasionen sufrimientos de carácter sexual, como formas de comisión de la tortura. Lo anterior favorece la visibilización de estas prácticas que afectan principalmente a mujeres, niños y niñas. Ello además es plenamente concordante con lo señalado en la recomendación N° 18 del Comité Contra la Tortura, que “(...) insta al Estado parte a que incorpore una política de género que incluya capacitación y sensibilización de los funcionarios encargados de atender los casos de las víctimas de agresión y violencia sexual”⁵⁰. Una vía para sensibilizar y destacar la gravedad de este tipo de violencia es su consagración y reconocimiento de los sufrimientos sexuales como un elemento de la tortura y de los tratos crueles o inhumanos. Lo anterior también se recoge en el artículo 4° del proyecto estudiado, que incorpora los dolores sexuales en la definición de tortura recogida en la ley 20.357.

Otra figura que introduce el proyecto es el artículo 161 ter que consagra un tipo penal, denominado complejo en la doctrina penal, que establece las hipótesis de concursos reales de la tortura con los ilícitos más graves de nuestro ordenamiento, como la muerte,

⁴⁸ Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto del examen Chile en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura, CAT/C/CHL/CO/5 de 23 de junio de 2009, párrafo 14.

⁴⁹ Respecto de esta afirmación, en cuanto a que la actual tipificación de la tortura en Chile, la opinión del INDH consta en el “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, ob. cit., p. 80. En el informe citado se señala que las principales críticas sobre la tipificación de la tortura y el delito de apremios ilegítimos o aplicación de tormentos, dice relación a la falta de mención expresa de un delito de tortura; deficiencias en la penalidad contemplada; y la exigencia de la víctima se encuentre privada de libertad, toda vez que dicha referencia no se encuentra en ningún estándar.

⁵⁰ CAT/C/CHL/CO/5.

la violación o las lesiones graves gravísimas, determinando una de las penas más altas que contempla nuestro Código Penal. Actualmente no existe tal figura en nuestro Código Penal, dejando las hipótesis de concurso real (apremios ilegítimos y tipos más graves) entregadas a las reglas generales, de las cuales no se asegura, en todos los casos, que resulten determinadas las penas adecuadas a la gravedad de los delitos.

Por último, es valorable igualmente la supresión de las causales de extinción de la responsabilidad penal de prescripción y amnistía que se proponen. Con ello se avanza en el cumplimiento de los estándares que sobre la materia han sido informados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, en sus últimas observaciones al Estado chileno sobre la tipificación del delito de tortura, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas señaló lo siguiente: “(...) Asimismo, el Comité insta al Estado parte a que elimine la prescripción actualmente vigente para el delito de tortura.”⁵¹ Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha recientemente recomendado al país que “[t]enga en cuenta la recomendación formulada por el Comité contra la Tortura en 2009 (véase CAT/C/CHL/CO/5, párrafo 10) e introduzca en el Código Penal una disposición en que se establezca que el delito de tortura de niños no prescribe”.⁵²

IV.2. Aspectos de preocupación

a. El nuevo tipo penal de tortura propuesto en el artículo 161 bis del CP

Se propone un artículo 161 bis, ubicado en un nuevo párrafo 4 bis del título III del CP. La modificación dispone:

“Artículo 161 bis.- El empleado público o el particular que, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, aplicare tortura a una persona, será penado con presidio mayor en su grado mínimo.

El encubridor de tal conducta será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido o de intimidar o

⁵¹ Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto del examen Chile en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura, CAT/C/CHL/CO/5, de 23 de junio de 2009, párrafo 10.

⁵² Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, del 30 de octubre de 2015.

coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en la raza o etnia, nacionalidad, ideología u opinión política, religión o creencia, u orientación sexual.

Se entenderá también por tortura la aplicación sobre una persona de métodos aptos para anular completamente su personalidad, entendida como aquella que consigue la supresión de la voluntad, discernimiento y decisión.”

Como se puede apreciar, la tipificación del nuevo delito de tortura que se propone sigue casi en su totalidad la definición de la Convención contra la Tortura, por lo que se basa fundamentalmente en la gravedad de los dolores y sufrimientos infringidos, como aspecto central de la conducta típica. Sin embargo, el nuevo precepto establece una lista taxativa (de números clausus) respecto de las finalidades perseguidas en la realización de las conductas típicas cuando ella se realice motivada por alguna forma de discriminación, con lo cual se aleja del modelo mínimo exigido internacionalmente. Dicho de otro modo, esta parte de la definición es contraria al estándar internacional ya visto en el acápite 3.4 de este informe.

En efecto, las definiciones convencionales (ONU y OEA) contienen cláusulas generales sobre las finalidades perseguidas con la tortura, siendo el caso del sistema interamericano en que se reconoce “cualquiera sea la finalidad perseguida” el ejemplo más claro sobre esto; es decir, en ningún caso el sentido es restringir las condiciones que configuren el elemento teleológico de la noción. Lo anterior, en el caso de los motivos basados en alguna forma de discriminación, se fundamenta en que precisamente estas causales son dinámicas y van cambiando con el tiempo, por lo que el modelo de clausula abierta es el que mejor se aviene a esta realidad.

Por otra parte, un segundo aspecto de preocupación, relativo a la definición seguida por el proyecto, apunta a la fórmula empleada en el inciso final de la norma antes citada, que señala que se entenderá también por tortura la utilización de métodos que anulen la personalidad de un persona, punto en que se incurre en el mismo sentido restrictivo referido más arriba, al establecer requisitos que la normativa internacional desconoce.

La Convención OEA prescribe que “[S]e entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental (...).” En cambio, el precepto analizado exige que estos métodos sean “aptos” para anular “completamente la voluntad, discernimiento y decisión”, cuestión que es totalmente distinta y en todo caso más reducida que la noción interamericana. A modo de ejemplo, resulta ilustrativo mencionar el caso peruano, puesto que en la definición que siguen en su Código Penal, complementan la definición ONU con lo señalado de la Convención Interamericana sin incurrir en estas limitaciones restrictivas.

Según el artículo 321 del Código Penal peruano, se entiende que estamos frente a un acto de tortura en los casos en que “*El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el*

consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

*Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectiva”.*⁵³

En definitiva, en lo que dice relación con la definición de tortura, genera preocupación su falta de concordancia con los estándares ofrecidos por el modelo de referencia que ofrecen los tratados internacionales, en los aspectos que hemos señalado que restringen el tipo penal analizado.⁵⁴

b. Sobre la nueva figura del artículo 161 quáter que agrava el tipo base de tortura

El artículo 161 quáter del proyecto propone una figura agravada en relación a la norma base del nuevo delito de tortura del artículo 161 bis, la cual reza de la siguiente manera:

“Artículo 161 quáter.- Respecto del delito previsto en el artículo 161 bis, se aumentará la pena en un grado, al que torturare a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su custodia o control.”

Se pueden afirmar desde ya algunos problemas que contiene esta disposición. En primer lugar, la exigencia de privación de libertad del sujeto pasivo, cualquier sea esta, es una cuestión que está implícita casi en todos los casos en que pueden originarse los delitos de tortura, puesto que la restricción –de factum o iuris– de la libertad ambulatoria de la víctima constituye una condición necesaria para el despliegue de las conductas que configuran el tipo penal.⁵⁵

En este sentido, sobre la base de que en casi todos los casos que conocemos (y que podemos pensar) la tortura se configura respecto de personas cuya libertad personal se encuentra restringida o, dicho de otro modo, existe –al menos de hecho– una situación de control o custodia por parte del sujeto activo, la figurada agravada se transformaría en la

⁵³ El artículo 321 fue reformado en el Código Penal Peruano por la ley 26.926 del año 2014.

⁵⁴ Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/5/ 14 de mayo de 2009, párrafo 10.

⁵⁵ La totalidad de los casos que en los que el INDH es parte en sede judicial por situaciones o hechos valorados como tortura, los hechos han ocurrido en supuestos en que las víctimas se encuentran con la libertad personal restringida de algún modo. Para mejor comprensión, ver acciones judiciales INDH en www.indh.cl

regla general, desplazando la hipótesis contenida en el artículo 161 bis. En síntesis, el nuevo tipo de tortura quedaría absorbido (reglas concursales) por el tipo agravado.

Esta última consecuencia no es menor, puesto que significa entonces una vulneración de los estándares sobre la materia, en particular lo que ha señalado el Comité contra la Tortura pues, como se ya se vio anteriormente, dicho Comité en sus observaciones finales respecto del examen señaló que la configuración de una definición de tortura sobre la base de la privación de libertad es contraria a la Convención.⁵⁶

Por último es conveniente tener presente la definición adoptada por la ley 20.357, que tuvo por objeto la operatividad del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, en cuanto a tipificar en el ordenamiento interno los delitos de lesa humanidad, entre ellos la tortura⁵⁷. Al efecto, el artículo 7 castiga “*al que torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control (...)*”, confirmando con esto todo lo que hemos dicho anteriormente. Aún cuando esta normativa sea de una aplicación especial y subsidiaria, entrega elementos de interpretación que no se pueden desconocer.

c. Sobre el nuevo delito de trato degradante del artículo 147 bis

La primera modificación que sugiere el proyecto, dice relación con la incorporación de un nuevo artículo 147 bis al Código Penal, el cual dispone:

“Artículo 147 bis.- El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabo gravemente su dignidad, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Se aumentará la pena en un grado al que cometiere la conducta descrita en el inciso precedente, en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez, o quien la tenga bajo su cargo, cuidado o responsabilidad.”

Esta nueva figura, como se puede advertir, se caracteriza por ser un delito de sujeto común, es decir, que puede ser cometido por cualquier persona. Con lo anterior se aleja de la opción seguida por el proyecto actual, que ha optado por la construcción de estos tipos penales como delitos funcionarios, recogiendo a su vez lo informado por los estándares estudiados.

En cuanto a la noción sobre los tratos crueles, inhumanos o degradantes, si bien no es definida por la Convención ONU, ésta las entiende también como actividades perpetradas

⁵⁶ Observaciones finales del Comité contra la Tortura respecto del examen Chile en virtud del artículo 19 de la Convención contra la Tortura, CAT/C/CHL/CO/5 de 23 de junio de 2009, párrafo 10.

⁵⁷ Ley 20.357, publicada en el D.O. con fecha 18/07/2009.

por agentes públicos.⁵⁸ En efecto, las entiende como figuras residuales que se encuentran en una relación de gravedad con la tortura, siendo ésta la forma más grave entre ellas.⁵⁹ Por otra parte, la disposición comentada es una transcripción textual del artículo 173 de Código Penal Español⁶⁰, regla que en dicho cuerpo legal se regula en conjunto con las violencias domésticas, y que ha encontrado un fuerte rechazo en parte de la doctrina española especializada.⁶¹

Las críticas que merece la redacción de este tipo, estriban entre otras consideraciones, en el excesivo alcance de su noción, puesto que la expresión “trato degradante” es demasiado indeterminada y no contiene ningún criterio diferenciador con otros tipos penales, como la injuria o calumnia, entre otros.⁶² Además se contiene una regla de agravación en determinados supuestos cuando la víctima reúna determinadas condiciones como, por ejemplo, ser un/a menor de 14 años, con lo que se llegaría al punto de punir en ámbitos como las relaciones escolares (bullying) y otros ámbitos de la vida social, sin que exista alguna conexión plausible con la lógica y objetivos del proyecto.

Lo anterior no significa que estos delitos no puedan ser contruidos sobre conductas autónomas de particulares, sino que, cualquiera sea el camino que se escoja, éste debe ser concordante con el modelo que este proyecto ha definido, el cual los ha organizado como delitos funcionarios. Es decir, si lo que se pretende es contemplar una figura base o residual respecto de las conductas prohibidas, ellas deben guardar una correspondencia entre ellas, cuestión que con esta modificación no se cumple.

d. El artículo 161 sexies y la regla de competencia propuesta

En esta modificación el proyecto pretende establecer una regla de competencia que excluya del conocimiento de los tribunales militares, los delitos de tortura y demás disposiciones que promueve la iniciativa, señalando al efecto:

“Artículo 161 sexies.- Los delitos a los que se refiere este párrafo quedarán excluidos de la competencia de los tribunales militares, de conformidad con el artículo 1º de la

⁵⁸ Artículo 16 Convención contra la Tortura, ONU, 1984.

⁵⁹ En este sentido ver “Declaración Sobre Protección a Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (Resolución 3452 de 9.12.75).

⁶⁰ Dispone el artículo 173 del Código Penal Español “El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad moral será castigado (...)”.

⁶¹ Sánchez, “Los Delitos contra la Integridad Moral”, Tirant Lo Blanch, 1999.

⁶² En este sentido el problema que se plantea es interpretativo. En el caso español se ha afirmado que su aplicación será residual, es decir, operará cuando por su gravedad haya sido descartada la tortura y los tratos crueles (Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, 20 Edición, 2015)

ley N° 20.477⁶³, ya sea que los civiles y menores de edad revistan la calidad de víctimas o de imputados en el proceso respectivo.”

La regla recién citada se funda en lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 20.477 que excluye de la competencia de los tribunales militares, los delitos que sean cometidos por civiles y menores de edad, estatuto que fue incorporado el año 2010 al ordenamiento nacional.

En primer lugar se nota cierta ambigüedad en la redacción de la regla. Lo anterior debido a que primero se señala que se excluyen estos delitos de la jurisdicción militar; y acto seguido se remite a la norma inicial de la ley 20.477, la cual no excluye “delitos del fuero militar” sino que sustrae de éste a personas que no revistan la calidad de militares, incluido menores de edad. Dicho de otro modo, la disposición de la ley solo excluye a las personas que sean civiles, pero en ningún caso impide que un tribunal militar conociera de este delito fuera de aquellos casos. De lo anterior se deduce que lo aconsejable hubiese sido excluir el tipo común de tortura *per se* del conocimiento castrense, incluido los casos en que tantos sujetos activos como pasivos sean militares, lo que se enmarca dentro de las orientaciones internacionales sobre la materia. En este sentido el INDH ha impugnado en numerosos casos el conocimiento de la justicia militar respecto de delitos comunes, habiéndose reconocido tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema, en cuanto a esta facultad, su incompatibilidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁶⁴

Sobre esto es importante recordar la condena de la Corte IDH a Chile en el caso Palamara, del año 2006, al señalar “...[E]n un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares”⁶⁵. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos (2007) recomendó que el país debe “[a]gilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente”.

En cuanto a esta modificación, también informó la Corte Suprema al ser requerida su opinión exclusivamente respecto de esta indicación. El máximo tribunal opinó en base a dos argumentos para oponerse y desaconsejar la aprobación de este artículo, siendo el

⁶³ Artículo 1° de la ley N° 20.477, que modifica la competencia de los tribunales militares: “*Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal. / (inc. 2°) Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6° del Código de Justicia Militar*”.

⁶⁴ Ver sentencia del TC Rol 2492-13-INA, también sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4450-14 y sentencia de 19 de mayo de 2014, Rol N° 12.908-14, sentencia de 12 de agosto de 2014 en la judicatura ordinaria. Además, la muerte de una víctima constituye un delito común, que atenta contra el bien jurídico vida humana independiente.

⁶⁵ Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Corte IDH, sentencia de 22 de noviembre de 2005

primero de ellos de carácter adjetivo al afirmar que “no parece adecuado incorporar un precepto adjetivo sobre competencia al ordenamiento penal sustantivo (...)”; por otra parte, arguye una razón de fondo o sustantiva al indicar “no parece necesaria la específica incorporación del precepto en cuestión, desde que el artículo 1º de la ley 20.477, correctamente interpretado conforme a su ratio legis –como lo ha destacado esta Corte– deja claramente al margen de la jurisdicción de esos tribunales especiales a los civiles y a los menores de edad, cualquiera sea su rol procesal.”⁶⁶

Compartimos solo parcialmente lo señalado por la Corte Suprema, sobre todo en lo que dice relación con el verdadero sentido y alcance de la ley 20.477⁶⁷, en cuanto aclara la improcedencia de una interpretación que daba cuenta que en su origen (recogido en la historia de la ley) la intención del legislador habría sido solamente excluir de la justicia militar a los menores de edad y a los civiles que tuvieran el carácter de sujeto activo en el delito. En cambio creemos que si constituye un avance excluir a la justicia militar del conocimiento del delito de tortura, más allá de las limitaciones de la ley 20.477.

- e. Modificación que limita la ley 18.216 que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad

El proyecto establece una disposición que impide a quienes sean condenados por los delitos que regula el proyecto, ser beneficiados por alguna de las penas sustitutivas a las penas de presidio que consagra la ley 18.216.

“Artículo 2º.- Intercalase en el inciso segundo⁶⁸ del artículo 1º de la ley N°18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, después del guarismo 142 y la coma (,) que le sigue, la expresión: “161 bis, 161 ter”.

Sobre este punto el proyecto no entrega mayores justificaciones de tal restricción. El INDH se pronunció a propósito de una restricción semejante respecto de delitos de

⁶⁶ Oficio Corte Suprema N°136-2015, Antecedente Boletín N° 9589-17

⁶⁷ A modo de ejemplo, algunas sentencias donde se ha confirmado el referido criterio: Causa Rol 6063-2013, de 5 de septiembre de 2013; Causa Rol N° 4639-13, de 1 de septiembre de 2014; Causa Rol N° 5884-15, de 4 de junio de 2015; Causa Rol N°878-2015, de 26 de febrero 2015; Oficio N° 152 Corte Suprema; Oficio N° 55-2013 Corte Suprema.

⁶⁸ Artículo 1º inciso segundo de la ley N° 18.216: “No procederá la facultad establecida en el inciso precedente (sustitución de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad) ni la del artículo 33 de esta ley (reemplazo de la pena privativa de libertad por el régimen de libertad vigilada intensiva, concurriendo determinados requisitos), tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, (*) 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N° 17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley N° 17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”.

lesa humanidad en un informe requerido por el Congreso Nacional⁶⁹, y cuya opinión fue contraria a su limitación, por cuanto la concesión de los referidos beneficios en el modo de cumplir la pena, aún en delitos de lesa humanidad, no son contrarios al derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior determina entonces que negar el derecho a que se otorgue alguna de estas penas sustitutivas a los condenados por estos delitos podría significar una limitación no justificada al principio de igualdad y al principio de proporcionalidad, criterios siempre limitadores del poder punitivo del Estado.

Esto último se refuerza con lo razonado en el informe antes citado, en cuanto afirma que “[D]esde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos, la posibilidad de aplicar atenuantes y beneficios respecto de condenados por estos crímenes es aceptada, a condición que la sanción impuesta sea efectiva (no nugatoria o ilusoria) y se cumpla con otros requisitos que se señalarán a continuación (...)”.⁷⁰ Es decir, lo relevante es que las penas que establece este proyecto cumplan con la exigencia internacional de ser adecuadas a su gravedad.

Por último, sobre las penas para estos casos, hubiese sido más favorable haber incorporado reglas para fortalecer las penas accesorias en estos supuestos, ya que se tratan de delitos funcionarios en cuya lógica las penas de inhabilitación y suspensión para ejercer los cargos, contienen efectos de prevención general y resocializadores de gran eficacia.

V.- Conclusiones

- 1.- Se valora positivamente la iniciativa legal, en cuanto al objetivo de adecuar la legislación nacional a los estándares internacionales de derechos humanos y con ello dar cumplimiento a los compromisos del Estado de Chile en materia de tortura.
- 2.- Se valora también positivamente el reconocimiento de los sufrimientos de carácter sexual (violencia sexual) como formas de comisión del delito de tortura, con lo cual se recogen las recomendaciones que en tal sentido informan los estándares internacionales.

⁶⁹ Con fecha 23 de abril de 2013 la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la H. Cámara de Diputados, solicitó al INDH proporcionar su opinión sobre la “[p]osibilidad de restringir los beneficios carcelarios en el caso de personas condenadas por crímenes de lesa humanidad”.

⁷⁰ Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad (Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 – Sesión 153).

- 3.- Asimismo se valora positivamente la eliminación de las causales de responsabilidad penal de prescripción y amnistía en estos delitos, al igual que la idea sustraerlos del conocimiento de la justicia militar, con la salvedad de nuestro parecer en orden de no haber hecho alusión a la ley 20.477, puesto que con ello se satisface parcialmente el estándar central en esta materia.
- 4.- No obstante lo anterior, manifestamos nuestra preocupación en cuanto a la definición de tortura que impone el proyecto, en tanto que resulta más restringida que lo prevenido en la Convención contra la Tortura (ONU) y también en la Convención Interamericana (OEA).
- 5.- Nos preocupa igualmente la situación de la figura agravada del tipo base de tortura que se propone (161 quáter), en cuanto es contradictorio con las nociones de tortura que se conocen, puesto que considera el hecho de la "privación de libertad" como un factor de agravación, en circunstancias que ella constituye una condición de posibilidad de la tortura, con lo que se haría inaplicable el tipo base del 161 bis, y la figura agravada se convertiría en la regla general.
- 6.- También nos merece preocupación la falta de sistematicidad del proyecto, por cuanto introduce un tipo penal de trato degradante que no obedece a los objetivos del mismo, que puede ser cometido por cualquier persona y que se ubica en el epígrafe destinado a delitos cometidos por funcionarios públicos, además de ser extremadamente indeterminado.
- 7.- Por último, genera preocupación la limitación que se ha efectuado de la procedencia de las penas sustitutivas contenidas en la ley 18.216 para estos delitos, por cuanto el INDH ha informado que la sola naturaleza de los delitos no es condición suficiente para limitar tales derechos y cualquier restricción de ellos debe ser suficientemente justificada, en aras de resguardar en todo caso el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación arbitraria.

2

Institucionalidad Indígena

Proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas. Presentación del INDH ante la Comisión de Gobierno Interior y Regionalización de la Cámara de Diputados. Boletín N° 10526-06

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 02 de mayo de 2016 - Sesión 300.

El Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su Sesión N° 250 del 4 de mayo de 2015, dio su aprobación al “Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas”.¹ Dicho Informe, cuyas observaciones se entienden incorporadas al presente informe, constituyen junto a éste los insumos básicos sobre el pronunciamiento que en esta etapa del proceso legislativo hará el INDH en torno al proyecto de ley en informe.

La presentación al Congreso Nacional del proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas² constituye una etapa en la materialización de la hoja de ruta señalada por el referido proceso de consulta previa. Sin perjuicio de ello, es pertinente analizar, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, dos asuntos de relevancia para la agenda parlamentaria: a) Si acaso el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo recoge y respeta plenamente los acuerdos alcanzados con los pueblos indígenas representados en la Jornada Nacional de San Sebastián con el cual culminó la instancia de consulta indígena abierta por el Ministerio de Desarrollo Social, efectuada en enero de 2014; b) Si la Jornada Nacional de San Sebastián agota el proceso consulta previa de esta medida legislativa conforme a los estándares internacionales de derechos humanos o si, por el contrario, la presentación del proyecto de ley y de aquél que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas suponen una continuidad dentro de un proceso aún inconcluso desde la perspectiva de recabar la plena información y el consentimiento de los pueblos originarios de nuestro país en torno a una medida legislativa que, conforme al artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, los afecta directamente.

¹ INDH. Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas. Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de mayo de 2015 - Sesión 250 (disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/818/Informe.pdf?sequence=1>)

² Mensaje N° 1594-363 de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que Crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas. Boletín N° 10526-06.

I.- Acuerdos y disensos del proceso de diálogo con los pueblos indígenas

El diálogo dentro de la consulta ha sido definido como “la etapa principal del proceso de consulta, donde representantes tanto del órgano responsable como de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, buscan llegar a acuerdo o lograr el consentimiento respecto de la medida a ser consultada (...) los acuerdos o desacuerdos deberán quedar plasmados en un acta que de fe de los esfuerzos realizados”.³

a) Los disensos donde hubo acuerdo en la jornada nacional en relación con la creación del o de los Consejos de Pueblos, se refieren a:

- 1° El nombre del Consejo: los representantes indígenas optaron por la denominación de Consejo de Pueblos Indígenas. El proyecto de ley respeta a cabalidad este acuerdo.
- 2° En relación al carácter autónomo, representativo y participativo de los Consejos de Pueblos, se agregó, a petición de representantes indígenas, la incorporación de la siguiente frase:“(...) un carácter resolutorio, facultativo y vinculante sobre su propia orgánica”. Esto lo recoge la letra k) del artículo 2° del proyecto de ley referido a las funciones y atribuciones de los Consejos.
- 3° Hubo acuerdo en cuanto a la constitución de un padrón electoral a cargo de la futura Subsecretaría de Pueblos Indígenas. Si bien los artículos 6°, 7° y 8° del proyecto de ley hablan sobre los requisitos, referencia al procedimiento de designación de Consejeros y reglamento interno de los Consejos de acuerdo a un amplio concepto de respeto a los propios procedimientos de convocatoria y toma de decisiones de los pueblos indígenas (lo cual se condice con los estándares del Convenio N° 169 de la OIT), no existe referencia explícita a la confección de un padrón electoral. Ello también se encuentra ausente de las atribuciones de la Subsecretaría de Derechos Indígenas establecidas mediante el artículo 10° del proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas.⁴
- 4° En relación con la dieta, se acordó que los/as consejeros/as tendrán derecho a percibir una dieta, la que se asignará de acuerdo a los presupuestos anuales. Ello se encuentra recogido explícitamente bajo el artículo 13 del proyecto.
- 5° Se acordó conformar una Comisión de Seguimiento con representantes de cada pueblo indígena para velar por el cumplimiento de los acuerdos, que estará financiada por el Estado. El INDH no tiene conocimiento sobre esta materia.

³ Ministerio de Desarrollo Social. Documento. Propuesta de creación del ministerio de pueblos indígenas y propuesta de creación del Consejo o consejos de pueblos indígenas.

⁴ Mensaje N° 1593-363 de S.E. la Presidenta de la República, que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas. Boletín N° 10525-06.

b) Por otro lado, en cuanto a la integración del Consejo Nacional las propuestas iniciales de cada pueblo y el gobierno diferían, pero se alcanzó un consenso general en cuanto al número de miembros por pueblo, lo cual se refleja fielmente en el artículo 16 del proyecto de ley. Similar situación sucede para la composición de cada consejo de pueblos indígenas, aunque en este caso hay que advertir que nunca se llegó a un acuerdo con los Quechuas, quienes proponían 5 miembros y el gobierno sólo tres. El proyecto de ley mantiene esta última cifra.

De acuerdo a lo analizado, el proyecto de ley se adecúa a los acuerdos alcanzados en el encuentro final de San Esteban, sin perjuicio de que se podría reabrir el debate en torno al número de consejeros.

II.- Agotamiento o continuidad del proceso de consulta en torno al proyecto de ley

El Mensaje Presidencial que acompaña al proyecto señala que en el proceso de consulta "... junto con los nueve pueblos indígenas se acordó esta medida legislativa, pues ellos consintieron en la creación de este órgano colegiado de representación indígena", con lo cual "... el Estado dio cumplimiento a las obligaciones referidas a la consulta previa establecida en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT". El INDH difiere de la postura del Ejecutivo, en el entendido que la medida pre legislativa de la consulta ya efectuada, si bien abordó materias esenciales, su concreción en el presente proyecto –como aquél que regula la creación del Ministerio de Asuntos Indígenas– toca una serie de materias trascendentes que, por su especificidad, no fueron abordadas o no figuran como acuerdos de la consulta desarrollada por el Ministerio de Planificación. Así, las funciones y atribuciones de los Consejos y del Consejo Nacional, la forma de su relacionamiento con autoridades del Estado, la naturaleza meramente consultiva o de otro carácter de sus pronunciamientos, la materialización de la autonomía indígena dentro de la nueva institucionalidad, son algunas de las materias que el INDH considera que deberían ser objeto de nuevos análisis y deliberaciones por parte de los pueblos.

A estos efectos, conviene recordar que el carácter previo de la consulta, dentro del marco conducido por el Ministerio de Desarrollo Social, debe a la vez interpretarse con la flexibilidad necesaria para lograr la efectiva participación de los pueblos indígenas en las materias que les afectan directamente.

En el caso de la adopción de una medida legislativa como la que concierne a este informe, "...y dependiendo de los procedimientos constitucionales del país del que se trate, los pueblos indígenas *deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso*

de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”⁵.

Lo anterior evidencia la necesidad de concebir el proceso de consulta como un proceso continuo que, dependiendo de las circunstancias del caso –como lo es una medida legislativa sobre institucionalidad indígena– deberá plantearse con la flexibilidad necesaria en aras a lograr, en la mayor medida posible, la plena información y consentimientos de los pueblos. Es contrario al espíritu de la norma del Convenio 169 de la OIT dar por categóricamente agotada la consulta por la circunstancia de haberse verificado una consulta formal, antes de presentarse la medida al Congreso. Por el contrario, es conforme al tratado acoger nuevamente, dentro del proceso legislativo, la apertura del diálogo sobre toda materia trascendente que incluya el proyecto y que anteriormente fue inconsulta.

Así, específicamente en relación al derecho a consulta previa y el rol que en ello le cabe al Congreso Nacional en nuestro país, conviene destacar que el Tribunal Constitucional sostuvo que por la precisión y el mandato perentorio de la redacción del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, ella constituía una norma de aplicación directa o autoejecutable que, en lo que respecta a la tramitación de leyes cuyas materias sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, viene a modificar la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional,“(…) ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones puedan o no ejercer, según su leal saber y entender”.⁶ De esta manera, con la misión de dar cumplimiento al artículo 6° y el razonamiento del Tribunal Constitucional, se constituye la Comisión Bicameral del Convenio 169 de la OIT para definir cómo el Congreso Nacional se relacionaría con los pueblos originarios definiendo qué, a quién, cuándo y cómo se debe consultar a las comunidades indígenas a nivel nacional, así como las comunidades directamente afectadas por algunas iniciativas.⁷

⁵ James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 24 de abril de 2009 (disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Peoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>), p. 5 (énfasis agregado).

⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 309 de 4 de agosto de 2000. Considerando 7

⁷ Noticias del Congreso Nacional, 23 de enero de 2013 (disponible en http://www.senado.cl/constituyen-comision-bicameral-para-implementar-mecanismo-de-consulta-a-pueblos-origarios-contemplada-en-convenio-169/prontus_senado/2013-01-23/172008.html)

III.- Conclusiones

- 1.- El INDH valora que progresivamente se esté asentando en Chile una cultura de respeto en torno al respeto de deber de consulta previa, derecho humano colectivo que asiste a los pueblos indígenas cada vez que se prevea una medida administrativa o legislativa que los afecta directamente. Los procesos de producción del proyecto de ley en informe y de aquél que crea un Ministerio de Pueblos Indígenas son reflejo de ello.
- 2.- El proyecto de ley refleja los acuerdos obtenidos a través del proceso de consulta conducido por el Ministerio de Desarrollo Social, sin perjuicio de uno de los puntos referidos al número de representantes indígenas Quechua que debiera ser reconsiderado.
- 3.- El INDH recomienda a los órganos colegisladores considerar la consulta llevada adelante por el Ministerio de Desarrollo Social en torno a este proyecto y el que crea un Ministerio de Pueblos Indígenas como parte de un proceso de diálogo con los pueblos indígenas no aún clausurado. De acuerdo a los estándares internacionales, es procedente reabrir el diálogo en torno a materias de trascendencia no debatidas en la etapa pre legislativa.

3

Derechos e Infancia

Informe sobre el proyecto de ley que inicia un proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez.

Boletín N° 10315-18

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2017 - Sesión Ordinaria N° 377.

I.- Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez se enmarca en un conjunto de iniciativas legislativas presentadas por el Poder Ejecutivo que se encuentran actualmente en tramitación en el Congreso y que tienen por objeto adecuar nuestro ordenamiento jurídico e institucionalidad a los estándares internacionales sobre protección de los derechos de la niñez. Dichos estándares se encuentran contenidos principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por Chile en 1990¹.

El presente informe da cuenta de antecedentes que explican la presentación del proyecto, para a continuación centrarse en los contenidos del mismo en su fase actual de tramitación, y realizar comentarios desde los estándares internacionales de derechos humanos (consagrados en la CDN y desarrollados tanto en observaciones generales y particulares a Chile por el Comité de los Derechos del Niño (el Comité), como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –En anexo al final del informe–), Por último, el informe propone algunas conclusiones sobre aspectos que se deben considerar durante la tramitación legislativa que le resta al proyecto.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (el INDH), considera que este proyecto responde a una necesidad que es evidente desde la ratificación de la CDN en Chile, pero que en definitiva no da cuenta de todas las reformas necesarias de implementar en cuanto al establecimiento de un adecuado sistema de protección a la luz de los estándares pertinentes.

¹ Esta iniciativa se vincula con otros proyectos de ley: el que modifica la Ley N° 20.530 sobre el Ministerio de Desarrollo Social, para crear una Subsecretaría de la Niñez (Boletín N° 10314-06); el que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10584-07); el que crea el Servicio Nacional de Protección especializada de niños y niñas y modifica normas legales que indica (Boletín N° 11.176-07), y el que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07). Mediante este conjunto de proyectos se procura dar cumplimiento a las obligaciones contraídas internacionalmente en 1990, dirigidas a respetar, promover y proteger los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

II.- Antecedentes

Desde que Chile ratificó la CDN en agosto de 1990², se han impulsado importantes reformas en materia de infancia³. A pesar del reconocimiento de ese conjunto de avances parciales, hay que señalar que sigue pendiente una adecuación general y plena de nuestro ordenamiento jurídico a los estándares de protección de derechos de la niñez que se plasman en CDN y otros instrumentos internacionales pertinentes. La insuficiencia de las reformas emprendidas y efectivizadas hasta ahora influyen directamente en la situación de la infancia y adolescencia en Chile, y resulta tanto más urgente de enmendar si consideramos las gravísimas vulneraciones que sufren en sus derechos miles de niños, niñas y adolescentes (“NNA”) en nuestro país⁴.

En su Informe Complementario presentado en 2015 al Comité de los Derechos del Niño el INDH hizo ver que “el Estado chileno aún no cuenta con una política integral de infancia que aborde tanto la promoción como la protección de los derechos de los NNA, ni ha adecuado aún su institucionalidad y sus normas conforme a la Convención de los Derechos del Niño”⁵.

Por su parte, el Comité ha reiterado desde su primer informe de recomendaciones al Estado de Chile en el año 1994⁶ al último en el 2015⁷ la necesidad de una revisión y reforma integral de la legislación e institucionalidad interna en materia de infancia. En el 2007 manifestó su preocupación por la vigencia de la Ley de Menores y la inexistencia de

² Mediante el Decreto 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de septiembre de 1990.

³ Entre las que se destacan la Ley N° 19.585 de 1998 sobre igualdad filiativa de los hijos; Ley N° 19.876 de 2003 que contiene reformas constitucionales que establecen la obligatoriedad y gratuidad de la educación media; Ley N° 20.710 de 2013 sobre obligatoriedad del segundo nivel de transición y sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor; Ley N° 19.968 de 2004 sobre implementación de tribunales de familia; Ley N° 20.084 de 2005 que crea el sistema de responsabilidad penal adolescente; Ley N° 20.379 de 2009 que crea el Subsistema de Protección Integral Chile Crece Contigo; Ley N° 20.536 de 2011 sobre promoción de la buena convivencia escolar y de prevención de toda forma de violencia en las escuelas; Ley N° 20.545 de 2011 sobre fortalecimiento de la protección a la maternidad, extensión del post natal para las madres e incorporación del permiso post natal parental; Ley N° 20.526 de 2011 sobre sanción del acoso sexual infantil, pornografía y posesión de material pornográfico infantil; la Ley N° 20.609 de 2012 que establece medidas contra la discriminación; Decreto 21 del Ministerio Secretaría General de Gobierno de 2014 que crea el Consejo Nacional de la Infancia, entre otras.

⁴ En su Informe Anual 2016 (pp. 125 a 130) el INDH aborda latamente la situación de extrema vulnerabilidad de los NNA en programas bajo supervisión o cuidado de SENAME, lo que resulta de mayor gravedad considerando que según cifras del propio SENAME entre enero y septiembre de 2016 este ha atendido en sus programas a 159.332 niños, niñas y adolescentes.

⁵ INDH, Informe Complementario al 4° y 5° Informe del Comité de los Derechos del Niño, marzo de 2015, párrafo 3.

⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/15/Add.22, de 22 de abril de 1994. En el párrafo 14 se recomienda “que el Gobierno realice esfuerzos especiales para armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención y también para garantizar, a la luz de los principios generales de ésta, como se establece en su artículo 3, que los mejores intereses del niño sean la consideración principal en todas las medidas que afecten a los niños, incluidas las que adopte el Parlamento”.

⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015.

un instrumento que proteja de forma integral a los NNA, recomendando al Estado de Chile que "(...)ultime con celeridad el proceso de reforma de la Ley de menores de 1967 a fin de brindar una protección integral a todos los niños"⁸, reiterando esto en su siguiente Observación, insistiendo al Estado "que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño"⁹.

Así, el establecimiento en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de garantías de los derechos de la niñez debe entenderse como un componente urgente y fundamental de una política integral que tenga por objeto la promoción y protección de la infancia y adolescencia según un enfoque de derechos que se encuentra en las recomendaciones internacionales realizadas.

Durante el mandato de la Presidenta Michelle Bachelet se crea el Consejo Nacional de la Infancia, un Comité interministerial cuyo principal objetivo es asesorar al Presidente de la República en la formulación de medidas que garanticen, promuevan y protejan los derechos de NNA, pudiendo recomendar modificaciones normativas para dicho fin. En este contexto es que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de Sistema de Garantías de la Niñez a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015. El segundo trámite constitucional se inició el 2 de mayo del 2017, pasando la tramitación al Senado.

III.- Estándares internacionales de derechos humanos en materia de infancia

La CDN es el tratado internacional de derechos humanos más ratificado a nivel mundial¹⁰, y es el principal instrumento internacional relativo a derechos de niños, niñas y adolescentes¹¹. Este instrumento es en cierta forma el eslabón más alto de reconocimiento de

⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 8. Cabe agregar que si bien la Ley de Menores (16.618) es de 1967, en rigor se trata de la versión refundida y sistematizada de reformas legales que durante esa década se habían efectuado a la Ley original, la N° 4.447, que data de 1928.

⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015, párrafo 9.

¹⁰ En el 2016 ya contaba con 196 Estados Parte.

¹¹ Como instrumento específicamente destinado a regular la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes la CDN complementa normas generales contenidas en otros instrumentos generales, como los artículos 16.3, 25.2 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado", y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual se reconoce que los Estados Partes "deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. (...)", agregando en su artículo 12.2 a) que "Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el

la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes alcanzado en el siglo XX. Como ha destacado la Corte IDH, “el primer instrumento internacional relativo a aquellos fue la Declaración de Ginebra de 1924 (...) En ésta se reconoció que la humanidad debe dar a los niños lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia”¹². La Corte recuerda que alrededor de 80 instrumentos internacionales relativos a diversos aspectos de la protección de la infancia fueron aprobados durante el siglo XX, sea dentro de instrumentos generales o en instrumentos destinados específicamente a cuestiones que afectan a niños y niñas (trabajo infantil, justicia juvenil, educación, etc.)¹³, incluyendo el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios sobre OIT sobre trabajo infantil y adolescente (básicamente el 138 y el 182), y la Convención sobre los Derechos del Niño, con sus hasta ahora tres Protocolos facultativos (todos ellos suscritos por Chile).

La relevancia de la CDN como instrumento decisivo en esta materia radica en el cambio de paradigma que ella propone en la relación de la sociedad y el Estado con los niños, niñas y adolescentes, posibilitando el paso desde una concepción tradicional que era dominante en nuestro medio, según la cual son entendidos como meros objetos de protección, a una que los reconoce como sujetos de derecho, que ameritan una protección especial¹⁴.

I. Sobre los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

En cuanto a la necesidad de diseñar una política pública integral para hacerse cargo de todos los niveles de protección de la niñez, la CDN señala en su artículo 4 que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. De esta manera, una política con estas características tendrá que asegurar el pleno goce de los derechos consagrados en la

Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párrafo 25.

¹³ *Ibid.*, párrafo 26. Ver el detalle de esos 80 instrumentos (hasta el 2002) incluido en el listado de la nota N° 19.

¹⁴ En el Preámbulo de la CDN se señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En el contexto latinoamericano y desde inicios del siglo XX el modelo tradicional de “derecho de menores” entendía las “medidas de protección” de una manera que no consideraba a los niños y niñas como sujetos de derechos, y que por lo mismo, aunque aplicaba medidas que materialmente eran muy similares a las sanciones penales, no respetaba en su aplicación garantías mínimas procesales ni de fondo. Al respecto, ver la solicitud de Opinión Consultiva que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo a la Corte IDH, y que resultó en la elaboración de la Opinión Consultiva 17 del año 2002, tal cual se sintetiza en los párrafos 1 a 4.

Convención sobre la base de sus cuatro principios fundamentales: la no discriminación; el interés superior de la infancia; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por la opinión de los niños y niñas.

Por su parte, en virtud del artículo 42 de la CDN los estados partes “se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños”.

En cuanto a orientaciones más precisas de política pública, ha sido el Comité de Derechos del Niño, creado por la CDN, el órgano de Naciones Unidas que más ha podido detallar estas obligaciones estatales, mediante diversas Observaciones Generales, que a la fecha ya suman 20, incluyendo la N° 19 que es una Observación conjunta entre este Comité y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁵.

El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la segunda parte del artículo 4 de la CDN; ya referido, de la siguiente forma: “La segunda frase del artículo 4 refleja la aceptación realista de que la falta de recursos, financieros y de otra índole, puede entorpecer la plena aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos Estados; esto introduce la idea de la “realización progresiva” de tales derechos: los Estados tienen que poder demostrar que han adoptado medidas “hasta el máximo de los recursos de que dispongan” y, cuando sea necesario, que han solicitado la cooperación internacional”¹⁶.

El Comité ha indicado que para adoptar una perspectiva basada en los derechos de los niños, niñas y adolescentes se requiere la aplicación efectiva de toda la CDN, particularmente considerando las siguientes disposiciones, que a partir de la Observación General N° 5 el Comité ha elevado a la categoría de “principios generales”¹⁷:

¹⁵ N° 1: sobre Propósito de la educación; N° 2: El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño; N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño; N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia; N° 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes; N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad; N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores; N° 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; N° 12: El derecho del niño a ser escuchado; N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; N° 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); N° 15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24); N° 16: sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño; N° 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31); N° 18: sobre prácticas nocivas, adoptaba conjuntamente con Comité CEDW (N°31); N° 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos de los niños; N° 20: sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, párrafo 7

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

i) Principio de Igualdad y No discriminación: Consagrado en el artículo 2 sobre la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la CDN y de asegurar su aplicación a cada NNA sujeto a su jurisdicción, sin distinción. Sobre esto, el Comité estima “fundamental que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva”¹⁸, para lo cual el deber de efectuar una “revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación”¹⁹. Además, el Comité señala que “hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico”²⁰.

ii) Interés Superior del Niño: En el artículo 3, párrafo 1, se consagra el interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas que le conciernan. En su Observación General N° 14, referida específicamente a este principio, el Comité ha indicado que esta disposición establece uno de los valores fundamentales de la CDN, cuyo objeto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por esta, para lo cual debe entenderse como un triple concepto: como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento²¹.

También resulta de interés constatar que cuando la CDN consagra el principio del interés superior del niño en su artículo 3, se refiere en forma bastante amplia a sus destinatarios: instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos. A su vez, en el artículo 18 extiende la aplicabilidad de dicho principio también al ámbito familiar;

iii) Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: El artículo 6, sobre el derecho intrínseco a la vida de NNA y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de estos, entendiendo

¹⁸ Ibíd., párrafo 1.

¹⁹ Ibíd., párrafo 18.

²⁰ Ibíd., párrafo 12. El Comité de los Derechos del Niño ha enfatizado la importancia de que la intervención del Estado tome en consideración aquellos grupos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad de sus derechos. Indicando al respecto que “[s]erá necesario concentrarse especialmente en determinar los grupos de niños marginados y desfavorecidos y darles prioridad. El principio de no discriminación enunciado en la Convención exige que todos los derechos garantizados por la Convención se reconozcan para todos los niños dentro de la jurisdicción de los Estados, (...) [pero] el principio de no discriminación no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación” (Ibíd. párrafo. 30). Por tanto, no bastará para dar cumplimiento con los imperativos internacionales que el Estado se abstenga de vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, si no que, será necesario la adopción de especiales medidas de protección, garantía y promoción de este principio en ayuda de grupos desfavorecidos, como niñas, niños, niñas y adolescentes indígenas, en condición de discapacidad, migrantes y otros.

²¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párrafos 1, 4 y 6.

“desarrollo” en su sentido más amplio, “como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”²².

Además cabe tener en cuenta que la Corte IDH entiende el derecho a la vida en un sentido amplio, señalando que: “En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”²³;

iv) Respeto por la opinión de los niños y niñas: En el artículo 12 se reconoce que NNA son plenos sujetos de derecho, se consagra el derecho a que estos expresen su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y el subsiguiente derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Según el Comité este es uno de los valores fundamentales de la CDN, artículo en cuyo contenido se consagra tanto el derecho de cada niño a ser escuchado individualmente como el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños, niñas y/o adolescentes²⁴.

v) Mediante el reconocimiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación donde se aprecia la mayor diferencia entre su condición jurídica actual como sujetos de derecho y la concepción tradicional que no les reconoce tal calidad. En rigor, lo que consagra el artículo 12 de la CDN, según lo señala el Comité en el título de la Observación del mismo número, es el “derecho del niño a ser escuchado”²⁵. Según el Comité, se trata de “una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos”²⁶, que “no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe

²² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 periodo de sesiones, párrafo 12.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999, párrafo 144. En el párrafo 191 se señala además que: “Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión: En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párrafos 2, 9, 17 y 18.

²⁵ Art. 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párrafo 1.

tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”²⁷. La evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos va mucho más allá de entender este derecho a ser oído como algo que puntualmente cobra sentido en determinados casos en que resulta necesario consultar la opinión de un niño niña en particular:

Por último, es necesario tener en cuenta que el derecho/principio regulado en el artículo 12 de la CDN se relaciona directamente con otras disposiciones que reconocen derechos y libertades civiles de los NNA, “especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información)”²⁸, y cabría además tener en cuenta el artículo 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), y el artículo 15 (libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas).

De esta manera, la Observación General N° 5 del Comité hace ver que en virtud del derecho internacional los Estados que ratifican la CDN asumen la obligación de darle aplicación. La aplicación es definida como “el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción”²⁹.

Dentro del nivel más general de la obligación de aplicar la CDN, además de la necesidad de adaptar la legislación interna, otro conjunto de medidas que deben adoptarse incluye “el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles”³⁰.

²⁷ *Ibíd.*, párrafo 2.

²⁸ *Ibíd.*, párrafo 68.

El artículo 13 señala que: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

Por su parte, el artículo 17 de la CDN reconoce “la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar; teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”.

²⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párrafo 1.

³⁰ *Ibíd.*

En síntesis, y tal como se señala en el párrafo 9, estas medidas “tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados”³¹.

2. Sobre el *Corpus juris* internacional de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes

Desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una disposición general en su artículo 19, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En consideración a lo genérica de esta norma, la Corte IDH ha declarado que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”³², idea que ha sido reiterada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a propósito del mismo fallo, al indicar que la existencia de un *corpus juris* integrado por la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño de protección de los derechos de las personas menores de 18 años importa reconocer “una conexión sustantiva entre ambas normas, que obliga a su aplicación conjunta”³³. La integración del sistema regional con el universal no solo significa considerar la CDN, “sino también las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato”³⁴, agregando que “tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños”³⁵. Así, entonces, la protección integral y efectiva del ejercicio de los derechos de NNA exige a los estados respetar este *corpus juris* en toda su dimensión.

³¹ *Ibíd.*, párrafo 9.

³² Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, OEA/Ser.LV/II.135, 5 de agosto de 2009, párrafo 17.

³⁴ *Ibíd.*, párrafo 21.

³⁵ *Ibíd.*

3. Sobre el derecho de protección familiar y el rol de las instituciones

De gran importancia en la labor de precisar los alcances de estos nuevos estándares a nivel regional es la Opinión Consultiva 17 de la Corte IDH, emitida el año 2002 sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños. Esta opinión, se hace cargo de los estándares de protección de los derechos de los NNA, actualizados y desarrollados a la luz de la CDN, que vino a otorgar mucha mayor precisión a lo que muy sintéticamente contemplaba el artículo 19 de la Convención Americana. Además, marca una diferencia esencial con la manera en que tradicionalmente se había entendido la “protección de menores” en el continente, desde el marco de doctrinas como la del “menor en situación irregular”, de orientación positivista, que no concebían a los NNA como sujetos de derecho.

En el punto VIII de esta Opinión la Corte IDH desarrolla la inter-relación entre familia, sociedad y Estado a efectos de la adopción de medidas especial de protección, pues entiende que ella corresponde “tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”³⁶.

La idea de que es la familia el núcleo central de protección de los NNA, y que el Estado debe apoyarla en su rol, por ser el elemento natural y fundamental de la sociedad, es según la Corte IDH “un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁷, que estaría consagrado en los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 17.1 de la Convención Americana. Así aparece expresado también en la declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, de 1969, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en cuyo artículo 4 se señala que “la familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad”³⁸.

Particularmente relevante es lo que se señala en esta Opinión respecto al concepto de familia. Citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, se sostiene que éste “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”³⁹, y de acuerdo a varias sentencias de la propia Corte IDH, se señala que “el término ‘familiares’ debe

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Punto VIII.- Deberes de la familia, la sociedad y el Estado, párrafo 62.

³⁷ *Ibid.*, párrafo 66.

³⁸ *Ibid.*, párrafo 68.

³⁹ *Ibid.*, párrafo 69.

entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”⁴⁰.

A partir de esas consideraciones centrales, los Párrafos 71 a 77 de la Opinión Consultiva 17 se refieren a la excepcionalidad de la separación de los niños de su medio familiar, concluyendo que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”, y que “en todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”⁴¹.

Otra consecuencia importante a efectos de precisar las obligaciones estatales en la materia, es que la protección eficaz y oportuna de los intereses del niño y la familia “debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”⁴², y que “no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”⁴³. Tampoco basta con “disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”⁴⁴.

También debe destacarse la concepción amplia del derecho a la vida que sostiene la Corte IDH (ya expresada en 1999, en la sentencia del caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala), y en virtud del cual extrae varias consecuencias en cuanto a la necesidad de adoptar obligaciones positivas de protección. Relacionando los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana con la CDN, la Corte IDH señala que “los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos”, lo cual “requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural”⁴⁵.

⁴⁰ Ibíd., párrafo 70.

⁴¹ Ibíd., párrafo 77.

⁴² Ibíd., párrafo 78.

⁴³ Ibíd.

⁴⁴ Ibíd., párrafo 79.

⁴⁵ Ibíd., párrafo 88.

4. Sobre la prohibición del trabajo infantil

En otra área de derechos ligados a la protección especial de los NNA cabe referirse brevemente al artículo 32 de la CDN, dado que el proyecto de ley, como se verá posteriormente, aborda aspectos relativos al trabajo infantil. En esta disposición se reconoce “el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”, debiendo el Estado adoptar para ello una serie de medidas, que incluyen la fijación de edades mínimas para trabajar⁴⁶. Dicha disposición debe necesariamente ligarse con los instrumentos de la OIT en materia de trabajo infantil, principalmente con el Convenio N° 138 (1973) sobre la edad mínima de admisión al empleo, que en su Preámbulo habla de que “ha llegado el momento de adoptar un instrumento general sobre el tema que reemplace gradualmente a los actuales instrumentos, aplicables a sectores económicos limitados, con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños”⁴⁷. En virtud del artículo I del Convenio 138 los Estados se comprometen a “seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”. Posteriormente, la OIT adoptó un nuevo instrumento, más acotado: el Convenio N° 182, sobre “peores formas de trabajo infantil”, señalándolas como un objetivo prioritario a abolir, pero sin renunciar a la política progresiva de abolición del trabajo infantil⁴⁸.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño en su Observación general N° 16, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño señala en su párrafo 4 que “es necesario que los Estados tengan marcos jurídicos

⁴⁶ Art. 32.2: “Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

⁴⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 138 sobre edad mínima de admisión al empleo (1973). Ratificado por Chile el 1 de febrero de 1999, señalando como edad mínima de admisión al empleo los 15 años de edad.

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 182 sobre peores formas de trabajo infantil (1999). Ratificado por Chile el 17 de julio del 2000. En su Preámbulo se considera “la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, principal prioridad de la acción nacional e internacional, incluidas la cooperación y la asistencia internacionales, como complemento del Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, que siguen siendo instrumentos fundamentales sobre el trabajo infantil”. El artículo 3 señala como peores formas de trabajo infantil las siguientes categorías: “(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.

e institucionales adecuados que respeten, protejan y hagan efectivos los derechos del niño, y que proporcionen recursos en caso de violación de los derechos en el contexto de las actividades y operaciones empresariales. En este sentido, los Estados deben tener en cuenta que: a) La infancia es un período excepcional de desarrollo físico, psíquico, emocional y espiritual, y las violaciones de los derechos del niño, como la exposición a la violencia, al trabajo infantil o a productos peligrosos o riesgos medioambientales, pueden tener consecuencias permanentes, irreversibles e incluso transgeneracionales". Además, agrega que, si bien "actualmente no hay ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las responsabilidades del sector empresarial en relación con los derechos humanos", "el Comité considera que las obligaciones y las responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado y se aplican a los actores privados y a las empresas"⁴⁹.

Dando aplicación al a referido artículo 32 de la CDN, se señala que: "Los Estados deben regular las condiciones de trabajo y establecer salvaguardias que protejan a los niños de la explotación económica y de trabajos que sean peligrosos, interfieran en su educación o afecten a su salud o a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Estos trabajos suelen encontrarse, aunque no exclusivamente, en el sector no estructurado de la economía y en las economías familiares. Por tanto, los Estados están obligados a elaborar y ejecutar programas destinados a las empresas en esos contextos, entre otras cosas haciendo cumplir las normas internacionales sobre la edad mínima para trabajar y las condiciones adecuadas de trabajo, invirtiendo en educación y formación profesional y prestando apoyo para lograr una transición satisfactoria de los niños al mercado laboral"⁵⁰.

IV.- Contenido del proyecto de ley

En el Mensaje Presidencial, el proyecto alude a la necesidad de dar aplicación a la CDN, a 25 años de su ratificación, y a la superación de "la concepción tutelar que se tenía de los niños antes de su entrada en vigor". Indica que el nuevo paradigma del "niño como una persona capaz de gozar y ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades" hace necesario establecer "(...) un sistema que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los niños". Por ello este proyecto "(...) pretende dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16, 2013, párrafo 8.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 37.

su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas". El Mensaje asume que se trata de una "ley marco" pues se ha optado "por una ley que sienta las bases generales del sistema de garantías de los derechos de la niñez".

A continuación, se analizará de manera crítica el proyecto de ley en cuestión en base a los estándares internacionales de derechos humanos, fundamentalmente la CDN y las observaciones generales del Comité de los Derechos del niño sobre la materia.

V.- Observaciones al proyecto de ley

En principio el proyecto es valorable porque pretende dar cumplimiento a obligaciones del Estado de Chile contraídas hace casi 3 décadas, y que han sido señaladas insistentemente por el Comité de Derechos del Niño al revisar el grado de cumplimiento de la CDN.

Lo que el proyecto hace en gran medida es consagrar a nivel interno y de manera más sistemática el conjunto de principios y derechos que se han ido reconociendo y elaborando gradualmente tanto a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como de la doctrina jurídica que se ha dedicado al tema de la nueva condición jurídica de la infancia y sus diferencias con la concepción tutelar o tradicional. Dicho esfuerzo no resulta nada despreciable, toda vez que gran parte del ámbito de la infancia depende de una compleja tarea de construcción jurídica del nuevo paradigma, que necesita entre otras cosas de correctos criterios de interpretación y aplicación, teniendo que revisar constantemente el nivel de contradicción que existe entre ambas concepciones aún en tensión (el menor como objeto de protección versus niños y niñas como sujetos de derechos), y la manera en que cada una incide más o menos directamente en la realidad.

En materia de los diversos derechos de NNA que son consagrados en este proyecto de ley, hay algunos que merecen comentarios críticos desde un enfoque de derechos humanos.

Una primera cuestión que resulta llamativa es que a diferencia del artículo 4 de la CDN, que consagra la efectividad de todos los derechos incluidos en su texto y sólo en relación a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) contempla posibles limitaciones mediante la fórmula ya aludida⁵¹, el artículo 2 del actual proyecto de ley señala en su inciso cuarto que: "Corresponde a los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de

⁵¹ "En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional".

sus competencias, hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo, en caso de no ser suficientes, acudir a la cooperación internacional, en especial, en su versión de colaboración institucional, en particular:

- a) Garantizar, en condiciones de igualdad, el libre y pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, para lo cual adoptarán las políticas, planes y acciones necesarias para esos fines.
- b) Proveer programas, asistencia y apoyo a los padres y/o madres, y a las familias en el ejercicio de su responsabilidad sobre los niños.
- c) Facilitar y promover la participación de la sociedad civil y sus organizaciones en el cumplimiento de los objetivos de esta ley.
- d) Promover el restablecimiento de los derechos cuyo ejercicio se haya visto privado o limitado por la falta o insuficiencia del desarrollo de los derechos y deberes que competen a los padres y/o madres, y a las familias.
- e) Dar prioridad a los niños vulnerados en sus derechos, sin discriminación alguna, en el acceso y uso a todo servicio, prestación y recursos de toda naturaleza, sean públicos o privados necesarios para su completa rehabilitación, en las debidas condiciones de seguridad y dignidad. El Estado tomará las medidas pertinentes, en caso de ser necesario, para el acceso y uso de recursos particulares y comunitarios, nacionales o convenidos en el extranjero.
- f) Promover el restablecimiento de los derechos de los niños vulnerados por terceros distintos de los padres y/o madres, su familia, sus representantes legales o quienes los tuvieren legalmente a su cuidado”.

De esta forma, lo que a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos es una cláusula propia de los DESC, en virtud de la cual los Estados pueden justificar su no exigibilidad inmediata dentro de ciertos límites, se consagra acá como una cláusula general, relativa a todos los derechos consagrados y obligaciones estatales de ello resultantes, lo cual si bien a simple vista pareciera reforzar la obligatoriedad de estos derechos, en realidad pone en riesgo y posibilita que se debilite la satisfacción efectiva del conjunto de derechos de los que son titulares niños, niñas y adolescentes, condicionándola a una “satisfacción progresiva”.

En cuanto a los derechos específicamente incorporados, cabe señalar que el **derecho a ser oído (artículo 21)** no va aparejado de instancias formales específicas en que NNA puedan hacer valer sus opiniones, y tampoco se propone una modificación de la Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Además, los términos en que se formula el **derecho a la participación (artículo 24)** se plantean de modo tan similar al derecho a ser oído que no recoge su diferencia (entendiendo la participación como un proceso permanente, en los términos señalados por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 12), la que se acrecienta si tenemos en cuenta que en su inciso final se incluye también el derecho de asociación.

El **derecho de asociación** ameritaría una consagración autónoma, teniendo en cuenta que en las Recomendaciones del Comité a Chile se “(...) expresa preocupación por la actitud represiva del Estado al hacer frente a las manifestaciones estudiantiles que tuvieron lugar en 2011-2012”⁵², y que así en el Informe complementario presentado por el INDH al Comité se da cuenta de que la detención de adolescentes en marchas, además de carecer de fundamentación jurídica, opera como un mecanismo ilegítimo para disuadir y controlar manifestaciones, situación que se agrava al constatar las agresiones a que dan lugar las detenciones tanto en su práctica como en el trayecto y permanencia en las comisarías⁵³.

Respecto a la interrelación de derechos, el **derecho a la información (artículo 27)** debe relacionarse con el **derecho a la salud (artículo 29)**, en tanto este último consagra el derecho de los NNA a ser informados sobre su estado de salud, tratamientos y circunstancias de su internación, derecho que el proyecto enfatiza correctamente tratándose de NNA en situación de discapacidad. De manera de armonizar este derecho en nuestra legislación, y tal como el INDH ya lo ha advertido, es necesario que la Ley N° 20.584, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes incluya un acápite en materia de NNA⁵⁴.

Sobre la **protección contra la violencia (artículo 28)** en relación a la **libertad personal y ambulatoria (artículo 33)** debe tenerse presente que la CDN consagra expresamente en su artículo 20 el derecho a la protección de los niños y niñas privados de su medio familiar. Esta norma reconoce la obligación del Estado de proporcionar protección y cuidado especial en instituciones adecuadas de protección de menores⁵⁵, y haría aconsejable que el proyecto consagre expresamente el derecho de los NNA privados de su medio familiar a una especial protección, especificando los deberes concretos que le caben al Estado.

⁵² Ibídem, párrafo 36.

⁵³ INDH, Informe Complementario, op. cit., párrafos 13 a 15.

⁵⁴ Ibídem, párrafo 8.

⁵⁵ Sobre esta obligación el Comité ha recomendado a Chile que “Garantice una revisión periódica de los internamientos de niños en instituciones y de su colocación en hogares de acogida, y supervise la calidad de la atención que reciben en esos entornos, entre otras cosas ofreciendo vías accesibles y adaptadas a las necesidades de los niños para denunciar, vigilar y remediar situaciones de malos tratos a menores; Adopte las medidas necesarias para prevenir e impedir la violencia contra los niños en las instituciones y los hogares de acogida, y; Asegure una asignación suficiente de recursos humanos, técnicos y financieros a centros de cuidados alternativos y servicios pertinentes de atención al niño para facilitar la rehabilitación y la reintegración social de los niños que residen en ellos, en la mayor medida posible”. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015, párrafo 55.

Se contempla también en el título del artículo 33 del proyecto la **“protección contra la explotación económica y el trabajo infantil”**. Lo llamativo es que luego de dicho título, el derecho que efectivamente se consagra en dicho artículo es el de “estar protegidos contra la explotación económica y contra las peores formas de trabajo infantil”. Hay una diferencia relevante y de fondo entre ambas frases, porque lo que se anuncia en el título es la protección contra el trabajo infantil en general, pero lo que en definitiva se consagra es la protección únicamente contra sus “peores formas”. Como ya mencionamos, en virtud del artículo I del Convenio 138 los Estados se comprometen a “seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”. En cambio, las llamadas “peores formas de trabajo infantil” consisten en un listado bastante acotado de trabajos que por su extrema nocividad ameritaron que la OIT elaborara en 1999 un Convenio especial sobre la materia (el N° 182), señalándolas como un objetivo prioritario a abolir, pero sin renunciar a una política progresiva de abolición del trabajo infantil en general. El reducir el compromiso del Estado a la erradicación sólo de las peores formas de trabajo infantil es claramente una rebaja de los estándares de protección contemplados en el artículo 32 de la CDN, y nos alerta sobre los riesgos de proyectos de ley como el que estamos comentando, que optan por reiterar a nivel interno derechos que ya están consagrados a nivel internacional, no siempre enriqueciendo su contenido.

Es valorable que se incluya dentro del listado de derechos las **“medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años”** (artículo 37), que incluyen obligaciones para el Estado y que alcanzan a los establecimientos de educación, señalando expresamente la prohibición de impedir el acceso o permanencia en estos establecimientos en razón de embarazo, maternidad o paternidad. Con todo, aunque se menciona el derecho a una educación sexual integral y responsable, no se señala quiénes serían los responsables de otorgarla (los padres, el Ministerio de Educación o Salud, u otro). Así su ejercicio puede verse impedido, por ejemplo, en establecimientos educativos privados que adopten un enfoque restrictivo y limitado sobre educación sexual. Por ello, la educación sexual, en tanto derecho, debería consagrarse expresamente como una obligación para los establecimientos educacionales. Además, sin perjuicio de que se establecen derechos relacionados con la maternidad, el proyecto no incorpora el respeto a la confidencialidad y privacidad como garantías de los adolescentes, así como tampoco el reconocimiento de su derecho a la salud sexual y reproductiva.

En relación a los **derechos de NNA indígenas**, el proyecto promueve la necesidad de una especial protección de éstos (artículo 2 inciso 5°), así como su derecho a la identidad (artículo 19 inciso 2°⁵⁶). La situación de este grupo, dada su especial vulnerabilidad, requiere

⁵⁶ “Los niños que pertenezcan a colectivos étnicos, indígenas, religiosos o lingüísticos tienen derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su

de un impulso al reconocimiento de su condición especial, sobre todo en el contexto de vulneraciones sistemáticas a los derechos de NNA indígenas, quienes han sufrido el uso desmedido de fuerza en el contexto de movilizaciones, afectaciones a su integridad física, síquica y a su derecho al debido proceso, tal como el INDH lo ha observado en reiterados documentos, particularmente el Informe Complementario entregado al Comité⁵⁷.

Donde el proyecto ha resultado más mermado en relación a su forma original es en lo relativo a la creación del llamado “**Sistema de protección administrativa y judicial**”. El Título III del proyecto presentado contenía un primer párrafo con “reglas generales” (artículos 25 a 30), un segundo párrafo sobre la protección administrativa (artículos 31 a 35), y el tercero sobre protección judicial (artículo 36). En dicho diseño se entregaban al Ministerio de Desarrollo Social competencias para adoptar medidas de protección en casos de privación o vulneración de derechos de NNA, y las hipótesis de intervenciones judiciales se acotaban a la revisión de decisiones administrativas, según procediera, y a la adopción de medidas que impliquen separar al niño/a de uno o ambos padres o de las personas que lo tengan a su cuidado. Sin embargo la falta de precisión respecto a las competencias, hipótesis de intervención, plazos, formalidades y el carácter de las medidas propuestas en el procedimiento administrativo fueron objeto de importantes cuestionamientos, por lo que el Título III se reemplazó íntegramente durante su tramitación legislativa, quedando primero su contenido reducido a la formulación de principios generales, para en la versión actual, de 2 de mayo de 2017, quedar a su vez reducido a dos breves artículos (37 y 38), que se refieren solamente al derecho a defensa jurídica especializada y autónoma ante tribunales y entes administrativos, y al deber general de los órganos de la Administración del Estado de proveer dentro del ámbito de su competencia “los servicios sociales que correspondan para propender a la plena satisfacción de los derechos de los niños en forma oportuna y eficaz”. Dicha evolución deja al proyecto en condiciones tan modestas que difícilmente se podría entender que el conjunto de este articulado estructure en efecto un “sistema de protección administrativa y judicial”.

El **Título IV sobre Institucionalidad** también sufrió una significativa reducción de contenidos, desde un primer párrafo con 7 artículos referidos a las “instituciones participantes” y el segundo párrafo con un artículo referido a la “participación ciudadana y de los niños”, a un único artículo, el 39, sobre “principio de participación, colaboración ciudadana y participación de los niños”.

De acuerdo a la norma subsistente, los órganos de la Administración del Estado “propenderán” a la creación de procedimientos que permitan dicha participación ciudadana en estas materias, “en cada uno de los niveles del sistema”, y el Ministerio de Desarrollo Social debe disponer en concreto de los “instrumentos y procedimientos” para lo mismo.

propio idioma y a intervenir en los procedimientos de consulta cuando lo establezca la ley”.

⁵⁷ INDH, Informe Complementario, op. cit., párrafos 39 a 44.

La alusión a los “niveles” se entendía en el marco del proyecto original y versiones posteriores, que regulaban tres niveles de gestión del Sistema de Garantías (estratégico, de articulación y de prestación y adopción de medidas). Al igual que con el Sistema de protección administrativa y judicial, se debe considerar que la regulación subsistente es tan mínima que no permite considerar que se esté creando una “institucionalidad” en estas materias, sino que tan sólo se señalan algunos encargos al Ministerio de Desarrollo Social tendientes a establecer a futuro estas formas de participación.

Lo que se ha señalado sobre los títulos III y IV repercute en que los “contenidos mínimos” que subsisten en el título V, referido la **Política nacional de la Niñez y su Plan de Acción**, quedan en definitiva entregados a futuras acciones del Ministerio de Desarrollo Social, y no estarían ya ligados al sistema e institucionalidad que originalmente se proyectaba crear:

Resulta además criticable que se hable de “niño” y de “niños”, sin incorporar un lenguaje inclusivo en materia de género. Tal como el INDH señaló en el Informe Anual 2015, resulta “(...) necesario que el proyecto haga distinciones entre, por una parte, niños y niñas y, por otra, adolescentes, siendo que en relación con las personas mayores de 14 años el nivel de autonomía necesariamente debe ser reforzado, teniendo en cuenta que a esa edad ya cuentan con responsabilidad penal, y que la legislación actual concerniente a tribunales de familia reconoce a varios efectos esa importante diferencia”⁵⁸. Esa diferencia ha sido además reconocida en la última Observación General del Comité de Derechos del Niño, la N° 20, que se refiere precisamente al ejercicio de derechos durante la adolescencia⁵⁹.

VI.- Conclusiones

- 1.- El INDH valora en principio la presentación y discusión del proyecto de Sistema de Garantías por cuanto se orienta a dar cumplimiento a las recomendaciones que el Comité ha formulado al Estado de Chile en reiteradas ocasiones acerca de la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento una ley sobre protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en armonía con los estándares de la CDN y otros instrumentos internacionales.
- 2.- Sobre las definiciones del proyecto es importante ampliar el uso que este hace de la palabra niño, distinguiendo entre niños, niñas y adolescentes, incorporando un lenguaje

⁵⁸ Ibídem.

⁵⁹ Dentro de su primer párrafo se señala que: “Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades. Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños”.

inclusivo y habida consideración de las diferencias en cuanto a efectos jurídicos de los distintos niveles de autonomía que tienen infantes y adolescentes.

- 3.- Valorando que el proyecto consagre el principio de participación, la iniciativa no da cuenta del Consejo Nacional de los Niños que propone el proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, cuyo objeto es representar la opinión de los NNA en las decisiones públicas que les afecte. Se recomienda que el proyecto desarrolle el principio de participación considerando instancias formales que permitan ejercer el derecho a ser oídos, evitando una consagración meramente simbólica de este principio.
- 4.- Aun cuando el catálogo de derechos es similar al de la CDN, existen importantes diferencias que deberían ser revisadas. Particularmente llama la atención que en definitiva el derecho de NNA a estar protegidos de la explotación económica quede reducido a la erradicación solamente de las llamadas “peores formas de trabajo infantil”. Además, el proyecto no consagra el derecho a la protección de los niños privados de su medio familiar, reconocido por la CDN. En consideración al contexto chileno y la crisis de institucionalidad existente, el INDH considera importante que el proyecto consagre expresamente este derecho. En el mismo sentido, a pesar de que el proyecto contiene una breve referencia a la figura de la adopción, este derecho, reconocido por la CDN, no se consagra autónomamente, omisión que se recomienda subsanar según los estándares de derechos humanos.
- 5.- Se observa con mucha preocupación que el proyecto en su versión actual, tal cual fue enviado por la Cámara de Diputados al Senado, ha sido considerablemente reducido en lo relativo a la creación del sistema de protección administrativa y judicial, sin que de su texto se derive la creación de un nuevo sistema de protección, y lo mismo ha ocurrido en cuanto a la regulación de la nueva institucionalidad. Así, el proyecto no dispone de mecanismos claros ni concretos para dar una materialización efectiva a los derechos reconocidos.
- 6.- Resulta necesario incluir y especificar la forma concreta en que están llamadas a actuar las instituciones creadas por otros proyectos y que formarán parte del Sistema de Garantías. Particularmente, esta iniciativa debe vincularse de mejor forma con el Defensor de la Niñez y la Subsecretaría de la Niñez, así como los órganos de participación civil y de la infancia propuestos en este último proyecto.
- 7.- El proyecto no se hace cargo del reemplazo definitivo de la Ley N° 16.618 (Ley de Menores), asunto que ha sido planteado tanto por este INDH en diversos documentos como por el Comité en cada una de sus Observaciones a Chile. Esto resulta fundamental, por cuanto la “doctrina de la situación irregular” que inspira la Ley de Menores es incompatible con los estándares de la CDN que el proyecto de Sistema de Garantías de la Niñez propone reconocer.

Informe sobre proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.

Boletín N° 10.584-07

Aprobada en sesión ordinaria N° 362 del Consejo del INDH, de fecha 29 de mayo de 2017.

I.- Resumen

El presente informe trata sobre el proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, proyecto que forma parte de una agenda de fortalecimiento del sistema de garantías de los derechos de la niñez y de la institucionalidad en derechos humanos que permita al Estado promover y proteger con especial atención los derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño y el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Para tales efectos, este informe se subdividirá en una primera parte que contextualizará la Defensoría dentro del marco de un sistema de garantía de derechos de la niñez, su relación con el sistema e institucionalidad más amplio de promoción y protección de los derechos humanos en el país y las experiencias comparadas en torno al establecimiento de Defensorías de la Niñez. Enseguida, se dará un marco teórico de estándares en derechos humanos referidos principalmente a la Convención de los Derecho del Niño, los Principios de París aplicables a las instituciones nacionales de derechos humanos y la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño, titulada "El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño" del año 2002. Este marco permitirá, a su turno, analizar el proyecto desde una doble perspectiva: por un lado, dar luces sobre un debate en curso en el mundo, cual es la proliferación de instituciones nacionales de derechos humanos especializadas dentro de un mismo país versus la conveniencia de concentrar tales funciones en un órgano; y, por el otro, analizar el mérito del proyecto en sí y de su adecuación a los estándares internacionales.

Para finalizar, como es habitual en sus informes, el INDH formulará recomendaciones de carácter general en torno al proyecto de ley en informe.

II.- Antecedentes

En 1990 el Estado de Chile ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (la Convención), adquiriendo a partir de ahí una obligación general de

adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole que resulten necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos por dicha Convención. La Convención supera la concepción tutelar que existía en relación a los niños, niñas y adolescentes (NNA) antes de su entrada en vigor, reconociéndolos como titulares de los derechos y libertades que los pactos internacionales reconocen a toda persona y estableciendo que su desarrollo integral debe ser protegido de un modo preferente. Esta titularidad pone de manifiesto, asimismo, la necesidad de establecer un sistema que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los NNA.

Bajo estas premisas, el Gobierno presentó al Congreso Nacional, el 21 de septiembre de 2015, un proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez, cuyo objetivo es sentar las bases, principios fundantes y estructura general del sistema, esto es, una ley marco que permita establecer la institucionalidad adscrita al sistema.

El diseño de la nueva institucionalidad incluye una nueva Subsecretaría de la Infancia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Asimismo, tal como fue anunciado en el mensaje del proyecto de Ley de Garantías, el sistema prevé la existencia de un Defensor de la Niñez que contribuya a la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños. El proyecto de ley en análisis aborda este punto, creando una institución autónoma especializada dentro del Estado, formando parte del entramado más amplio de institucionalidad en derechos humanos del país.

El fundamento primario de esta nueva institución radica, según lo expresado en el mensaje presidencial, en la Convención sobre los Derechos del Niño. El mensaje también puntualiza que,

“El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a nuestro país la creación de un mecanismo independiente y eficaz que vigile la aplicación de la Convención (Observación del Comité sobre los derechos del niño a Chile, en el año 2002, considerando N° 13, en el año 2007, considerando N° 15, y en año 2014, Recomendación N° 19). Esta institución, además de formar parte del sistema de garantías de derechos de la niñez, debe constituirse como un observador de las instituciones públicas y de aquellas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños o niñas, autónomo, que vele por su actuar respetuoso de estos derechos”¹.

¹ Mensaje Presidencial N° 003-364 con el que se remite al Congreso Nacional un Proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Boletín N° 10584-07.

III.- Experiencia Comparada

Existe en el mundo abundante experiencia en torno al establecimiento de Defensores, Ombudsman o Defensorías de la Niñez. Los diseños institucionales en la materia son variados, pero existen dos grandes criterios. En un primer caso, se crean defensores como instituciones totalmente autónomas de cualquier otro órgano, cuya temática específica es la promoción y protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. De acuerdo a un segundo criterio, los defensores son parte de una estructura y una institución con mandato más amplio, generalmente identificada con los Ombudsperson o las Instituciones o Institutos Nacionales de Derechos Humanos, donde se incorpora especialmente la temática e, incluso, en muchas ocasiones la ley determina la designación de un defensor adjunto, dentro de la institución, para temas de la niñez.

De acuerdo a un estudio del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes sobre el estado de oficinas de la niñez en los Estados de Latinoamérica,

“En los 14 Estados en análisis, se ha adoptado el segundo criterio, toda vez que no existe un Defensor u Ombudsman específico y autónomo para los derechos de la niñez, como lo existen en la mayoría de los Estados europeos. Es decir, en América Latina se optó por la figura de un Ombudsman general que realiza la defensa de la totalidad de derechos humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos, si bien existen oficinas, áreas, adjuntías, programas o unidades especializadas (según el nombre que adapte cada institución) y a su vez una persona como principal responsable de las temáticas relacionadas con la niñez y la adolescencia. Estos responsables, en algunos casos, son a su vez responsables de poblaciones prioritarias relacionadas como lo son las temáticas de mujer y juventud principalmente”².

Así, en América Latina es posible visualizar al Defensor de la Niñez como cuerpo especializado, instituido al alero de un Defensor general y/o Instituto Nacional de Derechos Humanos, o bien se confían las facultades y las responsabilidades de la defensoría de los derechos de los NNA a los Defensores Generales.

Mientras, en los países europeos se observa una práctica más variada. La cuestión que se ha planteado en las últimas décadas sobre establecer una institución nacional o varias especializadas para abordar temas específicos de derechos humanos ha sido fluctuante, aunque, según lo afirma la doctrina, se va resolviendo en base a un criterio esencialmente pragmático, y no apoyado en principios o estándares internacionales. Así,

² Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la OEA – “Estudio de aproximación sobre el estado de las oficinas de niñez y adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos”, Agosto de 2011, disponible en http://www.iin.oea.org/pdf-iin/2016/10Estudio_Defensorias.pdf

“[I]os estándares internacionales y europeos de derechos humanos proporcionan pocos criterios en torno a la elección de múltiples o únicas instituciones [de derechos humanos], lo cual significa que la decisión es eminentemente pragmática. Existen muchas razones para afirmar que una única institución nacional de derechos humanos probablemente será más capaz de promover y proteger los derechos de grupos vulnerables, ya que contará con un marco legal unificado, será efectiva en términos de costos, estará mayormente accesible a quienes necesiten utilizarla, y presentará al público y autoridades un claro [y único] perfil”³.

Cabe mencionar que en el entorno europeo el primer Ombudsman especializado en derechos de los niños fue establecido por Noruega en 1981, al cual siguió un fuerte movimiento impulsado por la Convención sobre los Derechos del Niño. En la última década, en los Estados donde ha existido más de una institución nacional de derechos humanos (como una especialista en derechos de los niños) se observa un movimiento desde la multiplicidad, hacia la unificación y estandarización en instituciones únicas. En el Reino Unido, por ejemplo, el Equality Act de 2006 reemplazó las tres instituciones especializadas en derechos humanos existentes por la Commission for Equality and Human Rights⁴. Movimientos similares se han observado en Suecia⁵, Hungría⁶ y Croacia⁷, entre otros.

³ Ver a este respecto CARVER, Richard – “One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience, Oxford Brookes University, *Journal of Human Rights Practice* Vol. 3, number 1, 2011, pp. 1-24. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁴ “An Act to make provision for the establishment of the Commission for Equality and Human Rights; to dissolve the Equal Opportunities Commission, the Commission for Racial Equality and the Disability Rights Commission; to make provision about discrimination on grounds of religion or belief; to enable provision to be made about discrimination on grounds of sexual orientation; to impose duties relating to sex discrimination on persons performing public functions; to amend the Disability Discrimination Act 1995; and for connected purposes.” Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/3/pdfs/ukpga_20060003_en.pdf

⁵ “Recent developments in Sweden have followed a similar pattern to the United Kingdom. In 2008, after a two-year consultation, the Swedish Parliament passed the Discrimination Act. The new Act replaced four specialized ombudsman institutions with a single Equality Ombudsman. The Equal Opportunities Ombudsman, the Ombudsman against Ethnic Discrimination, the Disability Ombudsman and the Ombudsman against Discrimination because of Sexual Orientation were all dissolved. The new institution was created as part of a new law that harmonized the substantive protections against discrimination among the different groups.” Ver CARVER. Op. Cit. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁶ “Hungary provides an interesting example of separate, but connected, specialized ombudsman institutions. Hungary has four such bodies: the Parliamentary Commissioner for Civil Rights, the Parliamentary Commissioner for the Rights of National and Ethnic Minorities, the Parliamentary Commissioner for Data Protection, and the Parliamentary Commissioner for Future Generations. The Law on the Parliamentary Commissioner for Civil Rights provides the general legal basis for all the ombudsman institutions. The different institutions share an office building, with a combined budget, and have some staff in common. They sometimes consider complaints jointly, have issued joint reports, and made joint references to the Constitutional Court” Ver CARVER. Op. Cit. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁷ “Croatia also has multiple national human rights institutions. The oldest of these is the Croatian People’s Ombudsman (CPO), which has a general human rights mandate. More recent additions have been ombudsman institutions dealing with children’s rights, gender equality and persons with disabilities, the latter created to meet Croatia’s obligations under article 33 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The four institutions were legally entirely separate until the enactment of anti-discrimination legislation that came into force in January 2009. This designated

IV.- Estándares de Derechos Humanos

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es uno de los tratados internacionales que cuentan con el mayor número de ratificaciones y países obligados por sus disposiciones⁸, lo que viene a reflejar la importancia que le han dado los Estados a proteger especialmente los derechos humanos de un grupo altamente vulnerado en sus derechos como lo son los niños, niñas y adolescentes. La Convención, como se dijo, marca un antes y un después en la forma de comprender y tratar a la infancia, en tanto se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos subjetivos a los que se les reconoce la aptitud progresiva de ejercerlos por sí mismos y ser oídos. Las Defensorías de la Niñez deberían entonces responder a un nuevo diseño institucional visto bajo el prisma de la Convención, en el entendido que,

“es en ella donde se encuentran las bases teórico-conceptuales que explican la esencia de estas Defensorías, esencia que está definida por la perspectiva de derechos que viene a reemplazar la perspectiva tutelar o asistencial”⁹.

El artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ es considerado la fuente primaria del establecimiento de los organismos especializados en la promoción y protección de los derechos de los niños. En palabras del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas,

“Las instituciones nacionales independientes de derechos humanos representan un importante mecanismo para promover y asegurar la aplicación de la Convención, y el Comité de los Derechos del Niño considera que el establecimiento de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados Partes al ratificar la Convención de garantizar su aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño”¹¹.

the CPO as the ‘equality body’, meaning in effect that it acquired a coordinating role in relation to the other institutions on anti-discrimination matters, as well as having responsibility for reporting. Coincidentally, the CPO was also accredited in 2008 by the International Coordinating Committee of NHRIs. These events prompted the CPO to commission a study to look into the desirability and feasibility of merging the existing bodies into a single national human rights institution, or at least to increase functional coordination”. Ver CARVER. Op. Cit. Disponible en: <https://academic.oup.com/jhrp/article/3/1/1/2189036/One-NHRI-or-Many-How-Many-Institutions-Does-It>

⁸ La Convención sobre los Derechos de los Niños cuenta al 9 de mayo de 2017 con 196 Estados Parte.

⁹ Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la OEA – “Estudio de aproximación sobre el estado de las oficinas de niñez y adolescencia en el marco de las Instituciones Nacionales independientes de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos”, p. 23.

¹⁰ Artículo 4° de la Convención sobre los Derechos de los Niños: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

¹¹ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 1.

Con vistas a tal finalidad, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas desarrolló en 2002 su Observación General N° 2, a través de la cual alienta y apoya a los Estados en la tarea de crear una institución que promueva y vigile la aplicación de la Convención, la que debería establecerse según el Comité “de conformidad con los Principios de París”¹², relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos¹³.

Los Principios de París brindan normas mínimas para estas instituciones, tanto respecto a su orgánica y funcionalidad¹⁴, como respecto a las actividades que deberían realizar¹⁵. En base a ellos, adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño señala diversas características importantes que se describen a continuación.

a) Mandato y Facultades

Las instituciones nacionales debieran tener un reconocimiento a lo menos legal, aunque el Comité aboga por uno de tipo constitucional. El reconocimiento de la ley debe ante todo asegurar la autonomía orgánica y funcional del organismo, de manera que pueda ejercer su mandato con independencia.

El Comité de los Derechos del Niño estima que el mandato de estas instituciones debiera ser lo más amplio posible, para promover y proteger los derechos humanos de niños y niñas, incorporando la Convención, sus Protocolos Facultativos y demás instrumentos internacionales pertinentes. Las facultades que se le confieran deben ser aquellas necesarias para cumplir el mandato con eficacia, “en particular la facultad de oír a toda persona y

¹² Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (los “Principios de París”), resolución 48/134 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993.

¹³ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 4.

¹⁴ Según los Principios de París, las instituciones nacionales de derechos humanos tendrán: a) Independencia; b) Competencia para promover y proteger los derechos humanos; c) Un mandato amplio, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo; d) Una composición plural tanto en lo que respecta a sus miembros como a sus empleados; e) Miembros designados mediante una ley oficial en la que se establezca la duración específica de su mandato; f) Recursos suficientes para cumplir su mandato y ejercer sus funciones; g) Accesibilidad a las víctimas, posibles y reales, de los infractores de los derechos humanos; h) Una metodología de cooperación con el gobierno, las ONG, las organizaciones del sector privado y los particulares, en el ámbito nacional e internacional.

¹⁵ En lo que respecta a las actividades, en los Principios de París se exige a las instituciones nacionales que: a) Presenten informes sobre la promoción y protección de los derechos humanos; b) Promuevan y aseguren que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva; c) Fomenten la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; d) Colaboren en la redacción de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas y, en su caso, emitan una opinión a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia; e) Cooperen con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones nacionales de otros países; f) Colaboren en la elaboración de programas relativos a la enseñanza e investigación en la esfera de los derechos humanos y participen en su aplicación; g) Den a conocer los derechos humanos

obtener cualquier información y documento necesario para valorar las situaciones que sean de su competencia". Además, las facultades han de comprender la promoción y protección de los derechos de todos los niños "en relación no sólo con el Estado sino también con todas las entidades públicas y privadas pertinentes"¹⁶.

b) Representación pluralista; nombramientos

De acuerdo a la Observación General N° 2 del Comité de los Derechos del Niño, en la composición de las Defensorías de la Niñez se debe asegurar una representación pluralista de los distintos sectores de la sociedad civil interesados en la promoción y protección de los derechos humanos, participando en su labor; entre otros, "las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos, de lucha contra la discriminación y de defensa de los derechos del niño, incluidas las organizaciones dirigidas por niños y jóvenes; los sindicatos; las organizaciones sociales y profesionales (de médicos, abogados, periodistas, científicos, etc.); las universidades y expertos, en particular expertos en derechos del niño"¹⁷.

En cuanto a la designación de sus miembros, las Defensorías "deben adoptar un procedimiento de nombramiento apropiado y transparente, en particular un proceso de selección abierto y por concurso"¹⁸.

c) Recursos y fondos

Conforme lo señala el Comité, el mandato de la institución puede carecer de sentido o el ejercicio de sus facultades verse limitado, si ella no dispone de los medios para funcionar eficazmente en el desempeño de sus atribuciones. La suficiencia de los recursos es para el Comité un criterio fundamental a la hora de adoptar la decisión de si crear una institución independiente especializada, o si incluir el mandato dentro de las instituciones nacionales de derechos humanos. Así, el Comité advierte que,

"[c]uando los recursos son limitados, se debe prestar atención a que los recursos disponibles se utilicen con la mayor eficacia posible para la promoción y protección de los derechos humanos de todos, incluidos los niños, y en este contexto probablemente la mejor solución sea crear una institución nacional de mandato amplio cuya labor incluya actividades específicamente dedicadas a los derechos del niño. La estructura de una institución nacional de mandato amplio debería comprender un comisionado

¹⁶ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre "El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño", CRC/GC/2002/2, párrafo 9.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 12.

¹⁸ *Ibid.*, párrafo 12.

especializado o una sección o división específica que se encargara de los derechos del niño”¹⁹.

Por otra parte, en el manejo de los recursos y fondos se debe “estar libre de toda forma de control financiero que pueda afectar su independencia”²⁰.

- d) Facultades y recursos efectivos para hacer frente a las violaciones de los derechos de los niños

Frente a quejas y peticiones individuales, incluyendo la de los/as NNA, por violación a sus derechos, los estándares indican que las Defensorías deben estar facultadas para examinarlas “y llevar a cabo las investigaciones correspondientes”. Para poder practicar eficazmente dichas investigaciones, según el Comité,

“[d]ebe otorgárseles la facultad de interpelar e interrogar a los testigos, tener acceso a las pruebas documentales pertinentes y acceder a los lugares de detención. También les corresponde la obligación de velar por que los niños dispongan de recursos efectivos, asesoramiento independiente, defensa de sus derechos y procedimientos para presentar quejas ante cualquier conculcación de sus derechos. Cuando proceda, las instituciones nacionales de derechos humanos deberían asumir una función de mediación y conciliación en presencia de quejas”²¹.

En cuanto a la legitimación activa de las Defensorías, el Comité es enfático en señalar que ellas “deben tener la facultad de prestar apoyo a los niños que acuden a los tribunales de justicia, en particular la facultad de: a) someter en nombre propio casos relativos a cuestiones que afectan a la infancia; y b) intervenir en las causas judiciales para informar al tribunal sobre las cuestiones de derechos humanos involucradas en el caso”²², esto último ya sea como parte interviniente o en calidad de *amicus curiae*.

- e) Otras recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño

En consonancia con el principio de respeto a la opinión del niño recogido por el artículo 12 de la Convención, el Comité indica que debe ser labor esencial de las instituciones nacionales de defensa de los derechos de los/as NNA el de promoverlo, en todo asunto que les afecte, por parte del gobierno y de toda la sociedad. Así,

¹⁹ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 6.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 10.

²¹ *Ibid.*, párrafo 13.

²² *Ibid.*, párrafo 14.

“Las instituciones deben asegurar que se mantenga un contacto directo con los niños y que éstos participen y sean consultados en la forma adecuada. Por ejemplo, podrían constituirse consejos de niños como órganos consultivos de las instituciones nacionales a fin de facilitar la participación de los niños en los asuntos que les afectan”²³.

Otro asunto relevante dice relación con la accesibilidad de las Defensorías a los/as NNA, la que debe estar garantizada al máximo posible “desde los puntos de vista geográfico y físico”. Asimismo, se debe garantizar “el derecho de la institución a tener acceso en condiciones de confidencialidad a todos los niños que son objeto de medidas de tutela o guarda y a todas las instituciones de acogimiento de menores”²⁴.

V.- Opinión del INDH sobre el proyecto de ley

En la presente sección se abordarán 6 temas en donde el Instituto Nacional de Derechos Humanos cree prudente opinar; que son esenciales para perfeccionar el proyecto de ley y asegurar una institucionalidad adecuada para la defensa de los derechos del niño y de la niña.

V.I. Multiplicidad o singularidad de instituciones

Como punto de partida, el INDH considera necesario analizar la creación de la Defensoría de los derechos de la Niñez, en tanto nueva institución autónoma dentro del Estado encargada de promover y proteger los derechos de un grupo particularmente, como una opción diferente a la alternativa observada en la realidad comparada –especialmente Latinoamericana– de fortalecimiento de una institución nacional única que vele, reforzadamente, por los derechos de los/as NNA, con funciones, recursos y accesibilidad perfeccionadas.

En los diseños institucionales nacionales de derechos humanos comparados, se observa una proliferación de organismos especializados –tales como defensorías u Ombudsman de NNA, personas con discapacidad, migrantes, entre otros– cuya existencia se justifica por la debilidad institucional que ha existido en materia de promoción y protección de grupos tradicionalmente discriminados o especialmente vulnerados. Sin embargo, la proliferación de este tipo de instituciones autónomas puede atentar contra la eficacia de las

²³ Observación General N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”, CRC/GC/2002/2, párrafo 16.

²⁴ *Ibid.*, párrafo 15.

mismas, de no mediar una reflexión profunda que incluya experiencias y aprendizajes, especialmente aquellos producidos desde la instalación de nuestro INDH.

Contar con una institucionalidad eficiente y eficaz que proteja y promueva los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes requiere que dicho mecanismo tenga la suficiente fuerza para cumplir su mandato y para representar ante las autoridades estatales, de cualquier índole, las necesidades en materia de derechos humanos y en consecuencia, ante la eventualidad de que existan varias instituciones con mandatos similares, lo que se requiere es que actúen de manera coordinada entre sí, de tal manera que se asegure la protección y promoción de los derechos humanos.

Además de señalar que la tendencia internacional va en sentido opuesto –esto es, hacia la fusión de institucionalidades autónomas cuando existen más de una, o la creación de un único mecanismo nacional que cuente con defensorías adjuntas– esta multiplicidad dificulta un abordaje transversal de los derechos humanos con consecuencias que pueden impactar sobre su eficacia y sobre una interpretación consistente de los estándares internacionales en distintos niveles del Estado. Además, la existencia y el abordaje integral de vulneraciones múltiples puede ocultarse bajo la multiplicidad de institucionalidad con enfoque sectorial.

La eventual existencia de varias “puertas de entrada” a las denuncias por afectación de los derechos de las personas es un aspecto a considerar; así como también la existencia de recursos limitados que ponen en cuestión la viabilidad de contar con una institución de presencia nacional, representación regional y con capacidad de accionar oportunamente, tal como lo indican los estándares internacionales, mismos que sugieren una institución única cuando se está frente al caso de recursos claramente escasos.

Respecto al mérito del proyecto, el INDH destaca y valora la idea de legislar sobre esta nueva institucionalidad, ya que es una medida muy concreta del Estado de Chile para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. El proyecto de ley presenta aspectos positivos en relación a los estándares internacionales, sin perjuicio de que nos parece necesario analizar la opción adoptada en términos de generar instancias temáticas y no unificadas en la defensa y promoción de los derechos humanos.

V.2. Principios Rectores

Debe destacarse que el proyecto reconozca como principios rectores para la Defensoría el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva. Estos son también los principios rectores que mandata la Convención sobre los Derechos del Niño. Con esta iniciativa efectivamente la legislación se orienta preferentemente en favor de los/as NNA, en tanto personas titulares de derechos a los que la ley y el Estado deben brindar una adecuada protección.

V.3. Independencia y autonomía

El INDH considera que una opción que da garantías de autonomía de los Poderes del Estado es, sin lugar a dudas, la figura del Defensor de la Niñez como un defensor adjunto dentro del INDH, dado que el Instituto es un organismo que se rige plenamente por los Principios de París y se encuentra acreditado por Naciones Unidas en esa calidad. De manera interna, se podría pensar en una desconcentración del Defensor dentro del Instituto, estableciendo por ejemplo un presupuesto propio separado, tal como se piensa en el proyecto de ley sobre Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT).

No obstante –habiéndose optado por un organismo independiente al INDH– destacamos que el diseño institucional tiende a garantizar, acorde a los estándares internacionales, su independencia. El establecimiento de la Defensoría como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, es una muestra de ello.

La autonomía e independencia son dos de las características principales para que una institución a cargo de la promoción y protección sea eficaz. Se pueden cumplir un conjunto de otras disposiciones de los Principios de París, pero si no es independiente y autónoma, su labor se verá fuertemente disminuida. Tanto la autonomía como la independencia tienen varias dimensiones. Con relación a la autonomía, se requiere que tenga personalidad jurídica propia y actuar de manera independiente, es decir, autonomía jurídica. También se requiere que tenga autonomía operacional que le permita elaborar sus propias normas internas y que ninguna autoridad externa pueda modificar a su arbitrio. Una tercera dimensión de la autonomía, es la financiera; expresada en contar con recursos suficientes para el desempeño de sus funciones, para contar con una dotación de personal suficiente y locales en distintos lugares y que, además, puede tener el control sobre sus recursos.

La independencia, de igual manera, es un elemento que presenta varias dimensiones, destacándose la independencia en el nombramiento y destitución, requiriéndose que estén presentes en la regulación constitucional o en la ley que crea la respectiva institución de promoción y protección. De igual manera, se requiere independencia a través del fuero de sus miembros, en todas las actuaciones civiles o penales por las acciones o actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales; de tal manera que no sufran represalias por parte de sus autoridades.

Por otra parte, el proyecto de ley destaca la necesidad de fortalecer la coordinación con otras instituciones afines a la promoción y protección de los derechos humanos, tales como el INDH.

De mantenerse el Defensor como ente separado, el INDH considera necesario resaltar la importancia que reviste mantener el sistema de nombramiento original que contenía el proyecto de ley, esto es, una propuesta de candidato/a formulada por el INDH, a partir de

un concurso público, a ser ratificado por el Senado. Esta fórmula es la que mejor garantizaría una independencia política del Defensor de la Niñez.

V.4. Actores relevantes

La representación pluralista de diversos sectores de la sociedad, así como la expresión de la voz y opinión de los NNA en los asuntos que les conciernen, se encuentra garantizado en el diseño institucional propuesto, el que considera un Consejo Consultivo que los integra, sin perjuicio de que su forma de funcionamiento queda entregada a los futuros estatutos de la Defensoría.

V.5. Legitimación activa

Como se puede apreciar de los estándares internacionales, las recomendaciones no limitan en absoluto la legitimación activa de las Defensorías de la Niñez en materias de infancia, precisamente para dotarlas de eficacia en la promoción y protección de los derechos de los niños, en armonía con los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos aplicables.

El INDH estima que la Defensoría debe ser capaz de emprender, en un sentido amplio, procedimientos judiciales para reivindicar los derechos del niño en el Estado o brindar a los niños asistencia judicial, cuando los procedimientos regulares se han agotado.

Sin embargo, no se debe confundir la legitimación activa que se le otorga a la Defensoría, con la necesidad de desarrollar una normativa e institucionalidad que garantice el acceso a la justicia a los niños, niñas y adolescentes, cuestión de otra magnitud y complejidad.

El INDH destaca el artículo 16 del proyecto de ley en análisis, toda vez que establece una legitimación activa especial, reservándose excepcionalmente la facultad de presentar querellas “en causas que involucren un interés social relevante y exijan pronta solución por su gravedad e importancia para los derechos de niños y niñas” en caso de delitos de sustracción de menores, violación, estupro y otros delitos sexuales, homicidio, infanticidio y lesiones corporales. El INDH considera que el proyecto de ley se encuentra en conformidad con los estándares internacionales en este aspecto, otorgando a la Defensoría una legitimación activa específica para casos emblemáticos que pueden tener un positivo efecto en el tratamiento general de las materias que se presenten ante la judicatura.

La Defensoría de la Niñez debe tener una doble dimensión en sus actuaciones; por una parte, la autoridad general para proteger y promover los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y la autoridad concreta o específica para examinar todas las situaciones particulares.

V.6. Marco jurídico apropiado

La existencia de una institucionalidad en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos no será eficaz en la medida que no exista un marco jurídico adecuado que incluya un sistema de garantías de la niñez, una Subsecretaría de la Niñez, un Servicio Nacional de protección especializada de niños y niñas y un Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Conjuntamente con estas normas específicas en materia de niños, niñas y niños se requiere que existan leyes antidiscriminación generales.

VI.- Conclusiones

- 1.- Independiente del modelo institucional que se adopte, el INDH valora la iniciativa de legislar sobre una Defensoría de los Derechos de la Niñez en consonancia con las obligaciones internacionales adquiridas por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Ello redundará en una mayor difusión, promoción y protección de los derechos que son titulares los niños, niñas y adolescentes del país.
- 2.- El INDH llama a reflexionar sobre el modelo institucional propuesto, en función de la eficacia del organismo. Tanto la tendencia comparada, como las observaciones del Comité de los Derechos del Niño, recomiendan el camino de la unificación de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, o el fortalecimiento de las existentes mediando la creación de un defensor adjunto de los derechos de la niñez, especialmente tomando en consideración asuntos presupuestarios, de coordinación e interpretación consistente de los estándares internacionales en el país.

Debe considerarse también que la premura de los problemas que deberá abordar la nueva institución haría recomendable que ella se beneficiara del arraigo, legitimidad y autonomía que el INDH ha logrado consolidar desde su instalación.

Por estos motivos, se invita a los poderes colegisladores a evaluar la posibilidad de que el Defensor sea creado bajo el alero institucional del INDH.

- 3.- El INDH llama a que se reflexione sobre el estándar internacional más amplio de legitimación activa del Defensor, consistente en como lo ha indicado el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N°2, en "someter en nombre propio casos, relativos a cuestiones que afectan a la infancia", es decir, en poder representar judicialmente a los/as NAA en la defensa de sus derechos de una manera mucho más amplia en armonía con los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos aplicables. El INDH destaca que no deben confundirse el mandato de la futura Defensoría de los derechos de la niñez con el acceso a la justicia de los niños, niñas

y adolescentes. La Defensoría podrá desempeñar un rol relevante en acciones de carácter emblemático en aras de instar al Estado a la adopción de medidas y políticas pertinentes para asegurar el efectivo respeto de los derechos de los niños, niñas adolescentes en armonía con los derechos reconocidos en los tratados e instrumentos aplicables. Otra cuestión es la necesidad de adoptar medidas a nivel institucional y normativo para garantizar el acceso efectivo de todos los niños, niñas y adolescentes a la justicia.

Informe sobre el proyecto de ley que otorga nuevas atribuciones al Ministerio de Desarrollo Social en materia de niñez y crea la Subsecretaría de la Niñez, dependiente del mismo.

Boletín N° 10314-06

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2017 - Sesión Ordinaria N° 377.

I.- Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley que se informa fue presentado al Congreso en septiembre de 2015 y tiene por objeto incorporar dentro de la Ley N° 20.530, que crea el Ministerio de Desarrollo Social, el deber de velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con el fin de promover y proteger su ejercicio, además de crear dentro de dicho Ministerio una Subsecretaría de la Niñez que asumiría la coordinación de acciones, prestaciones y servicios intersectoriales que tengan como propósito la atención y cuidado de este grupo.

De esta forma, el proyecto intenta dar cumplimiento a aspectos aún pendientes en la implementación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), expresados en las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño a Chile¹ relativas a la necesidad de crear una institucionalidad que coordine intersectorialmente las políticas de infancia².

El presente informe presenta antecedentes que dan cuenta de los insuficientes esfuerzos previos realizados por el Estado de Chile en esta materia, haciendo referencia a los estándares de Derechos Humanos que deben considerarse para estos fines, realizando luego un análisis crítico del proyecto, en el que junto con destacar los avances según los estándares presentados se comentan omisiones o aspectos que pudieran resultar controvertidos en el mismo, para finalizar con un apartado de conclusiones generales.

¹ Observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño a Chile en 1994 (párrafo 15), 2002 (párrafo 10 y 11), 2007 (párrafo 13) y 2015 (párrafos 12 y 13).

² Esta iniciativa se vincula con otros proyectos de ley: el que modifica la Ley N° 20.530 sobre el Ministerio de Desarrollo Social, para crear una Subsecretaría de la Niñez (Boletín N° 10314-06); el que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10315-18); el que crea el Servicio Nacional de Protección especializada de niños y niñas y modifica normas legales que indica (Boletín N° 11.176-07), y el que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07). Mediante este conjunto de proyectos se procura dar cumplimiento a las obligaciones contraídas internacionalmente en 1990, dirigidas a respetar, promover y proteger los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

II.- Antecedentes

Desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990, la consideración que este instrumento hace de niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derecho ha exigido a nuestro país realizar un conjunto de modificaciones legislativas y administrativas que den cuenta de dicha condición.

Sin embargo, la creación de una institucionalidad encargada de coordinar en todos los niveles la aplicación efectiva de la CDN es un desafío aún pendiente para Chile, a pesar de iniciativas asumidas de manera parcial y a través de la creación desde el nivel gubernamental de órganos de carácter transitorio que se han abocado a fines específicos. Así, están los casos de la Red de Municipios Defensores de la Niñez, establecida en 1994, que trabajó en conjunto con el Ministerio de Planificación y Cooperación (el entonces MIDEPLAN, antecedente del actual Ministerio de Desarrollo Social); el establecimiento en 1995 del Comité Nacional contra el maltrato infantil y, en 1996, el Comité Asesor Nacional para la prevención y erradicación del trabajo infantil, esfuerzos que han sido destacados por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones a Chile el 2002³, pero que no han logrado plasmar de una manera permanente y sistemática los compromisos del Estado en cuanto a la implementación de la CDN a nivel del diseño de la estructura estatal.

En los 27 años transcurridos desde la ratificación de la CDN Chile ha impulsado también ambiciosos planes a favor de la infancia: de ellos se destaca la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001-2010⁴. El objeto de esta Política, en términos generales, fue orientar y articular la totalidad de las acciones emprendidas por las instituciones y organismos públicos, particularmente gubernamentales, en materias de infancia y adolescencia⁵, con la misión de generar una institucionalidad propia para la infancia, la adolescencia y la familia, con expresión en distintos niveles territoriales. El Consejo Nacional de la Infancia⁶ realizó en el marco de sus funciones un estudio que tuvo por objeto evaluar la implementación de la Política Nacional y Plan de Acción Integrado a

³ El cual formulaba "orientaciones éticas, valóricas y operativas para disponer de un instrumento de planificación efectivamente intersectorial (...), con una perspectiva de garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes". Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/15/Ad, 3 de abril de 2002, párrafos 4 y 5.

⁴ Gobierno de Chile, Política Nacional y Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001 - 2010, Santiago, 2001, p. 1.

⁵ Contreras, Consuelo, El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Oficinas de Protección de Derechos: un servicio del nivel local, en Revista de Derechos del Niño, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de Área de Argentina, Chile y Uruguay, N° 2, 2003, p. 160.

⁶ Comité Interministerial creado en el 2014 mediante Decreto Supremo 21. Su mandato comprende diversas funciones, tales como la formulación de una nueva Política Nacional de Protección a la Infancia y Adolescencia, la proposición de modificaciones normativas e institucionales para generar un Sistema de Protección Integral efectivo de los derechos de la infancia y adolescencia, el apoyo en la confección del Informe que el Estado de Chile debe remitir al Comité

Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001 – 2010⁷. Dicho documento da cuenta de varios factores relevantes que obstaculizaron la implementación de esta Política, entre los que se cuenta: i. Falta de prioridad política para infancia y adolescencia; ii. Dificultades en el Rol de MIDEPLAN como ente articulador, caracterizado por su falta de poder político y carencia de liderazgo para coordinar el seguimiento de la Política; iii. Falta de recursos: al proyecto nunca se le asignó una glosa presupuestaria, y; iv. Ausencia de un eje articulador, por lo que el seguimiento se tradujo solamente en monitorear el cumplimiento de metas sectoriales.

La experiencia de que da cuenta esta evaluación puede entenderse como uno de los antecedentes que se han tenido en cuenta para que el Consejo Nacional de la Infancia impulsara la presentación de un proyecto de ley que propusiera la creación de esta nueva institucionalidad, bajo la fórmula de una Subsecretaría de la Niñez al alero del Ministerio de Desarrollo Social.

En el mismo documento de evaluación en la parte sobre “Lecciones para la Política chilena”⁸, se reconoce “la importancia de una institucionalidad clara y definida para la próxima Política, considerándola un elemento clave para que se lleve a cabo de manera exitosa”⁹. Asimismo, se menciona como central “el rol de coordinación, dada la necesidad de una política participativa, intersectorial y que cuente con la adecuada validación local. Este ente coordinador debe tener liderazgo fuerte y decidido y contar con el reconocimiento, respeto técnico, junto con el respaldo desde los diferentes sectores. Debe de poder escuchar, recoger y ponerse a disposición de los otros. Por último, se destaca como central la capacidad de negociación de la institución en cuanto a la obtención de recursos asociados”¹⁰.

Por lo expuesto, la existencia y naturaleza de esta institucionalidad resulta un presupuesto clave que determinará la efectiva coordinación y ejecución tanto de las políticas sobre infancia ya existentes como las de aquellas iniciativas legales formuladas desde el Consejo Nacional de la Infancia, como lo son los proyectos de ley de Sistema de Garantías de los derechos de la Niñez y el que crea una Defensoría de los Derechos de la Niñez, ambos ingresados al Congreso y objeto de minutas específicas del INDH ¹¹.

de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y la implementación de un Observatorio Nacional de la Infancia que provea de estadísticas y estudios sobre la materia

⁷ Consejo Nacional de la Infancia, Evaluación de la Política Nacional y Plan de Acción integrado a favor de la infancia y la adolescencia, 2001-2010, realizado por Centro de Estudios de la Primera Infancia, CEPI. Santiago, Chile, 2015, pp. 81-84.

⁸ Op. Cit., p. 87 y ss.

⁹ Op. Cit., p. 90.

¹⁰ Ibíd.

¹¹ Informe sobre el proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín N° 10315-18); Informe sobre proyecto de ley que crea la defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10.584-07).

III.- Estándares de Derechos Humanos

La CDN es el tratado internacional de derechos humanos que cuenta con el mayor número de ratificaciones a nivel mundial, contando desde el año 2016 con 196 Estados Parte, y que es el principal instrumento del sistema universal que define la condición jurídica de NNA. En las minutas referidas a otros proyectos de ley existentes en materia de infancia hemos desarrollado en detalle los estándares emanados de la CDN sobre políticas públicas de infancia y adolescencia y en especial a su relación con las instituciones nacionales independientes de derechos humanos¹². En esta ocasión nos centraremos en lo relativo a la institucionalidad que según estos estándares debe contemplarse a nivel nacional para velar por la coordinación de dichas política, es decir, lo que el Comité de Derechos del Niño llama “establecimiento de órganos de coordinación y supervisión”, como parte integrante de las medidas generales de aplicación de la CDN¹³.

La CDN señala en su artículo 2 que los Estados Parte deben respetar los derechos enunciados en ella y asegurar su aplicación “a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (Principio de No-discriminación), y en su artículo 4 (Principio de efectividad) dispone que los Estados Partes “adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. Dichas disposiciones, que consagran principios generales de la CDN, deben relacionarse con el Preámbulo cuando señala tener presente que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

El Comité de Derechos del Niño, al referirse a las medidas generales de aplicación de la CDN en su Observación General N° 5 señala que “(...) *la aplicación efectiva de la Convención exige una coordinación intersectorial visible para reconocer y realizar los derechos del niño en toda la administración pública, entre los diferentes niveles de la administración y entre la administración y la sociedad civil, incluidos especialmente los propios niños y jóvenes. Invariablemente, muchos departamentos gubernamentales diferentes y otros órganos gubernamentales o cuasi gubernamentales influyen en las vidas de los niños y en el goce de sus derechos. Hay pocos departamentos gubernamentales, si es que hay alguno, que no tengan efectos, directos o indirectos, en la vida de los niños. Es necesaria una vigilancia rigurosa de la aplicación, vigilancia que debería incorporarse al proceso de gobierno a todos los niveles, pero también una vigilancia*

¹² Ver nota anterior.

¹³ Ver la Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.

*independiente por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG y otras entidades (...)*¹⁴.

Más adelante desarrolla la cuestión de la “coordinación de la aplicación de los derechos del niño”, alentando una “*mayor coordinación de los poderes públicos con miras a garantizar la aplicación efectiva (de la CDN)*”¹⁵, y si bien no es recomendable dada la diversidad de formas de estructuras estatales y gubernamentales proponer un único modelo institucional, el Comité señala que “*(...) una dependencia especial, si se le confiere autoridad de alto nivel (informar directamente, por ejemplo, al Primer Ministro, al Presidente o un comité del gabinete sobre las cuestiones relacionadas con la infancia), puede contribuir tanto a la consecución del objetivo general de hacer que los niños sean más visibles en el gobierno como a la coordinación para lograr que los derechos del niño se respeten en todo el gobierno y a todos los niveles del gobierno. Esa dependencia podría estar facultada para elaborar la estrategia general sobre la infancia y supervisar su aplicación, así como para coordinar la presentación de informes en virtud de la Convención*”¹⁶.

Específicamente en relación a nuestro país, el Comité ha recomendado reiteradamente la necesidad de contar con una institucionalidad específica. Ya en su primer informe de recomendaciones en 1994 el Comité recomendó “*(...) que se establezca un mecanismo nacional general con el mandato de garantizar la supervisión y evaluación constantes en todo el país de la aplicación de la Convención, lo que reviste especial importancia en el contexto de la ejecución por el Gobierno del programa de descentralización (...)*”¹⁷.

Luego, en sus Observaciones finales del 2002¹⁸ el Comité también se refirió a la ausencia de una adecuada coordinación entre los organismos gubernamentales, tanto a nivel nacional como a nivel local, y con la sociedad civil¹⁹, recomendación que el mismo Comité reiteró a Chile el 2007, en orden a “*(...) velar porque el Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia cuente con un marco institucional estable y recursos financieros y humanos*

¹⁴ Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Comité de los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párrafo 27.

¹⁵ Idem., párrafo 37.

¹⁶ Ibíd., párrafo 39.

¹⁷ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/15/Add.22, 22 de abril de 1994, párrafo 15.

¹⁸ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/15/Add.173, 3 de abril de 2002, párrafo 10

¹⁹ En su Observación General N° 5, al referirse a la cooperación con la sociedad civil, el Comité señala que “La aplicación de la Convención es una obligación para los Estados Partes, pero es necesario que participen todos los sectores de la sociedad, incluidos los propios niños. El Comité reconoce que la obligación de respetar y garantizar los derechos del niño se extiende en la práctica más allá del Estado y de los servicios e instituciones controlados por el Estado para incluir a los niños, a sus padres, a las familias más extensas y a otros adultos, así como servicios y organizaciones no estatales”.

suficientes para encargarse de la coordinación eficaz y completa de la realización de los derechos del niño a nivel nacional”²⁰.

En septiembre de 2012 Chile hizo entrega al Comité del 4º y 5º Informe consolidado de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos. Entre los avances legislativos informados por dicho documento se da cuenta de la creación del Ministerio de Desarrollo Social, ente encargado del diseño, coordinación y evaluación de las políticas sociales del Gobierno. Sin embargo, su creación no constituye una institucionalidad específica que se encargue de la coordinación sectorial de esta materia, según los estándares señalados. Como resultado, en las Observaciones Finales a Chile de 2015, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas reiteró y precisó las observaciones ya formuladas, recomendando que nuestro país: “b) Apruebe con prontitud una ley orgánica del Ministerio de Desarrollo Social y designe a dicho Ministerio como entidad responsable de hacer efectivos los derechos del niño; c) Procure que el Ministerio reciba los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para su eficaz funcionamiento, y; d) Establezca un mecanismo adecuado de coordinación a nivel nacional, regional y local, delimitando claramente las responsabilidades de las autoridades a cada nivel, y con la participación de la sociedad civil”²¹.

Tal como lo señaló el mismo INDH en su Informe Anual 2012 al referirse a la importancia de una reforma institucional en materia de protección a la infancia²², UNICEF ya ha manifestado la “(...) necesidad de implementar una reforma del sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes que supere la desarticulación existente actualmente en la materia, en especial a nivel local, y la fragmentación de las políticas públicas referidas a ellos (...)”²³.

IV.- Contenido del proyecto de ley

El proyecto, ingresado al Senado en septiembre de 2015, cuenta con un artículo único, que efectúa modificaciones a la Ley 20.530 sobre Ministerio de Desarrollo Social, y cinco artículos transitorios.

Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional, instancia en la que fue aprobado en general por unanimidad en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, realizándose indicaciones en abril del 2017, y tras el Segundo

²⁰ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 13.

²¹ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015, párrafos 12 y 13.

²² INDH, Informe Anual 2012, pp. 119 y siguientes.

²³ UNICEF, Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y el mundo académico), en Serie de reflexiones, Infancia y Adolescencia N° 13, Santiago, 2012, p. 52.

Informe de la Comisión ha pasado para segundo informe a la Comisión de Hacienda del Senado.

Entre sus antecedentes, el proyecto da cuenta del reconocimiento de las obligaciones a las cuales se comprometió el Estado de Chile con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en 1990. El contenido del proyecto que crea la Subsecretaría se vincula, necesariamente, con los otros proyectos en actual tramitación en materia de niñez, y particularmente con los dos que ya hemos referido: el que establece un Sistema de Garantías de los derechos de la niñez y el que crea la Defensoría de la Niñez²⁴.

Para la consecución de sus objetivos, el proyecto modifica la Ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, asignándole a éste la obligación de velar por los derechos de los niños, promoviendo y protegiendo su ejercicio. El proyecto incorpora este deber modificando el artículo 1, agregando: "Asimismo, el Ministerio de Desarrollo Social velará por los derechos de los niños con el fin de promover y proteger su ejercicio de conformidad con el Sistema de garantía de Derechos de la Niñez, y la presente ley".

Un nuevo artículo 3 bis señala las amplias atribuciones del Ministerio en esta materia, las que van incluyendo aquellas de asesoría y propositivas, hasta las de administrar, coordinar los Sistemas de Protección y de impulsar acciones en este sentido, estas son:

- a) *Asesorar al Presidente de la República en las materias relativas a la protección integral de los derechos de los niños.*
- b) *Proponer al Presidente de la República la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción, informar sobre su ejecución y recomendar las medidas correctivas que resulten pertinentes, según lo dispuesto en la letra a) del artículo 16 bis.*
- c) *Administrar, coordinar y supervisar los sistemas o subsistemas de gestión intersectorial que tengan por objetivo procurar la protección integral de los derechos de los niños, en especial, la ejecución directa o la coordinación de acciones, prestaciones y/o servicios especializados orientados a resguardar los derechos de los niños, y de las acciones, definidas en la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción, sin perjuicio de las competencias que tengan otros organismos públicos.*
- d) *Impulsar acciones de difusión, capacitación o sensibilización destinadas a la promoción y/o protección integral de los derechos de los niños.*
- e) *Promover el fortalecimiento de la participación de los niños en todo tipo de ámbitos de su interés, siempre con respeto a sus derechos, considerando su edad y madurez.*

²⁴ Ver notas 2 y 9.

- f) *Colaborar en las funciones señaladas en las letras e), s) inciso primero, t) y w) del artículo 3° para que se incorporen las adaptaciones necesarias para la medición y seguimiento de las condiciones de vida de los niños.*
- g) *Desarrollar estudios e investigaciones sobre niñez, entre otros, el informe sobre el estado general de la niñez a nivel nacional.*
- h) *Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del ámbito o esfera de sus competencias respectivas, en la elaboración de los informes periódicos que el Estado de Chile debe remitir al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas”.*

Junto con lo anterior, en el nuevo artículo 16 bis se amplían las funciones del Comité Interministerial de Desarrollo Social, el cual pasará a denominarse “Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez” cuando aborde materias de protección de derechos de los niños y niñas, incorporándose además el Ministro de Justicia a los Ministros señalados en el artículo 12 de esta Ley. Las funciones de este Comité serían las siguientes:

“Aprobar la propuesta de Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción, y sus actualizaciones, presentadas por la Subsecretaría de la Niñez.

Acordar mecanismos de coordinación y articulación de las acciones de los órganos de la Administración del Estado, en sus diferentes niveles, en materia de infancia, velando por su pertinencia e integridad de acuerdo a la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción.

Aprobar las directrices, orientaciones e instrumentos para procurar garantizar la protección integral de los derechos de la niñez.

- a) *Conocer los informes anuales elaborados por la Subsecretaría de la Niñez sobre el estado general de la niñez a nivel nacional”.*

El artículo 16 ter del proyecto original creaba dos órganos de participación de la sociedad civil: el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez, el cual tendría incidencia en la formulación de la Política Nacional y el Informe sobre el estado general de la Niñez en Chile, y el Consejo Nacional de los Niños, que tendría por objeto representar la opinión de los niños, conforme a la evolución de sus facultades, en la aplicación de las decisiones públicas que les afectaren directamente. Durante la tramitación en la Comisión respectiva del Senado, esta disposición fue rechazada, por lo cual en la versión actual del proyecto no se cuenta ya con esta importante parte de la institucionalidad de niñez que era parte integrante del diseño original²⁵.

²⁵ Ver Nuevo informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica. Boletín N° 10.314-06, p. 77 y ss.

Los artículos transitorios del proyecto entregan la regulación de la entrada en funcionamiento de esta Subsecretaría, así como la dictación de normas sobre su conformación de planta de personal, sus bienes, y el traspaso del subsistema “Chile Crece Contigo”, a la dictación de decretos con fuerza de ley.

En cuanto a la disponibilidad presupuestaria del proyecto, su artículo 2º transitorio dispone que el mayor costo que derive de su implementación en un año completo, para efectos funcionarios y administrativos, no excederá los \$1.062 millones, mientras que el primer presupuesto destinado a las funciones propias de la nueva Subsecretaría será fijado por el Presidente de la República con cargo al presupuesto asignado al Ministerio de Desarrollo Social.

V.- Observaciones al Proyecto de Ley

- En relación a las herramientas concretas que el proyecto otorga a las instituciones que se crean para que estas puedan coordinar y articular, principalmente a nivel interministerial, las facultades que se le otorgan al Ministerio de Desarrollo Social en materia de Infancia, permiten fundamentalmente recomendar, coordinar o supervisar acciones, mientras que la Subsecretaría de la Niñez deberá apoyar al Ministerio en esas funciones, debiendo ejercer labores de ejecución principalmente respecto al sistema intersectorial de protección a la primera infancia Chile Crece Contigo, sin que dentro de sus atribuciones se encuentre alguna que resulte obligatoria para otras instituciones, ni que le otorgue poder de decisión sobre políticas públicas que tengan origen en otros ministerios.

- A su vez, el proyecto no aborda los principios técnicos que a juicio de UNICEF debieran guiar la misión de la Subsecretaría, como lo son el de especialización, gestión de procesos, la existencia de políticas y sistemas de gestión, la innovación como una oportunidad de mejora continua, y la capacidad de articular alianzas con privados y servicios públicos y municipales²⁶.

- Un tema relevante que el proyecto omite es la manera en que la Subsecretaría se encargará de coordinar acciones y políticas a nivel local, por cuanto una institucionalidad que no abarque de forma suficiente los distintos niveles (nacional, regional y local) no asegurará la protección de derechos que propone. Por ello, resultaría conveniente que durante su tramitación el proyecto enfatice la necesidad de coordinar a este nivel, otorgando herramientas concretas para fortalecer, por ejemplo, las Secretarías Regionales Ministeriales de Desarrollo Social en materia de infancia.

²⁶ UNICEF, Op. Cit., p., 38.

- Respecto a la dotación de personal de la nueva Subsecretaría, normas transitorias del proyecto delegan al Ejecutivo la facultad para fijar las plantas funcionarias, su estructura, funcionamiento y el traspaso de personal que realice el Ministerio de Desarrollo Social desde las Subsecretarías de Servicios Sociales y de Evaluación Social a la nueva que se crea. Dados los objetivos del proyecto, al delegar estas facultades en el Ejecutivo la iniciativa presentada no asegura ni vela por la correcta especialización e idoneidad de quienes ejerzan labores –al más alto nivel– en materias de infancia, aspecto que debe preocupar y sobre el cual debería destinarse especial atención, considerando además las recomendaciones hechas a Chile por el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones Finales de 2015, en que “(...) el Comité alienta al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos para ofrecer una capacitación y/o sensibilización adecuadas y sistemáticas sobre los derechos del niño a todos los grupos profesionales que trabajan para y con los niños”²⁷.

- Dado que la institucionalidad propuesta considera la creación de nuevos órganos, la correcta coordinación entre estos puede estimarse un desafío. En este sentido, resultaría útil conocer cuál será el destino de los funcionarios y el trabajo del Consejo Nacional de la Infancia una vez constituida la Subsecretaría, por cuanto esta asumirá las labores de Secretaría Técnica del Comité Interministerial (función que hoy desempeña dicho Consejo). No resulta claro tampoco la forma en que la Subsecretaría de la Niñez se relacionará con la recientemente creada Unidad de la Niñez, hoy dependiente de la Subsecretaría de Servicios Sociales del mismo Ministerio de Desarrollo Social, del cual también dependerá el Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez. Además, resulta incierto el nivel de injerencia real que tendrá este Ministerio en los programas relacionados con infancia cuyo origen esté en los Ministerios de Justicia, Salud y Educación, por ejemplo, cuyas incidencias institucionales suponen trayectorias difíciles de modificar.

- Especialmente, el proyecto no da luces sobre la forma en que la nueva institucionalidad se relacionará con el Servicio Nacional de Menores. Respecto a este último, a futuro su objeto debería reducirse a los ámbitos relacionados con la adopción y la justicia juvenil, mientras que se espera que la Subsecretaría asuma las labores de protección, desde una mirada intersectorial, universal y preventiva. Sobre este tema, la intervención del Ministro de Desarrollo Social ante la Comisión de Gobierno del Senado, en que se discutió en general el proyecto en comento, en julio de 2016, dio cuenta de la intención de presentar una iniciativa que “(...) separe el Sename para crear un sistema de protección especializado con asiento en el Ministerio de Desarrollo Social, para lo que se requiere esta Subsecretaría, y un servicio especializado de protección penal, en el caso de infractores de ley, pero con asiento en el Ministerio de Justicia”²⁸.

²⁷ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015, párrafos 22 y 24.

²⁸ Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica. 12 de julio de 2016, p. 5. Existen dos proyectos presentados

Sin perjuicio de lo anterior, la creación de una Subsecretaría contribuye a que se asigne de forma nítida la responsabilidad política que cabe en materia de protección a los derechos de NNA en su jefe superior; la cual hoy se encuentra bastante diluida, atribuyéndose tradicionalmente, por tanto, al Ministerio de Justicia, del cual depende, por ejemplo, el Servicio Nacional de Menores.

- Como parte de la nueva institucionalidad el proyecto original creaba dos órganos de participación de la sociedad civil: el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y el Consejo Nacional de los Niños. En ambos casos su carácter final y modo de funcionamiento quedaba entregado a un reglamento posterior cuya dictación estaría a cargo del Ministerio de Desarrollo Social.

Dichas propuestas se ajustaban a los estándares internacionales pertinentes. Así, el Comité de los Derechos del Niño recomendó en su Observaciones Finales a Chile el 2002 "(...) reforzar la coordinación entre los diversos organismos y mecanismos gubernamentales que se ocupan de los derechos del niño en los planos nacional y local (...) y con las organizaciones no gubernamentales y otros sectores de la sociedad civil", junto con "(...) promover una cooperación más estrecha y un diálogo activo en todos los asuntos relativos a los niños con las organizaciones no gubernamentales (...)"²⁹.

Por su parte, el Consejo Nacional de los Niños permitiría materializar el principio a la participación consagrado en el artículo 12 de la CDN, lo que, a su vez, resulta armónico con una comprensión de niños y niñas como sujetos de derecho con voz propia en el debate público. El derecho a que los niños sean escuchados ha sido tratado latamente por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 12, dedicada particularmente a esta materia, relevando que "*Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación*"³⁰.

Sin embargo, tal como ya señalamos, la disposición que creaba ambas instituciones fue eliminada durante la tramitación del proyecto. En cuanto a este aspecto necesario de una institucionalidad pública basada en la CDN, al haber sido eliminadas en la tramitación del proyecto, estaríamos en una situación similar a lo que aconteció con la creación de un

en la línea anunciada: el que crea el Servicio Nacional de Protección especializada de niños y niñas y modifica normas legales que indica (Boletín N° 11.176-07), y el que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07).

²⁹ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile, CRC/C/15/Ad.173, 3 de abril de 2002, párrafos 10, 11, 20 y 21.

³⁰ Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 12.

sistema de protección administrativa y judicial y la institucionalidad originalmente contemplada en el proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los derechos de la Niñez (Boletín N° 10315-18)³¹, que quedaron fuera durante su primer trámite constitucional.

- Una cuestión en apariencia formal pero relevante es que el proyecto habla sólo de “niños”, no de “niños, niñas y adolescentes”. Nos parece que tal como el INDH señaló en el Informe Anual 2015 en relación al proyecto de Ley de Sistema de Garantías “(...) resulta necesario que el proyecto haga distinciones entre, por una parte, niños y niñas y, por otra, adolescentes, siendo que en relación con las personas mayores de 14 años el nivel de autonomía necesariamente debe ser reforzado, teniendo en cuenta que a esa edad ya cuentan con responsabilidad penal, y que la legislación actual concerniente a tribunales de familia reconoce a varios efectos esa importante diferencia”³². Esa diferencia ha sido además reconocida en la última Observación General del Comité de Derechos del Niño, la N°20, que se refiere precisamente al ejercicio de derechos durante la adolescencia³³.

VI.- Conclusiones

- 1.- El INDH hace presente la obligación que asiste al Estado en orden a adoptar todas aquellas medidas administrativas, legislativas y de otra índole que permitan dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, a fin de garantizar el desarrollo armónico y el ejercicio de los derechos que les han sido reconocidos a NNA. Para esto, la creación de una institucionalidad rectora que tenga por objeto coordinar y articular la aplicación de los derechos de los niños resulta una necesidad impostergable, tal como lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño al Estado de Chile en reiteradas oportunidades. Es por ello que entendemos como un avance la iniciativa en comento, dirigida a la creación de una Subsecretaría de la Niñez, al alero del Ministerio de Desarrollo Social, con el propósito de contar con una institucionalidad específica que tenga por objeto la promoción y protección de los derechos de la niñez.
- 2.- Sin embargo, el INDH hace presente que una institucionalidad que adolezca de herramientas concretas y suficientes para hacer valer a través de políticas públicas focalizadas los derechos de los NNA por sí sola no basta. Por ello, resulta fundamental que durante su trámite legislativo se precisen diversos contenidos, referidos a las

³¹ Ver el Informe sobre el proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín N° 10315-18).

³² Idem.

³³ Dentro de su primer párrafo se señala que: “Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades. Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños”.

atribuciones que se entregan, la forma en que se coordinará intersectorialmente y articulará a nivel local, la especialización en Infancia de quienes ejerzan labores al interior de la nueva institucionalidad, la composición y facultades que tendrán los dos consejos de participación civil que se proponen, y la precisión del presupuesto que se requerirá para el cumplimiento de sus fines. Además, creemos que resulta necesario reponer las normas relativas a la creación de órganos que garanticen la participación tanto de la sociedad civil como de los propios NNA.

- 3.- Por último, la tramitación de este proyecto supone que las iniciativas legales propuestas por el Consejo de la Infancia, como lo son el proyecto que crea el Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y el de Defensoría de los derechos de la Niñez, avancen en sus respectivos trámites legislativos, junto con impulsar la presentación del que modifica el Servicio Nacional de Menores, por cuanto se trata de un conjunto de propuestas que se vinculan entre sí para crear un nuevo sistema de protección integral de los derechos de la infancia.

4

Educación y Derechos Humanos

Informe sobre proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales.

Boletín N° 10368-04

Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de junio de 2016 - Sesión 306.

I.- Resumen Ejecutivo

El 02 de Noviembre de 2015 se ingresó al Congreso el proyecto de ley, Boletín 10368-04, que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales. El proyecto propone crear un nuevo sistema para los establecimientos de educación pública, sacándolos de la administración municipal, y pasando a ser parte de un sistema dependiente del gobierno central.

El proyecto se propone “implementar un sistema educacional de calidad e inclusivo, donde el Estado se hace garante efectivo del derecho a la educación”¹ y busca “asegurar la existencia, la calidad y el desarrollo de nuestra educación pública”².

Al respecto, el INDH valora positivamente el reconocimiento que hace el proyecto respecto de la responsabilidad del Estado como garante del derecho a la educación y su rol en relación con la educación pública, lo que resulta coherente con lo que establece el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y que ha sido reforzado por el Comité DESC, al observar que “los Estados Partes tienen la obligación de velar por que la educación se adecue a los propósitos y objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13”³. También es coherente con lo informado por el Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, quien ha señalado que “proporcionar educación pública es responsabilidad primordial de los Estados”⁴.

Por otro lado, el INDH considera que la propuesta del ejecutivo constituye un avance en materia de igualdad en la calidad de la educación pública, dado que, hasta ahora, los establecimientos públicos dependen de los recursos humanos y financieros de la municipalidad que los administra.

¹ Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, Boletín 10368-04, mensaje, p. 3.

² Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, Boletín 10368-04, mensaje, p. 2.

³ Comité DESC, Observación General N° 13, adoptada el 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párrafo 5.

⁴ Singh, K., Op. Cit., párrafo 30.

Adicionalmente, el INDH destaca la necesidad de que el proyecto considere en la gestión de los Servicios Locales de Educación (SLE), considerando la cercanía que tendrán con la comunidad educativa, fórmulas de participación que incorporen a los distintos actores y actrices de ella de la manera más incidente posible. Asimismo, es importante que se contemplen herramientas que permitan a los SLE brindar un adecuado apoyo pedagógico, administrativo-financiero y de gestión, atendiendo a las particularidades de las escuelas y sus modalidades.

II.- Antecedentes

Con fecha 02 de Noviembre de 2015, la Presidenta ingresó al Congreso un proyecto de ley, Boletín 10368-04, que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales.

El proyecto propone crear un nuevo sistema para los establecimientos de educación pública, sacándolos de la administración municipal, y pasando a ser parte de un sistema dependiente del gobierno central. El sistema que se propone cuenta con una Dirección de Educación Pública, que dependerá del Ministerio de Educación (MINEDUC), que será la encargada de elaborar la política nacional de educación pública cada 4 años, acorde a los principios definidos en el proyecto de ley y lo establecido en la LGE.

Para la administración territorial, existirán 67 Servicios Locales de Educación (SLE) distribuidos en todo el país, “descentralizados funcional y territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionarán con el Presidente de la República a través del Ministerio de Educación. Estos servicios ejercerán su competencia en unidades territoriales que comprenderán el territorio de una comuna o de una agrupación de comunas”⁵, acorde a criterios que de mantención de “límites regionales y comunales; la contigüidad geográfica de las comunas; un número crítico de matrícula municipal y un número máximo razonable de establecimientos de dependencia municipal, dentro del territorio de competencia del Servicio; la reducción en lo posible de los tiempos de desplazamiento y distancias y las opciones de conectividad entre establecimientos educacionales y con el centro urbano donde se emplace el domicilio principal de cada Servicio; y, finalmente, la máxima proximidad posible entre dicho centro y una o más sedes universitarias de instituciones formadoras de docentes”⁶.

Los Servicios Locales de Educación entregarán el servicio educativo a través de los establecimientos educacionales de su dependencia, con respecto a los cuales tendrán funciones de apoyo en materia técnico-pedagógica, de gestión y administrativa.

⁵ Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, Boletín 10368-04, mensaje, p. 32.

⁶ Ibídem, mensaje, p. 28.

Otro aspecto relevante del proyecto, es que contempla instrumentos de política pública que pretenden organizar la gestión educacional de manera coherente, dado que además de la política nacional elaborada por la Dirección de Educación Pública del MINEDUC, cada SLE contará con un/a Director/a Ejecutivo/a cuya gestión será controlada a partir de un Convenio de Gestión Educacional, que se elabora cada 6 años, de acuerdo al diagnóstico territorial específico de los establecimientos de su dependencia. Dicho convenio se traduce en un Plan Estratégico Local, que contiene las estrategias y acciones concretas para el logro de los objetivos propuestos en el Convenio, así como un Plan Anual para medir el estado de avance en el logro de metas concretas.

Por otro lado, el proyecto introduce la figura del Consejo Local de Educación, de carácter consultivo, y que tiene injerencia en el nombramiento y remoción de la Dirección del SLE, así como en la elaboración de las políticas locales. En dicho Consejo participarán “distintos actores y representantes territoriales de la comunidad educativa y local”⁷, incluyendo a estudiantes, padres, madres y apoderados, universidades y municipalidades.

Así mismo, el proyecto da mayores atribuciones a los Consejos Escolares de cada establecimiento educativo, donde se destaca la participación en la definición del Proyecto Educativo Institucional (PEI) y del Plan de Mejoramiento Educativo (PME).

El proyecto propone un plazo de transición para implementar el sistema, contando con un plazo de 6 años desde que entre en vigencia la ley. De esta manera “cinco regiones iniciarían su traspaso a partir del primer año de transición, cuatro a partir del segundo año y las restantes seis a partir del tercer año”⁸. También contempla normas para el resguardo de los derechos laborales de quienes hoy trabajan en las municipalidades y corporaciones municipales, así como en los establecimientos educativos.

III.- Estándares de derechos humanos

Para el análisis del presente proyecto de ley, resulta relevante atender a algunos estándares del derecho internacional de los derechos humanos referentes al derecho a la educación. El derecho a la educación se encuentra garantizado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (A. 26) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC (A. 13), los que establecen como obligación de los Estados el garantizar la educación para todas las personas sin discriminación. Al respecto, es relevante destacar que en dicha normativa se consagran los objetivos de la educación, entre los que se incluye el pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto de los derechos

⁷ Ibídem, mensaje, p. 35.

⁸ Ibídem, mensaje, p. 38.

humanos, la participación efectiva en una sociedad libre y la convivencia armónica entre naciones y grupos raciales, étnicos o religiosos.

Por otro lado, se establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación primaria y la obligación de lograr que la educación secundaria sea “generalizada” y “accesible a todos” y “progresivamente gratuita”⁹. Cabe señalar que en nuestro país se ha establecido un estándar más alto, pues tanto la educación primaria como la secundaria se encuentran establecidas como obligatorias y gratuitas en nuestra Constitución Política (Artículo 19 N° 10)¹⁰.

Por otro lado, resulta relevante considerar que el principio de Igualdad y No Discriminación, consagrado en la DUDH (Artículo 2), el PIDESC (Artículo 2.2) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 2.1 y 26), así como en todas las Convenciones del sistema internacional de derechos humanos, también se aplica en el campo de la educación.

En efecto, la Convención de la UNESCO de 1960, relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, establece que constituye discriminación en el derecho a la educación “a) excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) (...) instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana”¹¹. Además, la Convención establece que la palabra “enseñanza” se “refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de esta y las condiciones en que se da”¹². Ello resulta relevante a considerar dadas las desigualdades en la calidad de nuestro sistema educativo.

Adicionalmente, respecto al principio de participación en la educación, que es un tema abordado en el presente proyecto de ley, es necesario considerar que el Comité DESC ha señalado que la educación debe contar con un criterio de “adaptabilidad”, la que se define como la “flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”¹³. Lo anterior pone de manifiesto la importancia de la participación efectiva de toda la comunidad educativa y de los territorios en los procesos de definición de la política educativa y de los proyectos educativos de los establecimientos, aspecto que este proyecto de ley pretende reforzar.

⁹ PIDESC, A. 13.2 letra a) y b).

¹⁰ “La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad”.

¹¹ UNESCO, Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 14 de diciembre de 1960, Art. 1.

¹² *Ibidem*.

¹³ Comité DESC, Observación General N° 13, adoptada el 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párrafo 6.

Por último, es necesario tener en cuenta lo que ha señalado en el Informe del Relator Especial sobre Derecho a la Educación, el que se refiere a la educación pública señalando que “proporcionar educación pública es responsabilidad primordial de los Estados”¹⁴. En dicho Informe el Relator releva la importancia “de preservar el interés social en la educación, promoviendo al mismo tiempo el concepto de educación como bien público, lo cual es inestimable para favorecer la misión humanista de la educación y fundamental para aumentar la inversión pública en educación”¹⁵. Al respecto, el Relator señala que “el Estado sigue ejerciendo la responsabilidad primordial de la educación en virtud de sus obligaciones jurídicas internacionales y no puede deshacerse de esa responsabilidad, que es su función de servicio público fundamental”, que “el establecimiento de centros públicos de enseñanza se cuenta entre las más altas funciones del Estado, siendo quizá la educación la función más importante del Estado y de los gobiernos locales”¹⁶, y que “los gobiernos deben dedicar, con carácter normativo, el máximo de fondos públicos a la educación como alta prioridad para el desarrollo”¹⁷.

IV.- Análisis del proyecto de ley

a) Aspectos positivos

- Rol del Estado como garante de la Educación

El proyecto establece que los cambios en el sistema educativo implementados entre los años 1973 y 1990 “socav[aron] el compromiso del Estado con la educación pública e instaur[aron] una extrema desregulación del sistema”¹⁸, y que, pese a los avances que se implementaron durante los noventa (jornada escolar completa, subvención escolar preferencial, etc.), “durante casi todo este periodo, la educación pública no contó con apoyo especial del Estado para hacerse cargo del desafío de educar en condiciones de vulnerabilidad social o de dificultad y complejidad geográfica, ni tampoco por garantizar un cuerpo docente con adecuadas condiciones laborales y con oportunidades de actualización profesional”¹⁹. Frente a este diagnóstico, el proyecto se propone “implementar un sistema educacional de calidad e inclusivo, donde el Estado se hace garante efectivo del derecho a la educación”²⁰.

¹⁴ Singh, K., Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la Educación, 24 de Septiembre de 2014, A/69/402, párrafo 30.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo 54.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 72.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 77.

¹⁸ Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, boletín 10368-04, mensaje, p. 5.

¹⁹ *Ibidem*, mensaje, p. 9.

²⁰ *Ibidem*, mensaje, p. 3.

Al respecto, el INDH valora positivamente el reconocimiento que hace el proyecto respecto de la responsabilidad del Estado como garante del derecho a la educación, tal como lo establece el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y como ha reforzado el Comité DESC, al observar que “los Estados Partes tienen la obligación de velar porque la educación se adecue a los propósitos y objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13”²¹.

Asimismo, el INDH valora que el proyecto de ley se proponga “sentar las bases para renovar y fortalecer la escuela pública chilena; comprometiendo en ello la responsabilidad del Estado y otorgándole, como condición primera y urgente, una institucionalidad adecuada y moderna” y busque “asegurar la existencia, la calidad y el desarrollo de nuestra educación pública”²², lo que resulta coherente con lo que ha informado el Relator Especial sobre el Derecho a la Educación, quien ha señalado que “proporcionar educación pública es responsabilidad primordial de los Estados”²³.

- Igualdad y No discriminación en la Educación

El INDH considera que la propuesta del ejecutivo constituye un avance en materia de igualdad en la calidad de la educación pública, dado que, hasta ahora, los establecimientos públicos dependen de los recursos humanos y financieros de la municipalidad que los administra. De hecho, como el mismo proyecto reconoce, “la administración municipal no están en condiciones de garantizar, a causa de su heterogeneidad y falencias, de manera permanente y en todo el territorio, condiciones de gestión y de uso de recursos que aseguren la calidad, la mejora y el futuro de la educación pública chilena”²⁴.

De esta manera, se produce una discriminación de hecho entre estudiantes que asisten a establecimientos dependientes de municipalidades con menos recursos en relación a aquellos de municipalidades que cuentan con más recursos. En este sentido, el proyecto avanza en equiparar las condiciones administrativas y financieras de los establecimientos de las diversas comunas, a través de un sistema dependiente del gobierno central, lo que es coherente con el principio de igualdad en materia de derechos sociales, consagrado en el artículo 2.2 del PIDESC, así como en la Convención UNESCO de 1960 (Art. I), y el que ha sido afirmado por el Comité DESC al señalar que “las agudas disparidades de las políticas de gastos que tengan como resultado que la calidad de la educación sea distinta para

²¹ Comité DESC, Op. Cit., párrafo 5.

²² Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, boletín 10368-04, mensaje, p. 2.

²³ Singh, K., Op. Cit., párrafo 30.

²⁴ Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, boletín 10368-04, mensaje, p. 11.

las personas que residen en diferentes lugares pueden constituir una discriminación con arreglo al Pacto”²⁵, y que ha señalado también que “los Estados Partes deben supervisar cuidadosamente la enseñanza, comprendidas las correspondientes políticas, instituciones, programas, pautas de gastos y demás prácticas, a fin de poner de manifiesto cualquier discriminación de hecho y adoptar las medidas para subsanarla”²⁶.

Pese a la valoración positiva que se hace del proyecto de ley en general, hay algunos puntos de preocupación que sería conveniente revisar durante la discusión legislativa para mejorar la propuesta.

b) Ámbitos de preocupación

- Participación.

El proyecto sólo contempla la participación consultiva de los Consejos Locales de Educación, para la elaboración de los Convenios de Gestión Educacional (CGE), y de los Consejos Escolares (que además deberán reunirse solamente 4 veces al año) para la elaboración de los Proyectos Educativos Institucionales (PEI). Sería deseable que la comunidad educativa, tanto a nivel de los Consejos Escolares como a nivel de los Consejos Locales de Educación, tuvieran una participación con mayor grado de injerencia en la elaboración de los CGE (la política local de educación) y a los PEI, en coherencia con uno de los objetivos del derecho a la educación, el de promover la “participa[ci]ón efectivamente en una sociedad libre”²⁷, así como con el principio de participación establecido en el artículo 25 en consonancia con el artículo 18, 21 y 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁸, en el artículo 15.1 letra a) del PIDESC²⁹, así como en el artículo 28 y 12.2 de la Convención sobre Derechos del Niño³⁰.

Lo anterior adquiere especial relevancia si se considera que hay territorios donde los Servicios Locales administrarán establecimientos que atienden mayoritariamente a niños y niñas de pueblos indígenas, para quienes no existen mecanismos especiales de participación establecidos en el proyecto. Sería deseable que el proyecto considerara mecanismos para asegurar la participación de las comunidades indígena en el caso de establecimientos que atienden a esta población, en coherencia con los estándares que plantea el Convenio 169

²⁵ Comité DESC, Op. Cit., párrafo 35.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 37.

²⁷ PIDESC, artículo 13.1.

²⁸ El artículo 25 consagra el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, el artículo 18 consagra la libertad de expresión y opinión, mientras que el artículo 21 y 22 consagran la libertad de reunión y asociación, respectivamente.

²⁹ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural”.

³⁰ El artículo 28 consagra el derecho a la educación de niños y niñas, mientras que el artículo 12.2 establece el derecho de los/as niños/as de ser oídos/as en las materias que les afectan.

de la OIT, a través de mecanismos adecuados y pertinentes de consulta sobre la política educativa local que se ve reflejada en los Convenios de Gestión Educativa de cada SLE.

- Adaptabilidad.

Considerando las diferentes modalidades y tipos de escuelas que existen en nuestro país, preocupa que el proyecto no establezca las medidas que tomará el Estado para garantizar que el personal que conformará los equipos de los SLE efectivamente cuente con las herramientas necesarias para brindar el apoyo pedagógico, administrativo-financiero y de gestión, atendiendo a las particularidades de las escuelas, pese a que ello es un objetivo declarado en el proyecto³¹. El personal de los equipos de apoyo de los SLE debe contar con una adecuada formación y preparación para atender las necesidades particulares de todas las escuelas presentes en su territorio, y el Estado debe garantizar lo anterior. Las indicaciones hechas al artículo 18 del proyecto, sobre organización interna de los SLE, exige que el SLE deba “contar con profesionales especializados en los distintos niveles y modalidades educativas, tales como el nivel parvulario y la educación media técnico profesional”³². Sin embargo, dicha exigencia no resulta suficiente, pues sería deseable que el Estado asumiera un rol activo en la capacitación continua de los y las funcionarias de los Servicios para brindar un apoyo eficaz a las escuelas. Esto resulta especialmente relevante en el caso de las escuelas “uni”, “bi” o “tri” docentes, cuya estructura y práctica educativa dificulta la gestión y la práctica educativa, el caso de las escuelas-cárcel, cuyos desafíos se ven incrementados por la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la comunidad educativa en su conjunto, o el caso de los establecimientos de educación de adultos, cuyas metodologías, contenidos, y práctica educativa en general, difiere de las escuelas para niños y niñas. Todas ellas requieren de un apoyo especializado por parte de los Servicios Locales de Educación, para lo cual es necesario que el Estado prevea los mecanismos de capacitación y formación de esos equipos profesionales, en virtud de la obligación de “adoptar medidas (...), especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos”³³ reconocidos en el PIDEESC.

³¹ “los Servicios Locales deberán considerar las características territoriales, modalidades, niveles educativos y las formaciones diferenciadas de sus establecimientos educacionales, poniendo especial atención a los establecimientos de educación especial, de adultos, interculturales bilingües y rurales uni, bi y tri docentes, así como aquellos que ofrezcan formaciones diferenciadas técnico-profesional, artística u otras que se creen conforme a la ley, adaptando sus acciones de apoyo en función de sus particularidades” (PL boletín N° 10368-04, Artículo 12, letra d).

³² Proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, boletín 10368-04, indicaciones artículo 18.

³³ PIDEESC, Art. 2.1.

Al respecto, el INDH considera que la actual distribución de los SLE, basada únicamente en factores territoriales, es insuficiente para atender realidades educativas especiales, por lo que sería deseable la creación de Servicios Locales de Educación con dedicación especial a las escuelas con alta matrícula de niños y niñas de procedencias étnicas diversas, alto nivel de niños y niñas con discapacidad, así como las escuelas que atienden a la población privada de libertad, tanto en los Centros Cerrados de SENAME como en los recintos penitenciarios de adultos/as.

- Lenguaje inclusivo de género

Por último, en relación a los aspectos formales del proyecto de ley, resulta necesario revisar el lenguaje de género en todo el proyecto, especialmente cuando se hace mención a las autoridades que ocuparán los cargos de la nueva institucionalidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 2 letra f)³⁴ y el artículo 7³⁵ de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

V.- Conclusiones

- 1.- El proyecto de ley presentado es valorado positivamente por el INDH, pues se considera coherente con lo establecido en el PIDESC, así como lo que ha señalado el Comité DESC y el Relator Especial sobre Derecho a la Educación, sobre el rol del Estado en garantizar la calidad de la educación e igualdad en la calidad de la educación pública.
- 2.- Sin embargo, deben atenderse mejor los estándares sobre participación en el ámbito de la educación para asegurar una participación efectiva de toda la comunidad educativa en las decisiones que se toman en los establecimientos. Asimismo, conviene revisar el rol que tendrá el Estado sobre la formación y especialización de los y las funcionarias de los Servicios Locales de Educación, así como en la dotación de las herramientas necesarias en el ámbito administrativo, financiero y de gestión, de manera de asegurar que dichos servicios realicen sus labores de manera eficaz y oportuna.

³⁴ "Los Estados Partes (...) se comprometen a: f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer".

³⁵ "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales".

5

Seguridad y Derechos Humanos

Informe sobre el proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal para sancionar como falta el ocultamiento del rostro con ocasión de alteraciones al orden público, y permitir la detención en caso de flagrancia. Boletín N° 10717-20

Similitudes con Indicación al Proyecto de ley que “Fortalece el resguardo al Orden Público (Boletín N° 7075-25)”.

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de junio de 2016 – Sesión 307.

I.- Proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal para sancionar como falta el ocultamiento del rostro con ocasión de alteraciones al orden público, y permitir la detención en caso de Flagrancia (Boletín N° 10717-20) (Año 2016)

Ingresado a la cámara de Diputados con fecha 31 de mayo del año 2016, actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional en la comisión de Seguridad Ciudadana.

El mencionado proyecto establece dos modificaciones:

- 1) Incorpora una nueva falta al artículo 494 del CP, dirigida al que “con ocasión de alteraciones al orden público oculte su rostro para evitar su identificación, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito”
- 2) Agrega este tipo penal a aquellas faltas que están en el listado del artículo 134 del CPP en que se faculta para detener en flagrancia (Recordemos que por regla general las faltas no pueden ser objeto de detención por flagrancia).

Los fundamentos de la iniciativa legal están dados básicamente porque el ejercicio de los derechos fundamentales reconocería limitaciones, entre ellos el orden público, según se expresa. Igualmente, en el sentido que el derecho a la manifestación entendido como una proyección del derecho a la reunión y a la libertad de expresión colisiona con otros derechos.

Agrega que, la iniciativa que busca incluir esta falta, persigue sancionar a encapuchados que “frecuentemente, con ocasión del legítimo ejercicio del derecho a la manifestación, se aprovechan de las circunstancias para destruir la propiedad pública y privada, o directamente atentar contra la integridad personal de policías u otras personas”.

II.- Indicación al “proyecto de ley que fortalece el resguardo al Orden Público (Boletín N° 7075-25)” (Año 2013)

La indicación sustitutiva de 20 de marzo del 2013 planteó diversas modificaciones en diferentes temas. Específicamente los que se transcriben a continuación están relacionado con la temática del proyecto de ley presentado el 31 de mayo de 2016:

II. A. 5) *Agrégase el artículo 410 bis, nuevo:*

“Artículo 410 bis: “Constituirá una circunstancia agravante de los delitos establecidos en los párrafos I, III y IV de este Título, el haber sido cometidos con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas.

Quienes incurrieren en las conductas descritas en el artículo 269 y en los párrafos señalados en el inciso anterior; con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas y cubran su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, serán sancionados con el máximo de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados”.

II. B. 6) *Agrégase el artículo 489 bis, nuevo:*

“Artículo 489 bis: Constituirá una circunstancia agravante de los delitos establecidos en este Título, el haber sido cometidos con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas.

Quienes incurrieren en las conductas descritas en este Título, con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas y cubran su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, serán sancionados con el máximo de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados”.

II. C. 7) *Agrégase el número 22, nuevo, al artículo 494:*

“N° 22: El que, en un desorden público, cubra su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito.”

II. D Reemplázase el inciso 4° del artículo 134, por el siguiente:

“No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4, 5, 19 y 22; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26. Sin embargo, en lo que respecta a los casos del artículo 496 N° 19, se exceptúan de lo dispuesto en este inciso los hechos descritos en los artículos 189 y 233.”

III.- Similitudes entre ambas iniciativas

Como se puede apreciar en el punto anterior, especialmente lo referente a las letras II.C y II.D guardan estrecha relación con el nuevo proyecto presentado. Por su parte, lo consignado en los apartados II.A. y II.B. hacen referencia a personas que cubran su rostro como agravantes, circunstancia que no se dispone en el nuevo proyecto.

- Respecto a la tipificación de una nueva falta, la nueva iniciativa hace referencia a que la acción sea cometida con ocasión de *alteraciones al orden público*, lo que marca una diferencia con la indicación sustitutiva que se remitía al que realizara la acción en un *desorden público*.
- Igualmente ambas propuestas indican que la acción de ocultamiento de rostro tiene como fin el ocultar la identidad.
- Un tercer punto se refiere a que la indicación sustitutiva ejemplificaba la forma en que dicha ocultación de identidad se efectuaba: *mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito*; tema que no es especificado por el nuevo proyecto de ley.

IV.- Diferencias entre ambas iniciativas

- La indicación sustitutiva del año 2013 incluía un nuevo artículo 269 del Código Penal con un nuevo tipo penal para quienes cometan desordenes públicos graves, especificando en sus numerales lo que se entiende bajo ese concepto en la misma disposición. Dicho tipo legal no se incorpora en la nueva iniciativa legal.
- Igualmente se agregaba una circunstancia agravante para los delitos de los párrafos I, III y IV¹ del título VIII que sean cometidos en actos, manifestaciones o espectáculos públicos. De este modo, se incorporaba un nuevo artículo 410 bis, el que establecía la agravación de determinados delitos si se cometiesen con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congregara la presencia masiva de personas. Conjuntamente agregaba una nueva regla de determinación de pena para estos casos y los del artículo 269 si existían personas que ocultaban su rostro para ocultar la identidad por medio de capuchas, pañuelos u otros análogos, a quienes se les aplicaría *“el máximo de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados”*.

¹ Párrafos que tratan del homicidio (1), lesiones corporales (3) y Duelo (4).

- En el mismo sentido que el punto anterior, la indicación del año 2013 proponía agregar un artículo 489 bis que establece similares disposiciones para el Título IX (crímenes y simples delitos contra la propiedad).
- Ambos contenidos no están presentes en el nuevo proyecto de ley. Como se expresó otra diferencia está dada por la indicación sustitutiva que refería al que realizara la acción en un *desorden público* y el nuevo proyecto alude a que la acción sea cometida con ocasión de *alteraciones al orden público*.
- Una nueva diferenciación está dada porque la indicación sustitutiva del año 2013 disponía la posibilidad de conmutar la pena de la nueva falta por la de trabajos en beneficios de la comunidad, lo que no se consagra en el nuevo proyecto de ley.

V.- Aplicación de la “Minuta sobre la indicación al Proyecto de Ley que Fortalece el Resguardo del Orden Público” (Boletín N° 7975-25) Aprobada por el Consejo de Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de mayo de 2013 - Sesión 154

Gran parte de lo establecido en la minuta en cuestión resulta aplicable al nuevo proyecto de ley especialmente lo referido al punto 3.

En primer lugar, el punto 3 hace referencia a la Minuta titulada “Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos” aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012 - Sesión 111. De ella destaca especialmente la reflexión sobre la colisión de derechos no necesariamente sacrificando un valor en favor de otro.

Dicho informe se refiere en el punto 3.2 lo referente a la nueva falta que se agrega. En tal sentido, si bien la indicación que trata el informe se refería al que en un desorden público cubra su rostro y no a quien con ocasión de alteraciones públicas lo realice, las reflexiones de los párrafos cuatro y siguiente resultan del todo pertinente. Se transcriben a continuación:

Sobre estas modificaciones, lo primero que cabe señalar es que la pretensión de incluir la nueva falta no es necesaria, puesto que la actual regulación procesal penal y penal resuelven este tipo de supuestos. En efecto, el Código Procesal Penal en el artículo 85 ya contempla la facultad de controlar la identidad de quien “*se encapuche o emboce para dificultar o disimular su identidad, registrar vestimentas e incluso conducirlo a la unidad policial más cercana para fines de identificación*”, y el Código Penal también sanciona en el artículo 496 núm. 5 al “*que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso*”.

Lo anterior implica que conforme al artículo 85 si *“la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el No 5 del artículo 496 del Código Penal”*. Por lo tanto, como se puede apreciar, las indicaciones propuestas en este sentido son absolutamente innecesarias puesto que existe actualmente una regulación legal que aborda esta materia con mayor respeto a los principios de gradualidad y proporcionalidad que deben estar presentes en cualquier restricción al derecho a la libertad personal.

En segundo lugar, es pertinente afirmar que desde los estándares de derechos humanos no cabe penalizar una circunstancia como puede ser la de tener cubierto el rostro o que ello pueda significar una pena más elevada en virtud de una regla de determinación. Con esta nueva normativa, podría incluso penalizarse el que se tenga cubierto el rostro sin que se haya cometido ningún otro ilícito. Esa sola circunstancia sería objeto de una falta.

Por lo señalado, la referida indicación carece de fundamentación desde el punto de vista del derecho penal moderno, toda vez que se ven infringidos los principios que limitan la facultad punitiva del Estado, como son los principios de lesividad y mínima intervención. Lo anterior, debido a que en este caso, cuando expresamente la conducta reprochada no sea constitutiva de crimen o simple o delito, configurará la falta. Ello carece de sentido puesto que la conducta que ya no es constitutiva de delito sigue siendo desvalorada sin que exista ninguna lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, cuestión que resulta abiertamente contraria a la misión actual derecho penal.

A lo anterior, se agrega que en la Indicación se logra reconocer la intención de sancionar a personas respecto de las cuales se sospecha que pueden cometer un delito, cuestión que hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico es insostenible desde que se derogara el antiguo artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, que establecía legalmente la detención por sospecha. En efecto, dicha norma derogada entregaba una facultad discrecional indeterminada a las policías que les permitía detener a cualquier persona cuando su criterio les indicara que se encontraban en una actitud sospechosa de cometer alguna infracción. En la Indicación en cambio, si bien la facultad no es tan amplia pues se determina específicamente la conducta sancionada, estamos ante la tipificación de una nueva falta que permite detener por la presunción que una persona se encuentre dispuesta a cometer un delito, pretendiéndose establecer una hipótesis específica de “sospecha” por el mismo legislador.

Todo lo señalado anteriormente, es todavía más reprochable si se considera que la falta propuesta podría motivar una restricción o privación al derecho a la libertad personal (detención). Lo anterior en virtud de otra modificación contemplada en la Indicación en virtud de la cual esta nueva falta estaría incluida entre las que permiten que la persona imputada de la misma sea detenida. En efecto, en el nuevo numeral 2 del artículo 2 del Proyecto se establece que se reemplaza el inciso 4° del artículo 134, por el siguiente: *“No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s.*

4, 5, 19 y 22; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26. Sin embargo, en lo que respecta a los casos del artículo 496 N°19, se exceptúan de lo dispuesto en este inciso los hechos descritos en los artículos 189 y 233”.

Al respecto, es pertinente señalar que la posibilidad de restricción del derecho a la libertad personal exige la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, cualquier privación de la libertad física tiene como primer requisito su legalidad². Dicho requisito se cumpliría solo en parte pues en este caso se trata de tipificaciones excesivamente amplias.

El segundo requisito para la restricción de este derecho, dice relación con que, junto a la legalidad, es necesaria la exigencia de ausencia de arbitrariedad. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en el caso Van Alphen c. Holanda³, estimó que “la detención que sigue a un arresto legal debe ser razonable y necesario en todas las circunstancias, condición que no se daba en el caso, por lo cual declaró que Holanda había violado el artículo 9 del Pacto Internacional”⁴.

La jurisprudencia de la Corte IDH, ha recogido claramente este último requisito y cita expresamente la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, afirmando en el caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, que “(...) el término arbitrario no es sinónimo de ilegal y (...) denota un concepto amplio. Una detención acorde con la ley puede ser arbitraria. Según el Comité la detención es arbitraria cuando a) se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley; b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad”⁵.

Reafirmando lo anterior, también la Corte IDH ha sostenido que “una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley”⁶.

En cuanto a las finalidades por las cuales se puede proceder a limitar el derecho a la libertad personal, cualquiera sea la forma que adopte dicha limitación –arresto, detención, prisión preventiva–, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

² Vid., en ese sentido, Corte IDH: Caso Gangaram Panday, párrafo 47; caso Bámaca Velásquez, párrafo 139; caso Duran y Ugarte, párrafo 85, entre otros.

³ CDH, caso Van Alphen c. Holanda, N° 305/1988.

⁴ En el sistema interamericano existe una tercera limitación: sólo se permiten restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. Este requisito se establece libertad de asociación y libertad de movimiento. Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito (MEDINA, ob., cit., p. 267).

⁵ CIDH, caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, párrafo 68.

⁶ Corte IDH, caso Castillo Pezo c. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 102.

reconoce a la prevención de la fuga, de la alteración de pruebas y de la reincidencia como fines legítimos de la detención⁷.

Todo lo anteriormente dicho lleva a concluir que la sola circunstancia de tener cubierto el rostro en los términos establecidos en la Indicación, no puede desde los estándares de derechos humanos ser tipificada como falta ni menos ser objeto en sí misma de una privación o restricción de libertad. Tampoco se cumpliría con el principio de proporcionalidad en la inclusión de esta circunstancia como nueva agravante respecto de algunos delitos.

⁷ 10 CIDH, caso Giménez c. Argentina, 1 de marzo de 1996, párrafo 84.

6

Discapacidad y Derechos Humanos

Informe sobre el proyecto de ley que establece normas de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas con enfermedad o discapacidad mental.

Boletines N° 10.755-II y N° 10.563-II Refundidos

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 19 de junio de 2017 - Sesión Ordinaria N° 367.

I.- Resumen Ejecutivo

El proyecto declara como principal objetivo “hacer posible la garantía judicial de los derechos fundamentales de las personas con enfermedad o discapacidad mental, en especial sus derechos a la libertad personal, integridad física y psíquica, a la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como su derecho al cuidado sanitario, por cuanto, declara la iniciativa, nuestra legislación “regula incorrectamente la internación involuntaria, permite el sometimiento a tratamientos médicos invasivos e irreversibles sin consentimiento, desconoce el derecho a la autonomía personal y la presunción de capacidad de este grupo humano, así como su derecho a la no discriminación”¹.

Como consecuencia de lo anterior, el proyecto busca: asegurar que las personas con discapacidad mental (PcD mental) sean tratadas como capaces, actuando representados legalmente solo cuando sea necesario; reconocer y garantizar sus derechos fundamentales; establecer obligaciones para el Estado respecto a la atención de la salud mental; establecer requisitos y garantías en casos de internación involuntaria de PcD mental; y establecer estándares para la atención en salud mental.

De esta forma, el proyecto pone en valor la capacidad de decisión y manifestación de voluntad de PcD mental; establece un procedimiento de internación no voluntaria que incorpora garantías; y entrega a los órganos jurisdiccionales el control de los procedimientos de internación involuntaria, evitando de esta manera posibles situaciones de abuso y vulneración de derechos.

Sin perjuicio de los avances anteriormente indicados, como se explicará más adelante, en el proyecto predomina un enfoque médico-rehabilitador de la discapacidad; se mantiene el régimen de sustitución de voluntad de PcD mental en diversas partes de su articulado, que evidencia una confusión en torno a la capacidad jurídica en la toma de decisiones; y no elimina normas existentes en otros cuerpos normativos que mantienen figuras que niegan

¹ Fundamentos del Proyecto de Ley, p 3.

el derecho a la información de PcD mental, así como aquellas que permiten que estas sean sometidas a procedimientos de carácter invasivo o irreversible sin su consentimiento.

El presente informe tiene por objeto entregar la posición del INDH sobre el proyecto, a la luz de los estándares internacionales en derechos humanos, en base fundamentalmente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD) y su Protocolo Facultativo, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (instrumentos ratificados por Chile), las Observaciones Generales del Comité de la CDPD (fundamentalmente el N°1), las recientes Observaciones Finales del Comité de la CDPD al Primer Informe de cumplimiento de la Convención a Chile (2016), como asimismo los informes anuales del INDH (2011, 2012, 2013, 2014 y 2016) que se han referido a diversos aspectos de los derechos de las personas con discapacidad.

II.- Observaciones al Proyecto de Ley

i. Definiciones y modelo social de la discapacidad. El proyecto hace sinónimos los términos enfermedad o discapacidad mental, tanto en su título como en reiteradas menciones a lo largo de su contenido, utilizando, asimismo, los términos de “padecimiento mental”, “paciente mental” o “pacientes con trastornos mentales o discapacidad mental”². Debe tenerse presente, que la CDPD ha superado la noción que entendía a la discapacidad como una enfermedad, según una perspectiva sanitaria, centrando el foco de la discapacidad en las barrera que impone la sociedad a éstas, debiendo ser entendida la discapacidad como “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”³, mas nunca como una enfermedad.

Es en consideración a esta concepción, que el Comité de la CDPD señaló recientemente en sus Observaciones a Chile que se requiere una “armonización legislativa relativa a las personas con discapacidad”, dada “la persistencia del modelo médico y el uso de terminología peyorativa tales como “invalidez”, “incapaces” y “dementes” en normas vigentes, incluido el Código Civil y la ley núm. 20.422 de 2010”⁴, por lo que se sugiere adecuar los

² El proyecto hace sinónimos los conceptos de enfermedad mental y discapacidad mental en sus artículos 1, 2, 3, 6, 7, 11 y 17, así como en el epígrafe del Título 2°, mientras que se refiere a “persona con padecimiento mental” en su artículo 7° letra j) y 8, “pacientes con trastornos mentales” en su artículo 18 y “sujetos cognitivamente impedidos” en el artículo 7° letra c).

³ Letra e) del Preámbulo de la CDPD.

⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, 13 de abril de 2016, párrafos 5 y 6.

términos a lo antes indicado, diferenciando claramente a la enfermedad de la discapacidad, incorporando asimismo principios acordes con el modelo social de derechos humanos de la discapacidad que superó al modelo médico-rehabilitador. Se recomienda, asimismo, eliminar aquellas frases discriminatorias hacia ese colectivo como “que padece, que sufre, discapacidad”, entre otras.

ii. Sobre el consentimiento y la capacidad. La CDPD establece como regla general el reconocimiento del derecho a la autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones⁵, derecho que, por tanto, no puede ser limitado, restringido o sustituido en ninguna circunstancia. Por su parte, el artículo 25 de la CDPD, relativo a la atención de salud indica que esta se realizará, por parte de los profesionales de la salud, en base de un consentimiento libre e informado entre otras formas, mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad y la autonomía de las PcD.

El INDH valora el esfuerzo que hace el proyecto para estos fines, por cuanto propone evitar intervenciones o internaciones sin el consentimiento de la persona, recogiendo de esta manera las observaciones formuladas por el Comité de la CDPD en su Informe a Chile, dirigidas a que nuestro país “*revise y derogue las disposiciones que restringen el consentimiento libre e informado de todas las personas con discapacidad, incluyendo las que se encuentran declaradas interdictas y están bajo tutela, o quienes se encuentren institucionalizadas, y se adopten las regulaciones necesarias para el pleno ejercicio del consentimiento libre e informado, para actuar en todo tipo de intervenciones médicas o científicas*”⁶.

En base a lo anterior, cualquier intervención de profesionales de salud en una PcD que pudieren afectar sus derechos, deberá realizarse en base a su consentimiento informado, decisión que debe ser tomada siempre por la propia persona, y de un modo excepcional en casos específicos con apoyo de un tercero, cuando esta lo manifieste y solicite, y para el solo efecto de colaborar en la expresión de su voluntad, jamás en sustitución de la misma⁷.

⁵ Letra n) y o) del Preámbulo de la CDPD; artículo 3° “Principios Generales, letra a); artículo 4° N°3 “Obligaciones Generales” (relativa a la obligación de Consulta).

⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párrafo 26.

⁷ Siguiendo los criterios de la Observación General N°1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ver párrafos 14 al 18. En lo que respecta al apoyo de un tercero en la atención de salud, la ley N°20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud”, indica: “Artículo 5°.- En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia. En consecuencia, los prestadores deberán: a) Velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”. (El subrayado se encuentra agregado).

En los casos de situaciones de discapacidad mental profunda o severa en que no sea posible conocer la voluntad presente de la persona o en episodios de descompensación psiquiátrica, y éstas obstan a cualquier expresión de voluntad en consideración a la necesidad urgente de realizar un procedimiento, se sugiere recurrir en caso de existir, a la decisión anticipada de la persona la que asimismo puede manifestarse a través de un plan de apoyos futuros en materia de salud o de intervenciones médicas⁸, o en su defecto a la figura del apoyo en la toma de decisiones.

Por lo anterior, la expresión utilizada en el proyecto de ley “...que deteriore el juicio o raciocinio calificada por los tribunales competentes...” como excepción a la libre expresión de la voluntad por parte de las PcD, deja a la libre ponderación del juez dichas circunstancias, en base a criterios personales de la PcD, centrada en su “deficiencia” (enfoque ya superado de la discapacidad) sin situar que el foco de ésta en donde efectivamente se encuentra “en las barreras con las que la persona debe interactuar”, viéndose impedida o restringida su participación (enfoque social de derechos). Por lo que el juez al ponderar estos criterios, debería evaluar asimismo, factores ambientales y sociales.

El proyecto mantiene como regla general un modelo de consentimiento por sustitución⁹, se recomienda, por tanto, incorporar un régimen de decisiones con apoyo, basados estos últimos en las características de cada receptor de los mismos, con mayor o menor intensidad de acuerdo a los requerimientos de cada persona¹⁰. A propósito del apoyo, el Comité de la CDPD ha indicado que “los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”. Sobre la noción de “apoyo”, este es “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”¹¹. Y, como agrega el Comité de la CDPD, solo una vez que “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”¹².

Por su parte, la presunción de capacidad que el proyecto contiene en su artículo 4° es incorrecta, por cuanto confunde la capacidad jurídica con la capacidad mental, conceptos

⁸ Plan en el cual una persona deja por escrito su voluntad para someterse a tratamientos o intervenciones médicas previendo tal situación en el evento que se encuentre en alguna situación de discapacidad o descompensaciones psiquiátricas.

⁹ El que se evidencia específicamente en los artículos 4°; 7° letra c) e i); y artículo 13.

¹⁰ Observación General N°1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ver párrafos 14 al 18.

¹¹ Ídem, párrafo 15.

¹² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafos 16, 17 y 21.

que han sido diferenciados por el Comité¹³, el cual, a propósito de esta distinción, ha destacado que “*la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad*” el cual tiene dos facetas, la capacidad legal y la legitimación para actuar¹⁴. De esta manera, el artículo 4º del proyecto contraviene la CDPD, al considerar, por medio de una presunción, la existencia de personas sin capacidad.

Para efectos de coherencia y cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia, el proyecto debería ser modificado a fin de reconocer de manera expresa que todas las personas, además del derecho a tomar sus propias decisiones de manera autónoma (como anteriormente se señaló), tienen plena capacidad jurídica, en sus dos facetas, en concordancia con el artículo 12 de la CDPD y que su ejercicio, en ciertos casos y situaciones específicas, se realizará con colaboración de otra persona en apoyo de ésta, pero jamás en sustitución de su voluntad (régimen de apoyo en la toma de decisiones)¹⁵.

¹³ En su Observación General Nº1, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 13, el Comité ha indicado que: “*En la mayoría de los informes de los Estados partes que ha examinado hasta la fecha el Comité se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que se considera que tiene consecuencias negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio*”.

¹⁴ *Idem.* párrafos 13 y 14 “*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)*”. Señalando a continuación 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*”, agregando que a diferencia de otros instrumentos internacionales “*El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica*”.

¹⁵ Art. 12 CDPD y Observación General Nº1 Comité CDPD. En este mismo orden de ideas, aunque en términos más amplios a los contenidos en el proyecto, y tal como ha indicado el Comité a Chile a propósito de las normas sobre capacidad contenidas en el Código Civil y en la Ley Nº 18.600, se señala la necesidad de derogar “*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*”. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHU/CO/1, del 13 de abril de 2016, párrafos 23 y 24. Sobre esta materia, además, resulta atinente lo señalado en el Informe Anual 2016 del INDH, p. 77, en el cual se da cuenta de la preocupación del INDH sobre esta materia, la cual se manifestó a través de una solicitud a SENADIS para conocer los cursos de acción que se tomarían a fin de revisar y modificar los cuerpos legales que contienen normas contrarias a la CDPD. SENADIS respondió que “[m]ediante el Oficio Nº8.940 de 23 de diciembre de 2015 de la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se constituyó un Grupo de estudios cuyo objeto fuera abordar desde una perspectiva crítica, [y] en atención a los estándares fijados por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nuestro sistema de capacidad jurídica. Por esta razón el trabajo de este Grupo de estudios se concentró en el análisis detallado de las figuras de las tutelas y curadurías, de las normas

El INDH, se refirió de forma pormenorizada a la autonomía de las PcD mental en su Informe de 2014, dando cuenta de la estigmatización que sufren las PcD, situación que “se acentúa en el caso de las personas con discapacidad mental –tanto de índole psíquica como intelectual–, pues son quienes experimentan con mayor fuerza la vulneración de su autonomía y se les tilda de “incapaces” para tomar decisiones”¹⁶. En el mismo Informe, María Soledad Cisternas¹⁷, indicó que uno de los desafíos de nuestro país, respecto a la implementación de estándares internacionales de derechos humanos, es “el igual reconocimiento ante la ley y el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, mediante apoyos y salvaguardas, si fueren necesarios, desterrando aquellos modelos de voluntad sustitutiva en manos de terceros; [así como] el consentimiento libre e informado para cirugías, tratamientos [e] internaciones”¹⁸.

iii. Consentimiento de niños, niñas y adolescentes. El artículo 4° del proyecto, indica que “Como regla general, se debe considerar que todos los adultos son competentes para dar consentimiento informado(...), restringiendo de esta forma la facultad de manifestar su voluntad en la toma de decisiones sólo a los mayores de edad.

Al respecto, la CDPD indica que “*Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho*”¹⁹. Asimismo, el Comité de la CDPD ha señalado que todo ser humano, sin distinción, debe ser respetado como una persona titular de personalidad jurídica, el cual es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona²⁰. De ahí que no puede limitarse este derecho a las personas en función de su edad o cualquiera otra situación.

del Código Civil respectivas a los actos y declaraciones de voluntad, de la Ley de Matrimonio Civil, prohibiciones e inhabilidades establecidas en razón de la discapacidad y, en general, cualquier disposición de carácter legal o reglamentario que implicara alguna restricción al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. [...]. Los acuerdos se encontrarán plasmados en el informe final del Grupo de estudios que se encuentra en proceso de elaboración; cabe hacer presente que el indicado informe corresponde al primer documento oficial del Estado que da cuenta de la necesidad de transitar desde un modelo de sustitución de voluntad actualmente vigente en nuestro país a uno de apoyos y salvaguardias”.

¹⁶ INDH, Informe Anual 2014. Situación de los derechos humanos en Chile, p. 111.

¹⁷ Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas para Discapacidad y Accesibilidad. Presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre los años 2013- 2016; Premio Nacional de Derechos Humanos 2014.

¹⁸ María Soledad Cisternas Reyes, en Informe Anual 2014. Situación de los derechos humanos en Chile, p. 111 y 112.

¹⁹ Art. 7° N°3.

²⁰ Observación General N°1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafos 16, 17 y 21, párrafo 11.

En términos similares, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño suscribe el derecho a la libre expresión del niño como un derecho personalísimo, indicando que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez [...]”²¹; lo anterior, se deberá practicar tomando en consideración igualmente, el asentimiento informado y el principio de autonomía progresiva²², pero jamás en sustitución de su voluntad por una tercera persona²³.

iv. Sobre las obligaciones del Estado y estándares de atención de la salud mental. El artículo 5°, al promover una atención en salud mental interdisciplinaria, poniendo énfasis en el reforzamiento de los lazos sociales, la inclusión y la participación del paciente en la vida social, cumple adecuadamente con lo señalado por el Comité de la CDPD en su Informe a Chile, en orden a superar el modelo médico existente en nuestro país. Sin embargo, esta disposición –aun cuando indica que la atención multidisciplinaria se deberá realizar con personal debidamente capacitado y acreditado–, no recoge la preocupación específica manifestada por el Comité acerca de la falta de capacitación del personal médico en materia de derechos de las PcD, asunto que debería incluirse durante el trámite legislativo. Por su parte, el artículo 18 contiene un correcto catálogo de estándares relativos a la atención de salud de las PcD mental, aunque precedido por un enunciado que hace uso y sinonimia de una terminología incorrecta, al indicar “El tratamiento de los pacientes con Trastornos Mentales o Discapacidad Mental(...)”.

Finalmente, se sugiere precisar la mención relativa a “los estándares internacionales” en virtud del cual se realizarán los tratamientos, pues al ser de carácter general, no es posible determinar si son aquellos que se adecuan al modelo social de derechos humanos.

²¹ Artículo 12.1.

²² Artículo 16 Convención sobre los Derechos del Niño. Cabe hacer presente que el artículo 16 regula el principio de protección y promoción de la autonomía, en virtud del cual los niños y niñas tienen el derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos; es decir de ser sujetos plenos de derechos, adquirir la autonomía, y el Estado y la Familia, deben apoyan y protegen el desarrollo del niño, de forma que progresivamente ejerza sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades.

²³ El INDH se ha pronunciado al respecto en su Informe Anual del año 2014 indicando que: “La Convención [Internacional sobre los Derechos del Niño] no establece distinciones respecto de los temas sobre los que pueden opinar y tampoco limita la edad para que los NNA puedan expresar libremente su opinión, tal que se “[...] desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan (OG N° 12, Artículo 21, 2009). Expresar libremente su opinión quiere decir expresarse sin presiones ni influencias, pudiendo elegir si quiere o no ejercer este derecho (párrafo 22 OG N° 12, 2009) [...]” Informe Anual 2014. Capítulo 4 “Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales”. “Estándares Internacionales de Derechos Humanos”, p. 141.

v. Sobre los derechos fundamentales que reconoce el proyecto. En términos formales, sin perjuicio de que el Título 2° se refiere de manera específica a los derechos fundamentales de las personas con Enfermedad o Discapacidad Mental (artículos 7° y 8°), previamente en el artículo 3° se señalan los “derechos básicos de las personas con discapacidad o enfermedad mental”, por lo que se recomienda que estos últimos, a fin de dotar de coherencia normativa al proyecto, se incorporen en el Título 2° del articulado.

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto no contempla todos los derechos básicos esenciales del colectivo de personas con discapacidad, tales como: el derecho a la inclusión social; respeto de la dignidad inherente; independencia; respeto por la diferencia; accesibilidad; igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto por la evaluación de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad²⁴.

Respecto a lo sustantivo, el artículo 6° consagra el principio según el cual toda intervención médica se debe regir por el principio del consentimiento informado, en los términos de la Ley N° 20.584²⁵. En tanto derecho, el consentimiento informado se consagra en el literal c) del artículo 7°, relacionándose, igualmente, con el consagrado en la letra d), referido al acceso a la ficha y antecedentes médicos. Sin embargo, para una consagración adecuada de estos dos derechos, se sugiere la derogación del artículo 23 de la Ley N°20.584, el cual permite a los profesionales tratantes la reserva de información a PcD mental “en razón de los efectos negativos que esa información pudiera tener en su estado mental”. Información que debe ser puesta en conocimiento de la persona a requerimiento de la misma y en los casos en que esta permita dar a conocer su estado de salud y de los tratamientos que se han diagnosticado, que signifique la preservación de su estado y que propendan a una inclusión social de la misma.

Luego, el artículo 7° contiene un catálogo de derechos fundamentales que se reconocen a las PcD mental, comenzando en su literal a) con el reconocimiento de este grupo como sujeto de derechos, lo cual se vincula íntimamente con la capacidad jurídica, la cual, como se expresó, se regula de forma imprecisa en el proyecto. El mismo literal, consagra el respeto a la vida privada, libertad de comunicación y libertad personal, derechos sobre los cuales descansan muchos de los que son reconocidos posteriormente, en particular, el derecho a no ser sometido a tratamientos invasivos o irreversibles sin consentimiento (letra b), conteniendo una excepción que permite dichos tratamientos sin consentimiento, en caso de que “a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo grave e inminente

²⁴ Artículo 3° de la CDPD, igualmente artículos 1 a 4 de la Ley 20.422.

²⁵ Debe entenderse que se hace en referencia al artículo 14 de esta ley, según el cual “Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16”, agregando en su inciso 2° que “Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10”.

para sí o para terceros y su representante legal haya dado su autorización. Con todo, el procedimiento de esterilización no podrá efectuarse sin consentimiento del paciente”.

La excepción contenida en la disposición anterior tolera, por tanto, el sometimiento a tratamientos o intervenciones invasivas o irreversibles sin consentimiento, en caso de que mediare una situación de riesgo grave o inminente “para sí”, lo que constituye una discriminación que desconoce la igualdad y autonomía de la PcD reconocida tanto en la CDPD como en nuestro derecho interno. Sobre este último, es atinente el artículo 16 de la Ley N°20.584, que reconoce el derecho a toda persona “a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida”, en casos de estados de salud terminal, teniendo como límite el riesgo a la salud pública.

Por lo anterior, esta norma del proyecto no escapa de las mismas críticas que se formulan a la Ley N°20.584, en que su artículo 24 permite que PcD que “no se encuentren en condiciones de manifestar su voluntad” sean objeto de tratamientos invasivos e irreversibles, para lo cual solo se exige el informe favorable del Comité de Ética²⁶ del establecimiento de que se trate. Sobre esto, resultan relevantes las Observaciones hechas por el Comité de la CDPD a Chile, en orden a revisar las disposiciones de la Ley N°20.584 y el Decreto N° 570, sobre la internación de personas con enfermedades mentales (el cual prescinde del consentimiento del afectado, restringiendo su libertad por vía reglamentaria) “*garantizando sin excepción el consentimiento libre e informado de personas con discapacidad, incluyendo de aquellas declaradas interdictas, como requisito indispensable para toda intervención quirúrgica o tratamiento médico, particularmente los de carácter invasivo y aquéllos con efectos irreversibles tales como la esterilización y las cirugías a niños y niñas intersex*”²⁷.

No obstante lo anterior, el INDH valora que se excepcione la realización de esterilizaciones como procedimiento involuntario, bajo cualquier circunstancia, evitando de esta manera, la sustitución de voluntad a través de un representante como existe en la actualidad.

Sobre la autonomía personal, el literal i) del artículo 7° garantiza que las PcD no puedan ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin su consentimiento, dado personalmente o por su representante legal, siempre que “el Comité de Ética evalúe positivamente la relación riesgo beneficio”. La redacción de la norma permite estas intervenciones por medio del otorgamiento del consentimiento por vía de sustitución, lo cual resulta problemático con la manifestación del consentimiento informado

²⁶ Los Comités de Ética Asistenciales, según el artículo 2 del Decreto N° 62 de 2013 del Ministerio de Salud que los regula, son “órganos colegiados de carácter consultivo e interdisciplinario, creados para analizar y asesorar sobre los conflictos éticos que se susciten como consecuencia de la atención de salud, para contribuir a mejorar la calidad de la atención y proteger los derechos de las personas en relación con ella”.

²⁷ Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, 13 de abril de 2016, párrafos 41 y 42.

por la propia persona²⁸, a este respecto, el Comité de la CDPD en su Observación General N° 1, indicó *“El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (artículo 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento”,* agregando que *“los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas”*²⁹.

Por su parte, el literal e) consagra el derecho a la autorización y la supervisión judicial de las personas que hubieran sido internadas de forma involuntaria o de manera voluntaria pero prolongada. Esto debe destacarse como un avance positivo al igual que el reconocimiento como derecho, de “contar con una instancia judicial de apelación”.

vi. Sobre la internación voluntaria, involuntaria y su control jurisdiccional. El título 3° regula las hipótesis de internación involuntaria, su control judicial y las garantías que se les reconocen a los afectados, hasta ahora asuntos deficientemente regulados en nuestro ordenamiento. El proyecto, de esta forma, cumple con las recomendaciones hechas por el Comité de la CDPD a Chile, en orden a *“prohibir la institucionalización forzada por motivo de discapacidad”*³⁰, por cuanto la moción reconoce adecuadamente que la internación involuntaria afecta un derecho fundamental básico, como lo es el derecho a la libertad personal, por lo cual deberá ser autorizada y revisada siempre en sede judicial, la que, como señala el proyecto, corresponderá a la Corte de Apelaciones respectiva, estableciendo para ellos plazos y revisiones judiciales periódicas. Se destaca positivamente, igualmente, el establecimiento de un órgano autónomo de revisión del existente en la actualidad³¹, en cumplimiento de una función que requiere de autonomía.

²⁸ Debiendo seguirse, a este respecto, la regla general consagrada en el artículo 5° de la ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud, que indica: “En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia. En consecuencia, los prestadores deberán: a) Velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”. (El subrayado se encuentra agregado).

²⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párrafo 41.

³⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párrafos 31 y 32.

³¹ Comisión Nacional y regionales de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales, dependientes del Ministerio de Salud Decreto N° 23/2012, que crea la Comisión Nacional y regionales de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

Sin embargo, en términos de competencia, el texto del proyecto genera dudas, por cuanto entrega la misma a la Corte de Apelaciones respectiva, mientras que luego el texto hace referencias reiteradas “al juez”, sin aclarar si lo que propone es que un Ministro de Corte tenga competencia en calidad de tribunal unipersonal de excepción. Sobre el procedimiento, se deberán aclarar varios aspectos, tales como los referidos al cálculo de plazos que se indican y el criterio con que se debe interpretar la frase “de ser necesario”, respecto a la facultad que se le entrega al juez para resolver si el proceso es o no contradictorio, entre otros aspectos.

vii. Participación. Dentro de los fundamentos del proyecto, no existe referencia a la participación de las asociaciones de y para personas con discapacidad en la formación de la ley. Respecto de lo anterior, cabe hacer presente que el cambio paradigmático del enfoque social de derechos de la discapacidad, se produjo esencialmente debido al impulso y trabajo que este colectivo realizó³², debiendo, por tanto, formularse consultas estrechas con éstas cuando se elaboren políticas y legislaciones, siendo además un principio esencial en la CDPD³³. La participación de las asociaciones se encuentra, asimismo, contenida en la Ley 20.422³⁴ y mencionada en el artículo 3° del presente proyecto.

III.- Conclusiones

- I.- El INDH valora que el proyecto busque instaurar una regulación basada en los derechos humanos de las PcD, encontrándose variados aspectos de éste en armonía con los estándares internacionales en la materia, sin embargo, predomina el enfoque médico-rehabilitador por sobre el de derechos. Se destaca positivamente, asimismo, el esfuerzo en orden a constituir un cuerpo normativo, regulando aspectos que en la actualidad se encuentra dispersos en distintas leyes internas de nuestro ordenamiento,

³² La Asamblea General estableció en 2001 un Comité Especial para negociar la convención. La primera reunión se llevó a cabo en agosto de 2002, y la redacción del texto comenzó en mayo de 2004. En agosto de 2006, el Comité llegó a un acuerdo en torno al texto. Los delegados del Comité Especial representaban a las organizaciones no gubernamentales, a los gobiernos, a las comisiones nacionales de derechos humanos y a las organizaciones internacionales. Fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales participaron activamente en la formulación de un tratado de protección a los derechos humanos. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>

³³ Art. 4° N°3. “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.

³⁴ Art. 3° “e) Participación y Diálogo Social: Proceso en virtud del cual las personas con discapacidad, las organizaciones que las representan y las que agrupan a sus familias, ejercen un rol activo en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas que les conciernen”.

incluyendo normas de inferior jerarquía, ante la inexistencia de una Ley de Salud Mental que los regule orgánicamente.

- 2.- Se valora que el proyecto explicita principios básicos en materia de discapacidad mental, particularmente los de consentimiento informado. Además, de regular la internación de los pacientes como una situación excepcional de ultima ratio y de los requisitos contemplados en los artículos 11 y 12 para su procedencia, se propone un procedimiento de revisión judicial en aquellos casos de internación involuntaria –hasta ahora inexistente en nuestra legislación–, cautelando, de esta forma, los derechos que asisten a este grupo, situación regulada de forma muy deficiente por el Decreto N° 570, reglamento que regula “la internación de las personas con enfermedades mentales”.
- 3.- Se valora la existencia de un procedimiento de término de la internación a un centro psiquiátrico a solicitud de la propia persona internada (artículos 14 a 17); y la existencia de plazos para la revisión de la medida, con el objeto de evitar que la misma se transforme en una internación no voluntaria, y la certificación de los profesionales de salud mental que intervienen en el proceso como de la calidad de los centros formadores de profesionales en la materia (artículo 18).
- 4.- Se debe reforzar, sin embargo, el derecho de toda persona a ser informada y a consentir informadamente en una atención de salud. En este sentido, se debe suprimir la presunción de incapacidad por discapacidad, por cuanto vulnera un atributo del cual gozan todas las personas sin distinción, se encuentren o no en situación de discapacidad, sean o no mayores de edad. Sobre este punto, el Estado debe superar el modelo de consentimiento por sustitución, creando un régimen de plena capacidad jurídica con apoyo y salvaguardias que respeten la autonomía y voluntad de las PcD, debiendo, por tanto, adecuarse las normas del Código Civil y otros cuerpos legales a este respecto.
- 5.- El proyecto debe considerar, asimismo, la inclusión de normas que deroguen disposiciones que contravienen estándares internacionales, principalmente aquellas comprendidas en la Ley N°20.584, que niegan el derecho a la información de PcD mental; las que permiten que estas sean sometidas a tratamientos de carácter invasivo o irreversible sin su consentimiento; o que admiten internaciones involuntarias sin un control jurisdiccional que vele por la protección de garantías fundamentales, como es el caso del Decreto N° 570 y de la Resolución Exenta N° 656 que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada la tejido cerebral³⁵, entre otras.

³⁵ Sobre esta última, el Comité de la CDPD, indicó, respecto del Art. 15 que: “*1. El Comité se encuentra profundamente preocupado por las evidencias de que en el Estado parte se lleven a cabo prácticas tales como: psicocirugías, tratamientos electroconvulsivos, aislamientos prolongados en celdas sin calefacción ni servicios básicos, contenciones físicas y otros tratamientos considerados crueles, inhumanos o degradantes, con el único propósito de “disciplinar” o “corregir conductas desviadas”, a personas con discapacidad psicosocial*”. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile, CRPD/C/CHL/CO/1, del 13 de abril de 2016, párrafo 33.

7

Medidas alternativas al Cumplimiento de la Pena

Informe sobre el proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. Boletín N° 10.696-07

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2016 - Sesión 320.

Resumen Ejecutivo:

El presente Informe se refiere al proyecto de Ley que sustituye el Decreto ley N° 321, que establece la libertad condicional para los penados, Boletín N° 10.69607, iniciado en el Senado. Tras señalar los antecedentes del proyecto se revisan estándares de derechos humanos que dicen relación con el fin de las penas y los derechos de las personas privadas de libertad. A continuación se describe el contenido de la reforma propuesta y se efectúan comentarios críticos relacionados con los estándares previamente referidos. Finalmente se contienen las conclusiones que sintetizan la posición del INDH ante dicho proyecto.

I.- Antecedentes

El proyecto de ley contenido en el Boletín 10.696-07 presentado en el Senado (moción de los Honorables Senadores Araya, Espina, Harboe y Larraín) declara que su finalidad es modernizar el sistema de la libertad condicional, reemplazando la regulación actual contenida en el decreto ley 321, de 1925. Dicho decreto ley ha sufrido varias modificaciones legales en años recientes¹.

De acuerdo a la moción, se diagnostica al DL 321 como “anacrónico”, y se proclama la necesidad de “recoger elementos y principios que han demostrado ser capaces de favorecer la reinserción social, como los permisos de salida, materializando así el principio de progresividad de la pena”. Además, se señala la “necesidad de modificar la forma en la cual se supervisa a los sujetos que acceden al beneficio de libertad condicional, dado que la

¹ Ley N° 20.507, de 2001, que incorpora a los condenados por delito de explotación sexual entre aquellos que podrán solicitar la libertad condicional luego de cumplidos los dos tercios de la condena; Ley N° 20.587, de 2012, que establece que corresponde a las comisiones de libertad condicional conceder este beneficio; Ley N° 20.685, de 2013, que establece que los condenados por determinados delitos (violación menor 14 años; acción sexual distinta del acceso carnal; elaboración material pornográfico; explotación sexual) podrán ser beneficiados por la libertad condicional, luego de cumplidos los dos tercios de la condena; la Ley N° 20.770, de 2014, en virtud de la cual los condenados por determinados delitos de la Ley del Tránsito podrán solicitar la libertad condicional luego de cumplidos los dos tercios de la condena; y la Ley 20.931, de 2016, que incorpora al listado de delitos del inciso tercero del artículo 3, en cuyo caso se debe cumplir dos tercios de la condena, los de los artículos 436 y 440 del CP, y el “homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones”.

evidencia empírica ha demostrado que los programas de acompañamiento del egreso y de transición a la libertad disminuyen la reincidencia”.

En su considerando 7° indica que “a juicio de los mocionantes, la libertad condicional no constituye un derecho, sino un beneficio que entrega el legislador como forma de alcanzar la reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad”.

II.- Estándares de Derechos Humanos

La evolución del Derecho Penal contemporáneo, y su ligazón con los instrumentos y estándares internacionales de derechos humanos, ha llevado a discutir si los “beneficios penitenciarios”, entre ellos la libertad condicional, son verdaderos derechos subjetivos o mera concesión o gracia de parte de la autoridad respectiva.

En esta discusión, cobra relevancia el que distintos instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos se refieran a la finalidad de las penas, pronunciándose a favor de la prevención especial positiva, específicamente entendida como reinserción social.

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos señala a propósito del derecho a la integridad personal que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (artículo 5.6).

En el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene en cuenta que las condiciones concretas de la privación de libertad puedan atentar contra esta finalidad, y que eso debe ser considerado por las autoridades pertinentes al momento de determinar y aplicar penas. Según la Corte IDH, en ese caso concreto, “Las situaciones descritas son contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas”².

En un nivel más general, al referirse a la necesidad de que las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana se guíen y limiten por estándares de derechos humanos, la Comisión IDH ha señalado que “la seguridad ciudadana debe ser concebida como una política pública, entendiendo por ésta los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado”, y que “necesariamente las políticas públicas deben ser sustentables, debido a que, por su naturaleza, requieren tiempos de ejecución en el mediano y largo plazo”. Lo anterior, en abierto contraste con la

² Corte IDH. Caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 101.

tendencia observada en la región con “un manejo del tema de la inseguridad ciudadana (que) se relaciona más con el desarrollo de debates electorales con interés en el corto plazo, que en el objetivo de informar adecuadamente a la sociedad y de convocar a las instituciones públicas, las organizaciones sociales, medios masivos de comunicación y a la comunidad en general, a reflexionar sobre los factores que inciden sobre esta problemática, y sobre las medidas realmente eficaces para mejorar las condiciones de vida de la población frente a la amenaza de la violencia y el delito”³.

En el Sistema de Naciones Unidas es el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) el que luego de proclamar que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, señala a continuación en su numeral 3 que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Comentando esa disposición, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 21 señala que “Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso. Se invita a los Estados Partes a que especifiquen si disponen de un sistema de asistencia pospenitenciaria e informen sobre el éxito de éste”⁴.

Como instrumento específico, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (redefinidas recientemente como “Reglas de Mandela”) contemplan en la regla 87 que: “Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz”.

A nivel interno, se puede afirmar que la reinserción social es la finalidad implícita que se extrae de la Constitución Política de la República de Chile, que en su artículo 1° consagra centralmente a la dignidad humana dentro de las Bases de la Institucionalidad, y que en su inciso cuarto señala que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Por otra parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica de

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/III.Doc.57, 2009, párrafos 52 y 53.

⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10), 44° período de sesiones, 1992, párrafo 10.

Gendarmería establece que “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley.”

El artículo 3° agrega que “corresponde a Gendarmería de Chile: e) Readaptar a las personas privadas de libertad en orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social.”

A su vez, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se señala en su artículo 1° que “la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

En síntesis, así definidos los objetivos y fines de la pena privativa de libertad, si bien las maneras precisas en que se puede entender el concepto de reforma, readaptación o reinserción social están abiertas al debate⁵, es claro con este marco que los llamados “beneficios penitenciarios” resultan una consecuencia necesaria tanto de la individualización de la pena, como de las finalidades positivas atribuidas normativamente a la misma. Así, ante la concurrencia de factores que den cuenta de una evolución positiva de la persona privada de libertad, ésta cuenta con el derecho a solicitar beneficios, cumpliéndose ciertos requisitos. Tal es precisamente la concepción que se plasma expresamente en la versión actual del Decreto Ley que se pretende modificar, que en el encabezado de su artículo 2 señala que se trata de un derecho: “Todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos”.

Así, la pena orientada a la reinserción social abre un escenario en que en la fase de ejecución cobran vital importancia los derechos de las personas condenadas, entre ellos, el derecho a solicitar la libertad condicional por parte de quienes cumplen con los requisitos señalados en la norma. Dicho escenario difiere radicalmente del contexto de ejecución de las penas cuando a ellas se les atribuye, en cambio, una finalidad meramente retributiva.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, al señalar por ejemplo que “la libertad condicional, según el artículo 1° de la ley aludida, es un modo particular de hacer

⁵ Cecilia Medina comentando el artículo 5.6 de la CIDH ha señalado que “la Convención no da ninguna orientación respecto de qué tipo de tratamiento debe darse a un condenado para conseguir este fin y es altamente probable, primero, que haya muchas maneras de conseguir este fin y, segundo, que estas maneras cambien como cambian las posiciones de la sociología criminal o de la criminología” (Cecilia Medina, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 209).

cumplir la pena en libertad por el condenado, quedando por supuesto dicha persona sujeta a las condiciones que la misma ley señala y por lo tanto bajo el control de la autoridad respectiva y de cuyo incumplimiento deriva necesariamente la revocación del aludido beneficio y por ende, se alza como un derecho de todo condenado, que sólo puede ser desestimado por razones objetivas y claramente comprobadas y no por criterios de presunciones que en el presente caso, no se indican expresamente y que por ello devienen en ilegales”⁶.

Adicionalmente, es necesario que el proceso de decisión acerca de la concesión de la libertad condicional respete el debido proceso, y especialmente el derecho a que quien esté solicitando la concesión de la misma a participar del procedimiento, y teniendo incluso el derecho a pedir que se revise la decisión inicial cuando ésta sea negativa.

III.- Contenidos del proyecto

El artículo 1 del decreto este proyecto busca modernizar el lenguaje, reemplazando así la referencia a que el condenado “se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social” por la referencia a que “se encuentra en proceso de intervención para la reinserción social”. En el artículo 2 se sustituyen los requisitos señalados para la obtención de la libertad condicional dándoles una expresión más adecuada a los tiempos actuales, pero de paso se realiza una importante modificación de fondo. En la regulación actual, en el encabezado se reconoce la libertad condicional como un derecho al establecerse que “todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos”. En cambio, en la propuesta legislativa en análisis la redacción es muy diferente, pues se habla de que “toda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, podrá postular al beneficio de libertad, siempre que cumpla con los siguientes requisitos...” (los subrayados son nuestros).

En cuanto a los requisitos, no se modifica el contenido en el numeral 1°, esto es, haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva. El numeral 2°, consistente en “Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumpla se condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno”, es reemplazado por “Haber sido calificada su conducta con nota “muy buena” en los tres bimestres anteriores a su postulación”. Los numerales 3° y 4° (“Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena”; “Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir”) son reemplazados por los

⁶ Corte Suprema, sentencia de 1 de julio de 2015, Rol de ingreso N° 8116-2015, considerando 3°.

siguientes: “3° Haber sido beneficiado y estar haciendo uso de alguno de los permisos de salida ordinarios establecidos en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; y 4° Contar con un pronóstico favorable de reinserción social”.

En el artículo 3, la propuesta parte por sustituir todas las alusiones a “los condenados” por “las personas condenadas”. En el primer inciso, además se sustituye “se les podrá conceder” por “podrán postular”.

En el tercer inciso se agrega al subsistema de delitos que requieren el cumplimiento de dos tercios de la pena los delitos de los artículos 436 y 440 del Código Penal, además del “homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones”.

En el inciso cuarto, donde el texto legal actual señala que “a los condenados a más de veinte años se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos diez años de la pena”, ahora se propone sustituir dicha frase por “las personas condenadas a más de cuarenta años, podrán postular al beneficio de libertad condicional sólo una vez cumplidos veinte años de la pena”.

En relación a las atribuciones de la Comisión de Libertad Condicional, agrega un inciso segundo en el artículo 5, donde se señala que esta deberá “constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2°, para lo cual solo se tendrán a la vista los antecedentes emanados por los funcionarios de Gendarmería de Chile o de la empresa concesionada, en el caso de establecimientos penitenciarios concesionados”. Además, se agrega un inciso tercero que señala que junto a esos antecedentes “para efectos de la concesión de la libertad condicional, la Comisión deberá considerar la gravedad del delito por el cual la persona fue condenada y la extensión del mal causado”.

Los antiguos incisos segundo y tercero del artículo 5 pasan en esta nueva versión a ser los incisos cuarto y quinto.

En el artículo 6 la referencia a que los condenados en libertad condicional “no podrán salir del lugar que se les fije como residencia” sin la autorización pertinente, y otras obligaciones adicionales, es modernizada en el sentido de que ahora se propone una referencia a que “las personas en libertad condicional quedarán sujetos (sic) a la supervisión de Gendarmería de Chile” (inciso primero).

En el inciso segundo se señala que el contenido concreto de sus obligaciones deberá constar en un “plan de seguimiento e intervención individual”. Este plan deberá elaborarse dentro de los quince días siguientes al otorgamiento del beneficio y “deberá contener las condiciones a las que deberá someterse la persona condenada, las que podrán consistir en reuniones periódicas, a lo menos mensualmente, con un funcionario designado a cargo de su seguimiento, la participación en programas de reinserción social y/o laboral y su

asistencia a establecimientos educacionales”. La persona a la que se concede la libertad condicional deberá firmar un compromiso de seguir estas condiciones. En caso de incumplimiento, Gendarmería deberá informar a la Comisión “para que esta se pronuncie respecto de la continuidad o revocación de la libertad, o la modificación de las condiciones impuestas”.

El artículo 7, referido a la revocación de la libertad condicional, es totalmente modificado en un nuevo texto que conserva de la redacción actual sólo la frase final:

“La libertad condicional podrá ser revocada por la Comisión de libertad condicional, a petición de Gendarmería de Chile, cuando la persona en libertad condicional fuere condenada por cualquier delito, o incumpliere las condiciones establecidas en su plan de seguimiento e intervención individual. En este caso, la Comisión ordenará el ingreso al establecimiento penal que corresponda, a fin de que cumpla el tiempo que le falte para completar su condena; y solo después de haber cumplido la mitad de este tiempo, podrá volver a postular a la libertad condicional, en las mismas condiciones y obligaciones señaladas”.

Por último, en el artículo 8, que se refiere a la posibilidad de obtener libertad completa una vez cumplida la mitad de esta pena, la redacción se actualiza quedando de la siguiente forma: “Las personas que se encontraren gozando del beneficio de libertad condicional, que hubieren cumplido la mitad de esta pena y las condiciones establecidas en su plan de seguimiento e intervención individual, tendrán derecho a que, por medio de una resolución de la respectiva Comisión, se les conceda la libertad completa”.

IV.- Análisis del proyecto

En primer término, la regulación que se pretende sustituir es vetusta y, pese a que ha sido modificada en no pocas ocasiones, resulta aconsejable una revisión que concluya en una reformulación profunda, acorde a los tiempos actuales y especialmente a los estándares de derechos humanos relacionados con ese aspecto del sistema penal. Por ello parecen positivos los aspectos del Proyecto donde se cumple con esa finalidad modernizadora y que se expresan, por ejemplo, en un lenguaje inclusivo que sustituye las alusiones a “los condenados” por la referencia a “las personas condenadas”. En el mismo sentido, también es valorable desde la perspectiva de un lenguaje acorde con el discurso de los derechos humanos que se hable de “proceso de intervención” y no de personas “corregidas”.

No obstante eso, la sustitución de las referencias al derecho de postular a la libertad condicionales por una concepción de la misma como beneficio va más allá de una cuestión meramente formal o de modernización del lenguaje, y evidencia una comprensión del

tema que se aparta de los estándares de derechos humanos ya mencionados, al punto de constituir un evidente retroceso.

Este retroceso se configuraría porque no existirían formas de que el postulante pruebe que efectivamente está en condición de ejercer sus derechos, y perdería sentido la finalidad asignada a las penas si es que, en definitiva, las posibilidades de reinserción efectiva dependen de una decisión administrativa, que en base a la información proporcionada por la autoridad penitenciaria decida conceder o no la libertad condicional como mera concesión, gracia o premio. Además, este retroceso jurídico se configura porque la consideración de la persona privada de libertad como carente de este derecho básico en su posición, vulnera incluso lo que señala el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que en su artículo 2 dice que “fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Como efecto práctico estimamos que esta modificación implicaría una tendencia a conceder menos libertades condicionales y a hacer menos factible la revisión de dichas decisiones, además de aumentar los niveles de arbitrariedad en la toma de decisiones.

Entendemos que la modernización de la libertad condicional debe insertarse en una estrategia política criminal de mediano y largo plazo, en el sentido señalado por la Comisión IDH en el Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos⁷, que busque reducir efectivamente los niveles de reincidencia y a la vez que se asegure una forma más adecuada de evaluar a los postulantes. Por lo tanto, los cambios no debieran implicar mayores obstáculos y restricciones que los existentes actualmente, en que de una población penal que supera las 44.000 personas privadas de libertad, la cantidad de beneficiados con libertad condicional alcanza a menos de 3.000 personas al año. En efecto, es dable suponer que el aumento de las exigencias para la concesión de la libertad condicional tendría efectos en cuanto a un aumento correlativo de la población penal⁸. Por el contrario, lo que este proyecto de ley debería garantizar es la posibilidad de control jurisdiccional de este tipo de decisiones, y el carácter racional y justo del procedimiento de concesión o denegación de los beneficios.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/III.Doc.57, 2009, referido en el capítulo sobre “Estándares de derechos humanos”.

⁸ Paz Ciudadana ha demostrado que “la cantidad de personas beneficiadas con la libertad condicional no sólo ha decrecido en términos netos, sino que también ha descendido drásticamente considerando su proporción en relación a la cantidad de condenados privados de su libertad, representando su otorgamiento un 11,5% del total de población reclusa condenada en 2000, frente a un 1,4% observado en 2010”. En términos netos, la disminución iba desde 1.836 personas a quienes se concedió el beneficio en el año 2000, a solamente 580 personas el año 2010 (Fundación Paz Ciudadana, Conceptos N° 30: Redescubriendo la libertad condicional, abril de 2013, p. 14). Dicha afirmación sigue siendo válida en términos generales, si bien las cifras de Gendarmería demuestran que a partir del año 2010 la concesión del beneficio ha ido en aumento, alcanzando a 987 personas a quienes se concedió la libertad el año 2012, 1.877 el 2013, y 3.146 el 2014 (con lo cual recién ahora se estaría alcanzando un número similar al de los años 1995 y 1996) (Gendarmería de Chile, Compendio estadístico penitenciario 2014, pp. 65-66).

En definitiva, un mejoramiento consistente de este subsistema depende de reformas que consideren los estándares de derechos humanos antes mencionados y que, además, contemple el establecimiento de una jurisdicción especializada en la ejecución de las penas.

El INDH ha recomendado a los poderes del Estado, desde su primer Informe Anual en el año 2010, “avanzar en la reforma al sistema penitenciario a fin que supere las condiciones indignas en que viven las personas privadas de libertad”, orientando esta reforma “hacia la resocialización de los/las internos/as y eliminar la sobrepoblación y hacinamiento carcelario”, y específicamente que “la realidad demuestra que es fundamental establecer tribunales con dedicación exclusiva para supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad”⁹. En el Informe 2011 se reitera esa misma recomendación¹⁰.

Aun cuando es valorable, desde la perspectiva de un lenguaje acorde con el discurso de los derechos humanos, que en la redacción propuesta para el artículo 1º se hable de “proceso de intervención” y no de personas “corregidas” como se indicara supra, puede presentar dificultades, toda vez que el sistema actual de reinserción social está estructurado sobre la base de una gradualidad entre los permisos de salida, que se justifican respecto de personas condenadas que están en proceso de reinserción, y la libertad condicional, que por el contrario supone a una persona ya resocializada, que ya no representa peligro para la seguridad de la sociedad. La redacción propuesta causa un cierto nivel de confusión entre ambos tipos de categorías.

En cuanto a los requisitos para conceder la libertad condicional, en particular el referido a la conducta del postulante, si bien resulta evidente que el comportamiento intramuros debe ser evaluado para efectos de determinar si procede o no el otorgamiento de libertad condicional, el sistema de calificación de conducta que aplica Gendarmería y regula el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios debería ser revisado profundamente, puesto que en los hechos está entregado a un Reglamento, y depende exclusivamente de la misma autoridad que tiene a su cargo el recinto penal. Tal como ya se señaló por el INDH en su Informe Anual 2011, “esta norma de naturaleza reglamentaria concentra casi la totalidad de la normativa relativa a la ejecución de la pena, desafiando el principio de reserva legal en materia de derechos”, principio en virtud del cual las regulaciones principales en materia de restricción de derechos deben encontrarse “definidas con precisión en la ley sin remisiones amplias a favor del reglamento”¹¹.

⁹ Informe Anual 2010, recomendaciones 11 y 12, p. 165.

¹⁰ Informe Anual 2011, “Al igual que en el Informe 2010, el INDH reitera la necesidad de establecer tribunales con dedicación exclusiva para supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad, en especial aquellas establecidas bajo el sistema de reclusión nocturna”, p. 270

¹¹ Informe Anual 2011, p. 24.

El régimen de sanciones disciplinarias que contempla el REP ha sido evaluado críticamente en el Estudio de condiciones carcelarias publicado por el INDH el 2013, puesto que “obedece a un procedimiento totalmente arbitrario y que descansa en los hechos relatados en el parte confeccionado por el o la funcionario/a a cargo del procedimiento, luego de lo cual el documento es enviado al Jefe de Unidad quien, sobre la base de esos mismos hechos y sin previa audiencia del interno/a sancionado/a, procede decretar la sanción de conformidad con el reglamento”¹².

En este contexto entonces, la propuesta legal en comento implicaría supeditar la concesión de la libertad condicional a un muy cuestionable procedimiento de aplicación de sanciones que está en manos de la propia autoridad penitenciaria, lo que podría hacer inalcanzable el requisito de la “buena conducta”. Adicionalmente, establecer dicho requisito encierra el peligro de instrumentalizar el sistema de beneficios dándole un carácter disciplinario, haciéndolo aplicable solamente respecto de quienes el propio establecimiento penitenciario considera como de conducta intachable.

También llama la atención que en el numeral 3 del artículo 2 se plantee exigir que el postulante haya sido beneficiado y esté haciendo uso de permisos de salida. Si bien en abstracto resulta razonable y coherente entender que en aras de la progresividad del tratamiento penitenciario las personas vayan transitando gradualmente desde beneficios restringidos a niveles más amplios de libertad, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se deja a cargo exclusivamente de Gendarmería la concesión de tales permisos, y las cifras disponibles demuestran que se conceden menos permisos de salida que libertades condicionales, así que en los hechos de aplicarse este requisito tal cual se viene haciendo en la actualidad, se restringiría excesivamente el otorgamiento de libertades condicionales en comparación al nivel actual, con lo cual se frustra la finalidad de reinserción proclamada¹³. Por lo demás, entendemos que bastaría con señalar que el postulante debe contar con un “pronóstico favorable de reinserción social”, caso en el cual es bastante probable que la persona se encuentre gozando de permisos de salida, sin necesidad de establecerlo como un requisito adicional.

En cuanto a la exigencia del artículo 3, como se señaló anteriormente, se propone incorporar dentro del catálogo de delitos en que se requiere haber cumplido dos tercios de la pena para poder postular a libertad condicional a los de homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile. Esta inclusión se enmarcaría dentro de un progresivo proceso de endurecimiento de la sanción de este tipo de delitos, que es problemático

¹² INDH, Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, 2013, p. 50.

¹³ Así lo señaló Paz Ciudadana en su intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recogida en las p. 9 y ss. del respectivo Informe de la Comisión. Además, señalan que GENCHI “ha demostrado tener políticas cambiantes respecto del otorgamiento de permisos de salida, por lo tanto esos cambios afectarán a la libertad condicional si se condiciona su concesión a la obtención previa de los permisos”.

por cuanto vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que como el INDH ya ha manifestado “tan sólo resulta legítimo en un Estado de Derecho hacer distinciones que se basen en la aplicación del principio de igualdad, y por ende se orienten a corregir una situación de hecho en que exista una diferencia que se estime necesaria de ser compensada en base a criterios de razonabilidad y que cumplan además con el principio de proporcionalidad”, y que “no parece existir una necesidad racional de aumentar las penas en relación a los delitos señalados cuando cierta categoría de trabajadores sea el sujeto pasivo”¹⁴.

Por lo demás, dicha inclusión, además de la de los artículos 436 y 440 del Código Penal en el inciso tercero del artículo 3, ya se produjo mediante la aprobación de la Ley 20.391 (conocida como “Agenda Corta”), publicada el 5 de julio de 2016.

En el artículo 5, llama la atención el que se esté proponiendo que para efectos de que la Comisión de Libertad Condicional compruebe la concurrencia de los requisitos del artículo 2 puede tener a la vista “solo” los antecedentes que emanen de funcionarios de Gendarmería de Chile o de la empresa concesionada. No se aprecia ninguna justificación razonable para señalar tal limitación, y además “han sido criticados por el mundo experto, considerando que no se basan en evaluaciones de riesgo y recaen exclusivamente en juicio clínico, por esencia subjetivo”¹⁵. Por lo demás, esta propuesta pasa por alto el que la contradictoriedad es un principio básico en todos los procedimientos administrativos, tal como señala expresamente la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado¹⁶, y ha sido además señalado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren al debido proceso aplicado a la actuación administrativa¹⁷.

¹⁴ Ver al respecto el Informe del INDH sobre el Proyecto de Ley que aumenta las protecciones legales y beneficios aplicables a los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad, Boletín N° 8.995-07, 2013, p. 16.

¹⁵ Fundación Paz Ciudadana en su intervención ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 13 del respectivo Informe de la Comisión a raíz de la discusión Boletín N° 10.696-07. Por su parte, el Instituto Libertad y Desarrollo ha señalado que “sería conveniente que en la evaluación y realización de los informes no sólo participen funcionarios de gendarmería, sino también profesionales externos e independientes, o a lo menos se realicen auditorías a dichos informes, con el objeto de elevar la calidad de los reportes y que efectivamente constaten si los presos se encuentran en condiciones de reinsertarse a la vida social” (Temas Públicos, N° 1254-I, 13 de mayo de 2016, p. 3).

¹⁶ “Artículo 10: Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.

¹⁷ Por ejemplo: Sentencias 513, 1393, 747 y 783, referidas en Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander (editores), Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), p. 111.

Al igual que con lo señalado a raíz de la calificación de conducta y el otorgamiento de permisos de salida, esta propuesta implicaría dejar en los hechos entregado únicamente a Gendarmería el poder de decisión acerca de la concesión de las libertades condicionales, revistiendo el doble carácter de órgano ejecutor de las penas privativas de libertad y además el de evaluador del comportamiento de las personas que postulan a la libertad condicional, dejando a las respectivas Comisiones el único rol de pronunciarse en los casos en que hayan evaluado buena conducta por parte de los postulantes, pronunciamiento que se haría sólo en base a los antecedentes suministrados por Gendarmería

Al respecto, la Corte Suprema se ha pronunciado en el sentido de que, tratándose de “un derecho de todo individuo condenado, siempre que se reúnan los requisitos que la misma norma señala”, “si bien para dar por cumplidas las condiciones de procedencia de este beneficio se requiere de un pronunciamiento del Tribunal de Conducta respectivo”, “el informe negativo del mencionado tribunal ha de aportar factores concretos que desvirtúan la concurrencia de los elementos que la ley ordena considerar”. Al no ser desvirtuadas estas condiciones en dicho caso, la Corte Suprema conociendo de la apelación de un recurso de amparo revocó la sentencia de primera instancia y concedió la libertad condicional a un interno del CDP Arauco¹⁸.

Cabe tener en cuenta que si bien la Ley 20.587 modificó el órgano encargado de decidir acerca de la concesión o denegación de la libertad condicional, no estableció regulación alguna relativa a su forma de operar, subsistiendo así la vetusta regulación contenida en el Decreto 2442 del Ministerio de Justicia, que establece el Reglamento de Libertad Condicional, que data del año 1926 y no ha sido modificada desde 1991.

En espera de una regulación acorde a los tiempos actuales¹⁹, lo que sin duda debemos entender es que la función de estas Comisiones es la de verificar si se cumplen los requisitos establecidos por el DL 321. Al efecto, y tal como ha entendido la jurisprudencia nacional, sin perjuicio de la posición que se adopte respecto al carácter de derecho subjetivo o beneficio discrecional de la libertad condicional, “para acceder al mismo es menester cumplir determinadas exigencias que la ley impone, por lo que denegarlo sin más, cuando todas

¹⁸ Corte Suprema, sentencia de 30 de junio de 2015, Rol 8052-15, considerandos 2° y 3°.

¹⁹ En Magallanes la Comisión de Libertad Condicional aprobó un “proyecto de funcionamiento operativo” a iniciativa de la DPP, que incluye un procedimiento regulado en 10 artículos. En la introducción de dicho documento se señala que aunque este tiene el carácter de procedimiento administrativo, “lo mínimo que un estado de Derecho, puede tolerar es un procedimiento que al menos cumpla con los requisitos de la ley 19.880, máxime si la cuestión a resolver son actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, por ello deben ser motivados y, aunque no importan ejercicios de la jurisdicción, se debe respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5 del artículo 19 de la Constitución” (Rol Adm. N° 65-2011, 22 de julio de 2011). A su vez, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha procedido a dictar un Auto Acordado que regula el funcionamiento de estas Comisiones.

ellas han sido satisfechas con creces, es una decisión de autoridad que contraría la idea de un Estado de Derecho”²⁰.

También dentro del artículo 5, cabe referirse a la propuesta de considerar la gravedad del delito y extensión del mal causado para efectos de conceder o no la libertad condicional. Ambos elementos ya fueron apreciados en la imposición de toda condena, por mandato del artículo 69 del Código Penal, así que el volver a considerarlos en esta etapa de la ejecución de la pena parece un contrasentido, además una posible doble valoración. Por lo demás, lo decisivo en esta fase es la orientación a la reinserción social, y evitar la reincidencia, no volver a señalar algún tipo de reproche por el delito cometido²¹. Y, en todo caso, ya está considerado en el artículo 3 el que en virtud de la gravedad de determinados delitos el otorgamiento de la libertad condicional tenga requisitos más exigentes que respecto del común de los delitos.

Por lo demás, como el INDH ha señalado previamente, incluso en los casos de condenados por crímenes de lesa humanidad, es posible hacer reducciones de condena cuando, de acuerdo a la regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma “la conducta del condenado durante su detención (...) revele una auténtica disociación de su crimen” y existan “las posibilidades de reinsertar en la sociedad u reinsertar exitosamente al condenado”, cumpliéndose con ciertos requisitos como el control judicial, transparencia en el otorgamiento de los beneficios y considerar el rol de las víctimas²². Lo anterior, sin perjuicio de que tal como ha señalado la Corte IDH, “el otorgamiento indebido de beneficios en la ejecución de la pena puede eventualmente conducir a una forma de impunidad, particularmente cuando se trate de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos”²³.

V.- Conclusiones

- I.- Se valora positivamente la intención de actualizar el sistema de la libertad condicional y la terminología existente, adecuándolos a los tiempos y marco normativo actual, sobre todo en relación con los estándares de derechos humanos pertinentes.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de abril de 2008, Rol 612-2008.

²¹ De acuerdo a otro estudio, la reincidencia es mucho menor en quienes obtienen libertad condicional (23,4%) en comparación a la de quienes egresan de la cárcel sin beneficios (58%) (La reincidencia en el sistema penal chileno, Fundación Paz Ciudadana/Universidad Adolfo Ibañez, 2012).

²² Informe sobre los beneficios carcelarios concedidos a condenados por los secuestros seguidos de homicidios de José Manuel Parada Maluenda, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino Allende, minuta aprobada por el Consejo del INDH el 5 de agosto de 2013, pp. 8-9.

²³ Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, resolución de 7 de septiembre de 2012, Supervisión de cumplimiento de sentencia, párrafo 55.

- 2.- Se reitera lo ya señalado por el INDH en otros informes, en el sentido que resulta necesario establecer jueces/as especializados en control de ejecución de la pena, todo ello dentro de una reforma profunda al sistema penal en su conjunto.
- 3.- Constituye motivo de preocupación el que en este Proyecto de ley se opte por eliminar del texto legal las referencias a la libertad condicional como un derecho, y se manifieste que se le concibe meramente como un beneficio. Entendemos que efectivamente las personas privadas de libertad tienen derecho a postular a la libertad condicional y deben participar activamente del proceso de evaluación y concesión del mismo, en el marco del debido proceso.
- 4.- Resulta criticable que a nivel de requisitos para la concesión de la libertad condicional se contemplen elementos tales como la calificación de conducta y permisos de salida, además del uso exclusivo de informes provenientes de Gendarmería o la empresa concesionaria, pues así en los hechos se deja entregada a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias la concesión de la misma.
- 5.- Por último, también resulta criticable la inclusión de delitos en contra de funcionarios/as policiales o de Gendarmería dentro del catálogo de delitos en que se exige un plazo mayor –dos tercios de condena cumplida– por afectar la igualdad ante la ley, además de la propuesta de considerar de nuevo los criterios de gravedad y extensión del mal causado.

8

Agenda Corta Antidelincuencia

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

Boletín N° 9885-07¹

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos 18 de abril de 2016 - Sesión 299.

I.- Resumen Ejecutivo

El presente informe se refiere al Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07) cuya tramitación se inició con la presentación por la Presidenta de la República del Mensaje N° 1167-362, el 23 de enero de 2015, actualizado al estado de tramitación del mismo a inicios de marzo del 2016, es decir, en segundo trámite constitucional, y según la versión resultante tras pasar por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

En primer lugar, el informe se refiere a los antecedentes de este Proyecto, tal cual son manifestados en el Mensaje referido.

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

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

II.- Antecedentes del proyecto

En el Mensaje del Proyecto de Ley de referencia se señala que se busca enfrentar el aumento de la criminalidad y la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, y lo

¹ Actualizado en relación a la versión aprobada en segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Abril de 2016.

hace tomando la decisión de “combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio”.

A lo largo de su fundamentación se reitera la necesidad de “recoger los avances de la investigación empírica” y las “propuestas de mejoramiento” del sistema “recabados desde la instalación de la Reforma Procesal Penal por las diferentes comisiones de expertos, instituciones y académicos que han evaluado su funcionamiento” si bien no se hace referencia explícita a las investigaciones o documentos en que constan tales propuestas.

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

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

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

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

los Tribunales de Tratamiento de Drogas; defensa de las víctimas del delito mediante la creación de un Servicio Nacional de Apoyo a Víctimas.

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

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

Durante la tramitación posterior de este proyecto de Ley, se agregaron mediante diversas indicaciones modificaciones a un número considerable de cuerpos legales no previstos inicialmente:

- 9.- Código de Justicia Militar.
- 10.- Decreto ley 2460 (Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile).
- 11.- Decreto Ley 2859 (Ley Orgánica de Gendarmería de Chile).
- 12.- Ley 19.640 (Ley orgánica del Ministerio Público).
- 13.- Ley 19.665 (Reforma el Código Orgánico de Tribunales).

III.- Estándares de derechos humanos

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

Atendido los fines y contenido del proyecto, si bien éstos se relacionan con las garantías tanto sustantivas como procesales que en lo esencial se encuentran reguladas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 14 y 15²), y en la Convención

² “Artículo 14:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior; conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la

Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 9)³, las principales observaciones al proyecto se extraen más bien de los estándares que dicen relación con límites y principios que deben ser respetados y aplicados en el diseño de la actividad político-criminal que desde el Estado vela por la seguridad pública. Concretamente, los estándares relevantes en esta discusión dicen relación con el principio de proporcionalidad en la imposición de penas (también conocido como principio de prohibición de exceso), y con el principio de igualdad y no discriminación, los cuales se vinculan con el debido proceso legal y las garantías penales de fondo⁴.

ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Artículo 15:

- “1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

³ “Artículo 8. Garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

“Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

⁴ La Comisión IDH se ha referido a la obligación que tienen los Estados de implementar políticas de seguridad que tengan en cuenta el derecho a las garantías procesales y a la protección, y “en especial: respetar los principios

III. I. Política criminal y seguridad democrática

La seguridad es una necesidad humana. Si asumimos lo anterior podríamos definir a la seguridad humana como la condición de vivir libre de temor y libre de necesidad⁵. Por ende toda política de seguridad que provenga del Estado necesariamente debe estar encaminada a satisfacer las necesidades reales de los seres humanos y de esta forma asegurar las condiciones mínimas de una vida digna. De tal manera que, y traduciendo lo anterior al ámbito normativo, las políticas de seguridad emprendidas por el Estado son fundamentales en la medida que se constituyen en uno de los instrumentos principales para la protección de los derechos humanos como la vida, la integridad física y psíquica, la vivienda, la educación, etc.

En este contexto, la seguridad ciudadana –especie de seguridad humana– específicamente tiene un rol preponderante en la protección de “un núcleo básico de derechos, incluidos el derecho a la vida, el respeto a la integridad física y material de la persona y su derecho a tener una vida digna”⁶, los cuales pueden verse amenazados por eventuales comisiones de delitos.

Efectivamente comprender en su real dimensión el fenómeno del “delito” implica asumir que al igual que otros problemas sociales, su ocurrencia afecta más intensamente –ya sea que provenga de delitos callejeros, criminalidad organizada y/o corporativa– a los grupos vulnerables y más postergados de la sociedad. En este sentido, razón tiene el proyecto al sostener que, sea cual fuere la dirección de donde provenga el delito, las víctimas y grupos vulnerables siempre son las que deben soportar la acumulación de distintos tipos de delitos (contra la propiedad y contra el orden financiero), además de los demás problemas sociales (como el desempleo o la mala calidad de la educación, etc.)⁷.

La anterior explica que una política criminal o de seguridad ciudadana no debe basarse exclusivamente en una estrategia punitiva para reducir los índices de criminalidad sino que debe ser parte de una política social integral que comprenda “la mejora de la calidad de vida de la población, la acción comunitaria para la prevención de delito, una justicia accesible, ágil y eficaz, una educación que se base en valores de convivencia pacífica, el respeto a la ley, en la tolerancia y la cohesión social”⁸. Precisamente lo que se quiere destacar es que si bien es importante reconocer el impacto del delito en la vida de las

fundamentales de derecho penal reconocidos internacionalmente: presunción de inocencia; *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege y non bis in ídem*” (Comisión IDH, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, recomendación específica N° 16, letra a).

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

⁶ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, op. cit., p. 5.

⁷ Lea John, Young Jock, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, pp. 264 y 265.

⁸ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, op. cit., p. 6.

víctimas y en desarrollo de toda la sociedad, de la misma manera es fundamental entender que la seguridad ciudadana, en tanto forma específica de la seguridad humana, no puede agotarse en la “mano dura” o la “guerra contra la delincuencia” sino que debe enmarcarse en políticas (comunitarias, urbanísticas, institucionales, etc.) que de manera integral permitan hacer frente al delito y sus consecuencias negativas. Esto nos permitirá avanzar no exclusivamente hacia una cultura de la “seguridad” –con la respectiva restricción de garantías fundamentales– sino que nos permitirá avanzar hacia una cultura de “seguridad de los derechos”⁹.

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

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

Las políticas de mano dura –con un enfoque punitivo que privilegia la represión, el aumento en la severidad de las penas y el uso de la fuerza– han tenido repercusiones negativas, muchas de ellas inesperadas, entre las cuales destacan el aumento en los niveles de violencia letal, el fortalecimiento de redes criminales, el congestionamiento de los sistemas carcelarios –ya sobrecargados–, violación de derechos humanos –particularmente en contra de jóvenes y menores de edad y abuso de autoridad”¹⁰.

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

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

⁹ Baratta Alessandro, “El concepto actual de seguridad en Europa”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 2001, Núm. 8, p. 19.

¹⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, op. cit., p. 182.

- b) 1994-1997: incremento del 41% de las demandas penales contra el NYPD por abusos cometidos durante las operaciones policiales.
- c) 1993-1994: incremento del 35% del número de civiles muertos por el NYPD durante las operaciones de policía.
- d) 1993-1994: aumento del 53% del número de personas fallecidas en circunstancias sospechosas durante la custodia policial.
- e) 1992-1997: los resarcimientos abonados a civiles por violencia cometida por el NYPD pasaron de 13,5 millones de dólares a 24 millones de dólares¹¹

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

- a) La sospecha de prácticas abiertamente racistas por parte del NYPD: el 75% de los que denuncian violencia por parte de la policía está constituido por afroamericanos y latinos, mientras que el 21% de blancos. Los porcentajes, si los miramos desde los policías acusados de violencia, se invierten: el 69% de los policías acusados son blancos y el 12% son policías afroamericanos o latinos.
- b) La existencia de un código del silencio, como parte de una cultura dentro del NYPD, incluso auspiciada por Bratton. Desde 1977 a la fecha del informe había habido solo una condena por homicidio¹².

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el año 2009 un Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, donde se apunta a la construcción de un “gobierno de la seguridad”, concebido como “*la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito*”¹³. Esta perspectiva es acorde al grado de desarrollo actual

¹¹ Di Giorgi Alessandro, *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control.*, Barcelona, Editorial Virus, 2005, pp. 168-169.

¹² Amnesty International, *United States of America: Police brutality and excessive force in the New York City Police Department*, 1996, citado en Di Giorgi, op. cit., p. 169.

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, párrafo 74.

del Derecho internacional de los Derechos Humanos, y se diferencia notoriamente de la tendencia previa a entregar todos esos temas a las fuerzas de seguridad¹⁴.

Adicionalmente, la Comisión IDH entiende que si bien *“los Estados Miembros tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad”, ello debe hacerse “a partir de las orientaciones y dentro de los límites que establecen los estándares y los principios de derechos humanos recogidos en el marco de los Sistemas Universal y Regional de derechos humanos”*¹⁵. Así, en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad *“en ciertas ocasiones los Estados miembros pueden limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos”, pero “estas limitaciones o restricciones solamente se ajustan a los estándares internacionalmente aceptados en materia de derechos humanos cuando se aplican respetando los principios de necesidad; finalidad legítima; proporcionalidad; razonabilidad y no discriminación”*¹⁶.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que *“en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”*¹⁷.

III.2. Principio de proporcionalidad

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

En relación con lo anterior, también hay que tener en cuenta que la Convención Americana se pronuncia expresamente acerca de la finalidad que deben tener las penas privativas de libertad, cuando en el artículo 5.6 señala que ésta será *“la reforma y la readaptación social de los condenados”*. A partir de ello, Cecilia Medina ha comentado que *“en estricto rigor, las penas deberían controlarse a la luz de todas las limitaciones existentes para la*

¹⁴ El INDH se ha referido en detalle a esto en el capítulo I, “Seguridad democrática y derechos humanos”, de su Informe Anual 2012.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.57, 2009, párrafo 227.

¹⁶ *Ibid.*, párrafo 228.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 76.

restricción de un derecho humano, y determinarse, por ejemplo, si la pena es conducente para alcanzar el objetivo, que en el caso de la pena privativa de libertad no será solamente el proteger los derechos de terceros, sino que también 'la reforma y la readaptación social de los condenados'"¹⁸.

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

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional (TC) en numerosas sentencias, donde ha dado aplicación al llamado "test de proporcionalidad" desarrollado en la doctrina alemana por Alexy, exigiendo que exista una relación de razonabilidad entre los medios legítimos utilizados y el fin que se persigue por el legislador. A modo de ejemplo, el TC ha señalado que la regulación legal de los derechos consagrados en la Carta Fundamental "*debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos*"²⁰.

En otra sentencia, el TC señaló que "*si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando, por ende, tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes*"²¹.

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

¹⁸ Cecilia Medina Quiroga, *La convención americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, pp. 350-351.

¹⁹ Humberto Nogueira, *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno*", en: Miguel Carbonell, coordinador; *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago, Librotecnia, 2010, p. 374.

²⁰ STC Rol 541-06, de 13 de julio de 2006, considerando 15.

²¹ STC Rol N° 1.061-08, de 17 de abril de 2008, considerando 17.

más intensa (privación de libertad de personas, sea como pena o como medida cautelar) como *ultima ratio*.

Esta afirmación debe relacionarse con el mandato constitucional de racionalidad y justicia que se consagra a raíz del debido proceso legal (artículo 19 N°3), y que se extiende no sólo a cuestiones estrictamente procesales penales. Además, estas consideraciones hacen necesario aplicar y tener también siempre en cuenta la manera en que distintas medidas y políticas afectan a los derechos fundamentales reconocidos tanto en el artículo 19 como en el 5 de la Constitución. En relación a esto, el TC ha tenido ocasión de señalar que, si bien en principio la facultad de determinar penas y sus modalidades de cumplimiento es resorte del legislador, la justicia constitucional debe resguardar el que *"las penas deben obedecer a fines constitucionalmente lícitos sin que se vulneren los límites precisos que la Constitución ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inc. 2°, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inc. 2° del artículo 5° CPR que impone a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano"*²².

III.3. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra a la base de todo el sistema de garantías y protección de derechos humanos, y necesariamente debe aplicarse también en el Derecho Penal, que regula precisamente la afectación de derechos de las personas mediante la intervención punitiva del Estado. Una derivación o "corolario negativo" del principio de igualdad es la exigencia a los Estados de que las personas sean tratadas sin discriminación²³.

En el sistema universal, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁴ prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Una fórmula similar se repite en el artículo 2° la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual en definitiva todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los tratados respectivos para todos sin ningún tipo de discriminación e

²² STC Rol N° 786-07, de 13 de junio de 2007, considerando 30.

²³ Patricia Palacios, *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del comité de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p. 29.

²⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵, en su artículo 26 establece la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizándoseles una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El Comité de Derechos Humanos, para resolver los casos de supuesta discriminación presentados a dicho organismo en relación con el Pacto, ha señalado que esta *“debe entenderse referida a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*²⁶.

Por su parte, la Corte IDH en una Opinión Consultiva ha hecho notar que *“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio”*. Así, *“no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”*²⁷.

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

²⁵ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y el instrumento de ratificación depositado en la Secretaría General del referido organismo el 10 de febrero de 1972. Se promulgó por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

²⁶ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 18: No Discriminación*, 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

²⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrafo 54.

razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"²⁸.

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

IV.- Contenido del Proyecto de Ley

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

IV.I. Modificaciones al Código Penal

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

Además, posteriormente fue incorporada una modificación del artículo 433, que en la versión actual es del siguiente tenor:

“Artículo 433. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:

- 1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1.
- 2°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo cuando, con ocasión o motivo del robo, se cometieren lesiones de las que trata el número 2 del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito”.

En el 449 se señala que para la determinación de la pena en relación a los delitos de los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título IX del Libro II de dicho Código no se aplicará lo establecido

²⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrafo 57.

en los artículos 65 a 69, y se estructura un sistema especial de determinación de penas en cuatro numerales.

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

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

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

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

Posteriormente, la referencia a las disposiciones del CP fue modificada, y en la versión aprobada por la Comisión de Constitución del Senado la alusión es hecha específicamente respecto a “los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A”.

Además, en la versión actual el artículo 449 contiene sólo dos numerales:

- “1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

- 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimo si consta de un solo grado”.

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

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

Dicha disposición sufrió varias modificaciones, y en la versión actual señala lo siguiente:

“Artículo 449 bis. Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinadas a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo”.

En concordancia con esto, adicionalmente se suprime en el artículo 456 bis el numeral 3, que consideraba agravante el “ser dos o más los malhechores”.

Además, la versión actual del proyecto de ley contempla incorporar en el artículo 456 bis A un nuevo inciso final que señala lo siguiente:

“Si el valor de lo receptado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se impondrá el grado máximo de la pena o el máximo de la pena que corresponda en cada caso”.

Finalmente, una reforma no contemplada en el proyecto original pero que ha sido agregada en la versión actual, agrega en el artículo 496 del CP un nuevo número 3 lue señala que sufrirá multa de 1 a 4 UTM “El que obstaculizare o impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales”.

IV.2. Modificaciones al Código Procesal Penal

El artículo 2 del proyecto contiene varias modificaciones al CPP que según se declara tienden a aumentar las capacidades de investigación, limitar la aplicación del principio de

oportunidad, y modificar el régimen de la suspensión condicional del procedimiento. Cabe destacar que estas modificaciones no se limitan a la persecución de los delitos a los que se alude en las modificaciones del CP (DMCS contra la propiedad), sino que modifican el régimen general regulado en el CPP.

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

En la versión actual del proyecto se modifica también la letra c) del artículo 83, dejando así el texto de su primer inciso:

- “c) Resguardar el sitio del suceso. Deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su comisión, fueren estos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento; impedirán, además, el acceso a toda persona ajena a la investigación y evitarán que se alteren, modifiquen o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho, o que se remuevan o trasladen los instrumentos usados para llevarlo a cabo”.

A su vez, la versión actual de la reforma a la letra d) fue variando hasta llegar a esta:

- “d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que estos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con la instrucción general que dicte el fiscal nacional según lo dispuesto en el artículo 87”.

Durante la tramitación del proyecto en la Comisión de Seguridad Ciudadana, surgió una indicación que incorpora al CPP un artículo 85 bis, sobre “control de identidad preventivo”, cuestión que hemos abordado en otro Informe específico sobre el tema. La tramitación posterior derivó en que dicha forma de control de identidad queda regulada en el artículo 12 del proyecto, no en un artículo 85 bis. De todas formas, se optó por modificar

también el artículo 85, entre otras cosas reemplazando las alusiones a la necesidad de “existencia de indicios” por “algún indicio”, en singular; y agregando un artículo 87 bis nuevo que establece responsabilidades administrativas de los funcionarios policiales que incumplan las instrucciones impartidas por los fiscales.

Una modificación importante surgió también con posterioridad al proyecto inicial, y consiste en que en el artículo 89 del CPP, que regula el “examen de vestimentas, equipajes y vehículos” del/a detenido/a, y donde se elimina la frase final que ponía como requisito que dicho examen se hiciera “cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

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

La versión actual de la tramitación del proyecto contempla intercalar estos dos nuevos incisos segundo y tercero:

“Además, podrá decretarse la detención del imputado por un hecho al que la ley asigne una pena de privativa de libertad de crimen.

Tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos”.

Adicionalmente, se agrega este nuevo inciso final:

“La resolución que denegare la orden de detención será susceptible del recurso de apelación por el Ministerio Público”.

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

Con posterioridad se incorporó a dicha disposición un nuevo inciso sexto que señala lo siguiente:

“En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para practicar la respectiva detención. En este caso, la policía podrá registrar el lugar e incautarse de los objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará. Lo anterior procederá sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215”.

También se agregaron enmiendas al artículo 130, que se refiere a la situación de flagrancia, incorporando una letra f) que se refiere a “el que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito”.

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

La tramitación posterior incluyó una posibilidad adicional de llevar a cabo una suspensión de la audiencia hasta por dos horas, y contemplando que “transcurrido este plazo sin que concurriere ninguno de ellos, se procederá a la liberación del detenido”.

También se ha agregado un nuevo artículo 132 bis, que se refiere a la posibilidad de apelación de una declaración de ilegalidad de la detención, y señala lo siguiente:

“Artículo 132 bis.- Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N° 17.798 y N° 20.000 que tengan penas de crimen o simple delito, y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal en el sólo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable”.

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

La versión actual señala en el inciso cuarto de este artículo la alusión a que el sujeto se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal “como orden de detención judicial pendiente u otras”. A su vez, el inciso final actual señala que “para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado”.

En el artículo 149, sobre recursos relacionados con la prisión preventiva, se ha acogido la idea de reemplazar el inciso segundo por el siguiente:

“Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N° 17.798 y N° 20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del Tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva, no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados”.

En el artículo 150, sobre ejecución de la medida de prisión preventiva, la tramitación posterior del proyecto propone reemplazar el inciso quinto actual por el siguiente, que hace más exigentes los requisitos para obtener permisos de salida:

“El tribunal podrá excepcionalmente conceder al imputado permiso de salida por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del referido permiso, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva”.

También innovando respecto del proyecto original, se ha incorporado al artículo 155, que se refiere a otras medidas cautelares personales distintas de la prisión preventiva, una letra i) que contempla “la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado”.

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

Dicho inciso fue modificado en la tramitación en el Senado, resultando actualmente en el que sigue:

“El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma”.

Si bien tampoco estaba considerado en el proyecto inicial, se ha agregado en el artículo 182, relativo al secreto de actuaciones de la investigación, una frase final al inciso tercero

que señala que el secreto de determinadas piezas dispuesto por el fiscal por un plazo máximo de 4º días, "podrá ser ampliado por el mismo período, por una sola vez, con motivos fundados. Esta ampliación no será oponible ni al imputado ni a su defensa".

Una de las indicaciones surgidas durante la tramitación en el Senado incorporó un inciso final al artículo 191 (que regula la prueba anticipada), que señala que: "Sin perjuicio de lo anterior, la inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia en la que se rinde la prueba anticipada".

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

La tramitación en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados llevó a modificar ligeramente la propuesta original y, en vez de hablar de "hecho investigado", se optó por "hecho constitutivo de delito".

Posteriormente, en el Senado, se optó por dejar la siguiente redacción: "o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren".

En el artículo 215, que al reglar la situación del hallazgo de objetos o documentos no relacionados con el hecho investigado, pero que permiten "sospechar la existencia de un hecho punible distinto", y en que la regulación vigente señala que "podrán proceder a su incautación previa orden judicial", una indicación surgida durante la tramitación en el Senado reemplaza la frase final por esta: "podrán proceder a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará".

Durante la tramitación en la Comisión de Constitución del Senado, surgió un importante y bastante detallado artículo 226 bis, sobre "técnicas especiales de investigación":

"Artículo 226 bis.- Técnicas especiales de investigación. Cuando la investigación de los delitos contemplados en la ley N° 17.798, en el artículo 190 de la ley N° 18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización destinada

a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aún cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas.

Además, cumpliéndose las mismas condiciones establecidas en el inciso anterior y tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal y de los delitos a que hace referencia el inciso anterior; el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la ley N° 20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclarecimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en éstos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.

Asimismo, cumpliéndose las condiciones señaladas en los incisos anteriores y tratándose de los delitos contemplados en la ley N° 17.798, podrán utilizarse, además, agentes reveladores.

Para la utilización de las técnicas referidas en este artículo, el Ministerio Público deberá siempre requerir la autorización del juez de garantía”.

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

También durante la última fase de tramitación hasta ahora, fueron incorporadas numerosas modificaciones a artículos como el 191 (ya referido, sobre rendición de prueba anticipada, sin presencia del imputado), 247 (sobre plazo para declarar el cierre de la investigación), 307 (individualización del testigo), 308 (protección de testigos), 329 (peritos y testigos en la audiencia de juicio oral), 331 (reproducción en la audiencia de juicio oral de declaraciones anteriores), 395 (resolución inmediata), 396 (realización del juicio simplificado), 406 (presupuestos del procedimiento abreviado) y 407 (oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado).

A efectos de esta actualización, por razones de espacio, no nos referiremos a todas esas propuestas, sino a aquellas que tienen un mayor impacto en relación a la vigencia efectiva de los estándares de derechos humanos que se han señalado en este documento.

Principalmente llama la atención el que mediante el juego de las reformas propuestas a la rendición de prueba anticipada y al juicio simplificado, se está haciendo posible la realización de verdaderos juicios en ausencia del imputado. Ya referimos más arriba lo relativo al artículo 191, que posibilita que el juez reciba prueba anticipada sin presencia del imputado cuando éste ha sido debidamente notificado. En el artículo 396 se agrega un inciso final de similar inspiración:

“En caso que el imputado requerido, válidamente emplazado, no asista injustificadamente a la audiencia de juicio, el tribunal recibirá la prueba testimonial y pericial del Ministerio Público, de la defensa y del querellante, en carácter de prueba anticipada, conforme lo previsto en el artículo 191 del este Código, sin que sea necesaria su comparecencia posterior al juicio”.

En cuanto al procedimiento abreviado, se está modificando el artículo 406 para que donde la disposición actualmente vigente dice que es posible aplicarlo respecto de hechos en que el fiscal requiera la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, ese tope se eleve a “diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo”.

IV.3. Modificaciones a otros cuerpos legales

a) Ley 18.216. (de penas sustitutivas)

Se agrega (sin referir a qué artículo) un inciso final que señala que “Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33”. Posteriormente se aclara que ese inciso final se agrega al artículo 1.

Se intercala un nuevo artículo, 2º bis: “Las penas del artículo 1º y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables, en los casos de condenados por delitos de hurto y robo contemplados en los párrafos 1 a 4 bis, inclusive, y 456 bis A, del Título IX del Libro II del Código Penal, a aquellos respecto de los cuales se haya podido obtener la huella genética de acuerdo a las previsiones de la ley Nº 19.970 y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33 establece la presente ley y su reglamento”²⁹.

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

²⁹ Para efectos de facilitar la lectura de este documento, señalamos a continuación en qué consisten las referencias a estos delitos del Código Penal: 433: robo con violencia o intimidación calificado; 436: robo con violencia o intimidación simple; 440: robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación; 443: robo con fuerza en bienes nacionales de uso público; 443 bis: robo con fuerza de cajeros automáticos; 448 bis: abigeato.

Finalmente, la versión aprobada en el segundo trámite señala lo siguiente:

“Las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables por los delitos previstos en los artículos, 443, 443 bis y 448 bis del Código Penal, a aquellos condenados respecto de quienes se tome la muestra biológica para la obtención de la huella genética, de acuerdo a las previsiones de la ley N° 19.970, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33 establecen esta ley y su reglamento.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal deberá ordenar la diligencia señalada en la respectiva sentencia. En aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no compareciere para tales efectos, el tribunal podrá revocar la pena sustitutiva y ordenar que se cumpla la pena efectiva”.

También durante la tramitación en la Comisión de Constitución del Senado se decidió hacer una modificación al artículo 8 letra b), referido a los requisitos para la aplicación de la reclusión parcial, que incorpora el siguiente párrafo final:

“Respecto de los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II y en el artículo 456 bis A, todos del Código Penal, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 438, 448 inciso primero y 448 quinquies de ese cuerpo legal, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubiere sido impuesta al condenado una reclusión parcial”.

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

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

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

No procederán los beneficios contemplados en esta ley respecto de los condenados por los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142; 361; 372 bis; 390 y 391, números 1° y 2°, del Código Penal; en los Párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII del Libro II, cuando las víctimas fueren menores de edad; en el Párrafo 5 bis del Título VIII del Libro II, y en los artículos 433, 436 y 440 del mismo

Código, ni respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

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

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

Durante la tramitación en el Senado la edad referida en el primer inciso propuesto se rebajó de 80 a 75 años.

Los restantes incisos fueron modificados, resultando en los siguientes:

“No procederá la pena mixta contemplada en este artículo respecto de los condenados por los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142; 361; 372 bis; 390 y 391, números 1° y 2°, del Código Penal; en los Párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII del Libro II, cuando las víctimas fueren menores de edad; en el Párrafo 5 bis del Título VIII del Libro II, y en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código, ni respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.

No procederá la pena mixta considerada en este artículo respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en las leyes N°s 20.000, 19.366 y 18.403, que sancionan el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Tampoco procederá la pena mixta contemplada en este artículo respecto de los condenados por los delitos contemplados en la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, crímenes contra los derechos humanos o de aquellos señalados como imprescriptibles”.

b) Decreto Ley N° 321 (sobre libertad condicional)

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

En el Senado se agregaron también en esa parte el artículo 41 I quáter del CP, y además “homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones”, en todos los cuales “se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena”.

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

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

En el Senado se agregó también en estas referencias al artículo 448 bis.

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

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

Se reemplaza el artículo 168 por uno nuevo cuyo texto es el siguiente:

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

Dicho nuevo artículo 168 sufrió varias modificaciones en la tramitación posterior, y en la fase actual su texto es el siguiente:

“En todo accidente del tránsito en que se produzcan daños el o los participantes estarán obligados a dar cuenta de inmediato a la autoridad policial más próxima.

Se presumirá la culpabilidad del o de los que no lo hicieron y abandonaren el lugar del accidente.

Asimismo, se presumirá la responsabilidad del conductor que no cumpla lo establecido en el artículo 176 y abandonare el lugar del accidente.

En todo caso, para hacer efectivos los seguros de daños a terceros o propios, el interesado deberá informar el siniestro mediante declaración jurada simple presentada ante la respectiva compañía aseguradora, y no se requerirá de otros actos o documentos expedidos por la autoridad policial, tales como constancias o denuncias”.

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

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

En la fase actual de tramitación el texto que se introduce a esta disposición se matiza un poco, y reza así:

“En casos calificados, que el tribunal determinará por resolución fundada, y tratándose sólo de la primera notificación, podrá tal diligencia ser practicada por un carabinero. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos lugares en que no sea posible otra forma de notificación como consecuencia de la insuficiencia o inexistencia de medios, podrá el tribunal encargar que cualquier notificación sea efectuada por un Carabinero, en la forma señalada previamente”.

f) Creación de Banco Unificado de Datos

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

g) Ampliación y/o construcción de establecimientos penitenciarios

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

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

Tras el paso por la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, se pasó a hablar solamente de “ampliación” de establecimientos, suprimiendo la referencia a su construcción.

En la versión actual del Proyecto, estas regulaciones se trasladaron a una disposición transitoria del Decreto Ley 2859 (Ley orgánica de GENCHI):

“Artículo primero.- Hasta el 31 de enero de 2020, los proyectos de inversión relativos a la ampliación y/o construcción de establecimientos penitenciarios en las regiones de Valparaíso, del Bío-Bío y Metropolitana se llevarán a cabo por Gendarmería de Chile, de conformidad a lo dispuesto en la letra i), del artículo 3° del decreto ley N° 2.859, de 1979, del Ministerio de Justicia, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, o mediante contrato adjudicado por cotización privada, sujetándose a las reglas que a continuación se indican:

- 1° No les será aplicable lo dispuesto en el artículo 10 del decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas que contiene el Reglamento para Contratos de Obras Públicas. Las obras deberán llevarse a cabo por personas incorporadas en el Registro General de Contratistas a que se refiere el Título II del precitado decreto. Con todo, si por las características de la obra, no hubiere contratistas registrados disponibles, se podrá prescindir de dicha exigencia, aplicándose en este caso el procedimiento que establezca, al efecto, el Ministerio de Obras Públicas.
- 2° Tratándose de las exigencias asociadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, contemplado en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, éstas deberán materializarse en un plazo no superior a tres meses. Transcurrido dicho plazo se prescindirá de dicho pronunciamiento, entendiéndose aprobado el proyecto de inversión en los términos propuestos por Gendarmería de Chile.
- 3° Respecto de los actos administrativos que aprueben los respectivos contratos, se aplicará el plazo contemplado en el inciso tercero del artículo 111° del decreto con fuerza de ley N° 850, de 1998, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.840, de 1964 y del decreto con fuerza de ley N° 206, de 1960.

En todo lo no previsto en la presente disposición transitoria se aplicará la normativa general respectiva.

Con el objeto de dar cuenta del avance y estado de las obras que se realicen de conformidad al presente artículo, el Ministerio de Justicia informará trimestralmente a la Comisión de Hacienda de cada una de las Cámaras del Congreso Nacional y constituirá una mesa técnica con el Ministerio de Hacienda y los demás organismos involucrados”.

IV.4. Modificaciones a cuerpos legales adicionales, introducidas durante el segundo trámite constitucional, y otras innovaciones

Como ya señalamos en la parte II, durante la tramitación posterior de este proyecto de ley, las modificaciones a cuerpos legales adicionales al CP y CPP se extendieron considerablemente, incluyendo ahora además a los siguientes: Código de Justicia Militar; Decreto ley 2460 (Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile); Decreto Ley 2859 (Ley Orgánica de Gendarmería de Chile); Ley 19.640 (Ley orgánica del Ministerio

Público); Ley 19.665 (Reforma el Código Orgánico de Tribunales); Ley 20.93 (sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica); Decretos 75, 850 y 206 del Ministerio de Obras Públicas.

Además, se incorporó al Proyecto un Artículo 13 completamente nuevo, no previsto originalmente. Al igual que el artículo 12, que se refiere al control preventivo de identidad, no se modifica aquí otro cuerpo legal, sino que se trataría de una especie de disposición autónoma, que señala lo siguiente:

“Las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades de comercio o reparación de objetos nuevos o usados, deberán llevar un registro documental e información sobre su adquisición y procedencia a efecto de acreditar su dominio, posesión o legítima tenencia. Además, deberán cumplir con esta obligación quienes administren o tengan a su custodia recintos destinados al bodegaje o almacenamiento.

Tratándose de bienes usados será obligatorio llevar un libro de actas de procedencia en que se anotarán el nombre y los apellidos del vendedor o empeñante, su firma, número de su cédula de identidad y su impresión digito pulgar derecho, junto con una declaración por la que asegure ser dueño de los objetos que venda o empeñe, sin perjuicio de las demás formalidades que determine el reglamento correspondiente.

La documentación y acta descrita en los incisos anteriores, será exhibida a petición del funcionario policial que la solicite, quien además estará facultado para cotejar dichos registros con los objetos que se encuentren en el lugar destinado a su comercio, reparación, bodegaje o almacenamiento.

Los funcionarios policiales, podrán exigir los documentos señalados en los incisos precedentes, a efectos de acreditar el dominio, posesión o legítima tenencia de las especies. Ante la imposibilidad de acreditar dicho dominio, posesión o legítima tenencia, según corresponda, por carecer de los mencionados documentos o por negarse a su exhibición, los funcionarios policiales procederán a dar aviso inmediato al Ministerio Público. En este último caso, el Fiscal podrá solicitar autorización para incautar dichas especies al Juez de Garantía. Sin perjuicio de lo anterior, las especies deberán devolverse al comerciante cuando lo solicitare, sin perjuicio de tomarse registro fotográfico de las mismas. Las especies incautadas deberán permanecer en poder del Ministerio Público conforme lo dispone el artículo 188 del Código Procesal Penal.

Las policías deberán llevar un registro de todas las fiscalizaciones que realicen conforme a este artículo, individualizando a la persona natural o jurídica fiscalizada, la actividad que realiza, el lugar donde ejerce dicha actividad, los documentos que fueron solicitados, las especies en relación a las cuales se solicitaron esos documentos, la hora y día en que se efectuó la diligencia y si se acreditó o no el dominio o posesión de las especies y de qué manera.”.

En relación al resto de los cuerpos legales que se ha decidido en esta fase de tramitación modificar, por razones de espacio, al igual que hicimos con el cúmulo de nuevas indicaciones que introdujeron cambios adicionales al CPP, nos referiremos al contenido de las que nos parece que pudieran legar a relacionarse mayormente con estándares de derechos humanos:

I.- Hay un ámbito de las modificaciones propuestas en esta fase que atiende exclusivamente a aumentar las penas de los delitos relativos al maltrato de obra de funcionarios/as estatales que cumplen funciones represivas.

Así, en el artículo 416 bis del Código de Justicia Militar, que penaliza al que hiriere, golpear o maltratare de obra a un/a carabinero/a en ejercicio de sus funciones según el tipo de lesiones que cause, el rango de penas su aumenta de la siguiente forma, en 3 de los 4 numerales:

“416 bis numeral 1º: si de resultas de las lesiones la víctima queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, la pena se aumenta desde “presidio mayor en su grado medio” a “presidio mayor en su grado medio a máximo”.

“416 bis numeral 2: en caso de lesiones que produjeren enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, la pena aumentaría desde “presidio menor en su grado máximo” a “presidio mayor en su grado mínimo”.

416 bis numeral 3: lesiones menos graves, la pena se mantiene en “presidio menor grado medio a máximo”.

“416 bis numeral 4: para las lesiones leves, la pena se aumenta desde “multa de 6 a 11 unidades tributarias mensuales” a “presidio menor en su grado mínimo si le ocasionare lesiones leves o maltrato físico, aun cuando este último no dejare señales visibles”.

A su vez, se modifica el artículo 416 ter del CJM, que actualmente señala que las penas establecidas en los artículos 395 y 396 del CP (castración y mutilaciones de miembros) serán aumentadas en un grado si la víctima es un carabinero en ejercicio de sus funciones, se reemplaza por un nuevo texto que establece directamente las siguientes penas:

“Cuando la víctima de los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal sea un carabinero en el ejercicio de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen:

- 1º Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395.
- 2º Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito establecido en el inciso primero del artículo 396.

- 3° Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396”.

Respecto a los/las funcionarios/as de la PDI, un contenido idéntico a lo señalado por el nuevo artículo 416 bis propuesto para el CJM, se incorpora en el artículo 17 bis de la Ley Orgánica de la PDI.

Además, también se reemplaza el sistema de agravación por aumento de grado en los delitos del 395 y 396 del CP, por un nuevo artículo 17 ter que señala lo mismo que el nuevo artículo 416 ter del CJM, ya señalado más arriba.

Idéntica reformulación se realiza cuando la víctima sea un/a funcionario/a de GENCHI, modificando en el sentido ya señalado los artículos 15 B y 15 C de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

2.- En sentido positivo, durante la tramitación del proyecto surgieron indicaciones que apuntan a modificar el COT, en el sentido de intensificar la coordinación interinstitucional permanente de los distintos actores del sistema penal, reforzando la Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal creada por el artículo 12 ter de la Ley 19.665 (que reforma el COT)³⁰, al incorporar los siguientes incisos:

“Con el fin de garantizar el trabajo coordinado de los actores involucrados, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, deberán remitir conjuntamente a la Comisión, en el mes de octubre de cada año, un diagnóstico de la gestión institucional y una propuesta de objetivos comunes a partir de los cuales deberán realizar sus planes de trabajo, con el objeto de mejorar el funcionamiento del sistema.

La Comisión, considerando los diagnósticos y resultados obtenidos a partir de la gestión conjunta a que se refiere el inciso anterior, y conforme al análisis que por su propia competencia le corresponde desarrollar, en el mes de marzo de cada año elaborará una propuesta de Plan Anual de Capacitación Interinstitucional para el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile, cuyo cumplimiento será informado a la Comisión de manera semestral.

³⁰ Comisión “de carácter permanente y consultivo, que tendrá como objetivo procurar el fortalecimiento y buen funcionamiento del sistema procesal penal, a través de proposiciones técnicas que faciliten su desarrollo, seguimiento y evaluación, así como la acción mancomunada de las instituciones en ella representadas”. Dichas instituciones son, de acuerdo a su composición, las siguientes: “Ministro de Justicia, quien la presidirá, por el Presidente de la Corte Suprema, por el Fiscal Nacional del Ministerio Público, por el Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública, por el Presidente del Colegio de Abogados con mayor número de afiliados, por el General Director de Carabineros, por el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile y por el Subsecretario de Justicia”.

Con el fin de analizar la evolución del sistema procesal penal, efectuar las mejoras que corresponda y hacer más eficaz la persecución penal, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, deberán remitir a la Comisión y al Consejo Nacional de Seguridad Pública, con anterioridad a las reuniones periódicas que celebre la Comisión y el Consejo en los meses de mayo y octubre de cada año, un diagnóstico respecto del cumplimiento de sus fines institucionales, en relación con la persecución penal. De acuerdo a la información de que cada institución disponga, el diagnóstico contendrá, a lo menos, estadísticas sobre el número de denuncias recibidas por categorías de principales delitos; condenas; archivos provisionales; decisiones de no perseverar; formalizaciones; detenciones efectuadas; órdenes de detención pendientes; suspensiones condicionales del procedimiento; procedimientos abreviados; sobreseimientos; resoluciones que decreten la prisión preventiva; imputados en prisión preventiva, e imputados con órdenes de detención pendiente por incumplimiento de medidas cautelares. Estas estadísticas contendrán la información adicional que permita una mejor comprensión de los datos proporcionados, indicando de qué forma éstos dan cuenta del cumplimiento de los fines institucionales de los organismos informantes.

En todo caso, la Comisión y el Consejo Nacional de Seguridad Pública podrán requerir mayor información o antecedentes para una mejor comprensión de los datos proporcionados”.

V.- Análisis del contenido del proyecto

V.I. Orientación político-criminal con perspectiva de derechos humanos

No sólo las clásicas garantías de fondo y procesales son un límite al accionar de la potestad punitiva del Estado, sino que los estándares de derechos humanos deben inspirar la política del Estado en materia de control, reducción, represión y tratamiento de la cuestión criminal. Tal cual se señaló en el Informe Anual 2012, hay un nuevo paradigma que se opone al del “populismo penal”, y que propugna “un modelo de seguridad ciudadana armónico con los derechos humanos, capaz de abordar de formas preventiva la complejidad de elementos (políticos, económicos, sociales, institucionales) involucrados en la violencia y la comisión de delitos, que en parte producen la sensación de inseguridad que se manifiesta en las encuestas de opinión pública”³¹. En materia de política criminal, esto implica, además del respeto a los derechos que emanan del debido proceso, “un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria, con

³¹ INDH, Informe Anual 2012, p. 20.

un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia y, fundamentalmente, con una estrategia clara y esfuerzos sostenidos de reinserción social hacia quienes han delinquido”³².

En primer lugar, en relación al objeto del proyecto de ley, cabe referir que el concepto de “delitos de mayor connotación social” (DMCS) no es propiamente un aporte de la ciencia penal ni criminológica. Fue acuñado en Chile para referirse al “conjunto de delitos que provocan, sea por los medios de comisión o por los bienes jurídicos que afectan, mayor impacto en la comunidad”, tal como fuera definido el 2004 por el Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana convocado por el Ministerio del Interior³³. Su listado incluye: el robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, hurto, lesiones, homicidio y violación. Además, en el Glosario incluido en el Diagnóstico de Seguridad Ciudadana en Chile del 2004 se señala que a esta lista “se agrega la violencia intrafamiliar, que si bien no es susceptible de ser calificado (sic) como delito, crimen o falta por sí mismo, reúne características de infracción que causa impacto social”³⁴. No obstante esa definición, este proyecto se acota a los llamados “delitos de apropiación” que indica, a los que por las razones ya señaladas (sobre todo la percepción de inseguridad) ameritarían un tratamiento más drástico que todo el resto de los delitos a que se refiere nuestro ordenamiento (incluyendo al homicidio y la violación, que también estarían dentro del listado de DMCS).

En los fundamentos del proyecto se alude a la existencia del fenómeno de la “puerta giratoria”, y a que la idea del mismo es “trabarla”. Si bien ese concepto goza de amplia aceptación a nivel periodístico informativo, la verdad es que los estudios y el nivel de conocimiento criminológico del funcionamiento del sistema penal chileno no avalan su existencia, sino que muy por el contrario lo que se detecta es una fuerte expansión del sistema, cuya capacidad de criminalización efectiva de personas no ha hecho sino aumentar en el tiempo. En contra de la idea de “puerta giratoria”, de acuerdo a cifras entregadas por el Poder Judicial, durante el período 2006-2013, el 87,69% de las solicitudes de prisión preventiva fueron acogidas por los tribunales de primera instancia, cifra que sube al 88,55% considerando los casos en que es concedida a nivel de Corte de Apelaciones³⁵. Al INDH le preocupa la apropiación del concepto “puerta giratoria” y el uso oficial del mismo por parte de las autoridades, puesto que eso cubre con un manto de duda el funcionamiento

³² Ibid., p. 21.

³³ Diagnóstico de la Seguridad Ciudadana en Chile, Documento de Trabajo N°1. Foro de Expertos de Seguridad Ciudadana, Santiago - Abril del 2004.

³⁴ Ibid.

³⁵ Citado en María Angélica Jiménez, Tamara Santos y Paula Medida, Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos, Santiago, Universidad Central, 2014, p. 235. Por esta razón es que, en su momento, el Presidente de la Corte Suprema tuvo ocasión de señalar que este concepto “es más un mito que una realidad que se refleja no respecto a la generalidad de los casos sino de situaciones puntuales en la que el público espera que cualquier persona que sea detenida tiene que estar presa”. Entrevista a Milton Juica en *Revista 93 Defensoría Penal Pública*. 10 años de Reforma procesal penal en Chile, N° 4, (2010). Citado en Jiménez et al., p. 234.

de las instituciones del sistema penal, tales como, jueces, fiscales, defensores, policía y gendarmería.

El Proyecto asume que de ser aprobado, se producirá un notorio incremento de la población penal. La población penitenciaria del país ha aumentado desde 33.050 internos/as en el año 2000, a 50.923 el año 2009³⁶. El aumento más notorio se produce casi en coincidencia con la aprobación de la anterior "Agenda Corta antidelinuencia" (Ley 20.253, de 2008). De acuerdo a la información estadística proporcionada por Gendarmería, al 15 de abril de 2015, en nueve regiones del país existe una tasa de ocupación femenina, masculina o ambas superiores al 100%, presentándose índices especialmente preocupantes en las regiones de Atacama, Valparaíso y Maule con tasas de sobrepoblación 185,2%, 156,6% y 157,2% respectivamente. En términos de sobrepoblación por unidad penal, 9 cárceles en nuestro país presentan índices de hacinamiento, esto es una tasa de ocupación mayor al 200%, en su gran mayoría se trata de cárceles pequeñas como Calama, Copiapó, Limache pero también afecta al principal centro penitenciario del país; CDP Santiago Sur. A su vez existen 49 recintos penitenciarios que presentan sobrepoblación, esto es una tasa superior al 100% e inferior al 200%.³⁷

Hay que tener en cuenta que Chile es uno de los países con más alto nivel de encarcelamiento a nivel global, y el tercero a nivel regional (después de Surinam y Guayana francesa, con una tasa de 305 personas presas por cada 100.000 habitantes³⁸).

Es alarmante que las referencias someras a la necesidad de tomar en serio el trabajo de reinserción social se queden en el plano de las declaraciones, y que este Proyecto no asuma una política en dicho sentido. Al efecto, basta considerar que del presupuesto total de Gendarmería de Chile tan sólo el 3,48% se asigna a programas de rehabilitación y reinserción social³⁹.

³⁶ Según datos de Ministerio del Interior (División Seguridad Pública) y Fundación Paz Ciudadana.

³⁷ Cabe hacer presente que los índices de ocupación de las cárceles Chilenas ha bajado en los últimos dos años. Este fenómeno no tiene su origen fundamental en la incorporación de nuevas cárceles al sistema o en la reducción de la población privada de libertad sino más bien en el proceso de "densificación de las cárceles concesionadas" por el que se aumentó significativamente la capacidad de estas cárceles. Este proceso implicó un aumento de las plazas disponibles sin una ampliación y/o mejora de la infraestructura existente lo que básicamente ha empeorado ostensiblemente las condiciones de privación de libertad. Por ejemplo, en CDP Santiago I hay problemas de abastecimiento de agua para la población penal ya que actualmente habitan en ella aproximadamente el doble de la población para la que fue diseñada.

³⁸ International Centre for Prison Studies, citado en INDH, Informe Anual 2013, p. 115. Según algunos expertos, Chile es actualmente el país más encarcelador de la región, si es que tomamos en cuenta que los dos países que según la información disponible están por sobre nuestra tasa de encarcelamiento (Surinam y Guayana francesa) no tienen información actualizada ni válidamente comparable (ver: Sebastián Salinero, ¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal, en: *Ius et Praxis* Vol. 18 N° 1, 2012).

³⁹ INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2013, p. 118. En concreto, según fuentes de GENCHI, el año 2012 dicho presupuesto total fue de M\$268.349.506, y el destinado a reinserción ascendió a M\$9.354.733.-

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

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

En el Proyecto en comento, las modificaciones introducidas en la fase final de tramitación, que tienden a fortalecer el trabajo de la Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, apuntan en cambio en el sentido correcto, pues posibilitan sin necesidad de nuevos cambios legislativos que la política criminal sea efectivamente discutida y evaluada por las agencias encargadas de aplicarla en concreto.

V.2.- Modificaciones al Código Penal

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

El proyecto en análisis propone una reforma solo en relación a determinados delitos de apropiación, en que más allá de las razones político-criminales señaladas en el Mensaje, no brinda una justificación suficiente para establecer una diferencia tan radical entre la forma general de determinación de penas y la que se propone como sistema especial para este tipo de delitos, fórmula que podría significar una afectación al principio de igualdad y no discriminación consagrado en el Art. 19 n° 2 de la Constitución Política de la República. Así, al consagrar un sistema de determinación de penas que impide que en la fase de individualización de las mismas en sede judicial respecto de los señalados delitos de apropiación la concurrencia de circunstancias atenuantes genere el efecto general de rebajas de grado para efectos de determinar la pena concreta, no parece justificado ni razonable si se tiene en cuenta que para otros delitos mucho más graves –tanto desde el punto de vista de las penas asignadas, como del bien jurídico protegido– subsista siempre la posibilidad de

aplicar dicho mecanismo. Si bien el Mensaje tiene en cuenta que los delitos de apropiación referidos generan inquietud ciudadana y sensación de inseguridad, y en base a ello se genera este proyecto de ley, el legislador no debe perder de vista que en aras del principio de proporcionalidad, el tratamiento punitivo más intenso debe reservarse a los delitos de mayor gravedad. De aprobarse esta iniciativa, nos encontraríamos con una situación en la cual los autores de homicidios, apremios ilegítimos y violaciones (por dar algunos ejemplos de criminalidad grave) podrían optar a rebajas de grado en la determinación de las penas, no así los autores de hurtos, robos y receptaciones. En efecto, el proyecto de ley en análisis propone una valoración mayor respecto a los delitos contra la propiedad en contraposición a delitos que protegen otros bienes jurídicos, cuestión que implica una vulneración a la igualdad ante la ley de cual todas las personas son titulares.

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

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

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

Dicha afirmación pasa por alto todo el sentido del desarrollo del Derecho Penal moderno, que contempla una fase de determinación legal de la pena, cuyo protagonista es el legislador y se realiza a un nivel abstracto (lo que la criminología denomina fase de criminalización primaria o normativa), y una fase de determinación concreta o individualización

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

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

De hecho, en el Mensaje que dio origen a la Ley 20.603 se aludía explícitamente a que en relación a las medidas alternativas y/o penas sustitutivas “existe consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”⁴⁰.

En sentido opuesto, el encarcelamiento efectivo de personas por un año, redundaría en un impulso hacia la formación de carreras delictivas que hará más difícil el trabajo posterior de reinserción, habiéndose producido por un período importante de tiempo en la vida de una persona todos los efectos nocivos asociados a la “prisonización”, y por esa vía el

⁴⁰ Historia de la Ley 20.603, p.5. En: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37271/1/HL20603.pdf>. Consultado el 13 de marzo de 2015.

proyecto que comentamos puede ser visto como incoherente, disfuncional y regresivo en relación a los objetivos perseguidos al establecer la Ley 20.603.

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

V.3.- Modificaciones al Código Procesal Penal

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

La regulación propuesta en el artículo 129, que amplía la facultad policial de examinar vestimentas, equipajes y vehículos a todos los casos de detención por flagrancia, constituye una ampliación considerable del estándar actual contenido en el artículo 89 (que permite dicho registro en el caso de que “existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”). En la forma propuesta, no se asegura que frente a esta ampliación de facultades se apliquen los resguardos necesarios (como los contemplados en el inciso final del artículo 89). En ligazón con las modificaciones al artículo 215, que autoriza a la policía a allanar domicilios en la hipótesis de persecución actual, e incautar evidencias, todo ello sin necesidad de autorización judicial (que por lo demás sería fácil conseguir incluso mediante llamadas telefónicas), constituyen importantes afectaciones a los derechos de las personas, sobre todo teniendo en cuenta que en virtud de esta nueva regulación podría darse perfectamente que una persona en cuyo domicilio entra alguien que viene escapando de una persecución, este tercero tenga que verse afectado por un allanamiento e incautaciones que ya derechamente no tendrían nada que ver con la hipótesis inicial de actuación de la policía.

La frase final agregada al artículo 140, por la cual el juez podría entender que hay peligro de fuga cuando una persona ha tenido “reiteradas detenciones anteriores”, vulnera el derecho a la libertad personal dado que ni siquiera se está hablando de órdenes de detención pendientes, sino de un historial que en la medida que no ha generado condenas ni otras medidas perfectamente podría incluir infracciones de bagatela, detenciones ilegales, y detenciones que no han acarreado posteriores formalizaciones, pudiendo incluso darse el caso de detenciones que luego den lugar a absoluciones, aplicación de principio de oportunidad o facultad de no perseverar. El INDH en su Informe Anual 2014 ya manifestó su preocupación por el criterio que considera “condenas anteriores” establecido en el artículo 140 del CPP, señalando que “entender que la libertad de la persona imputada

constituye un peligro para la seguridad de la sociedad cuando ella hubiese sido condenada con anterioridad por el delito al que la ley señale igual o superior pena que al delito que actualmente se le imputa. Esto se traduce en que la ley le asigna a la persona imputada nuevas consecuencias penales (la prisión preventiva) a partir de hechos por los cuales ya fue investigada y sancionada. Así, condicionar la prisión preventiva en un caso particular basándose en hechos sobre los cuales ya se estableció una responsabilidad penal, afecta garantías procesales mínimas reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos y en la legislación interna⁴¹. Mediante esta fórmula se le quita al tribunal el rol ponderador de circunstancias fácticas específicas en orden a determinar la procedencia de la prisión preventiva, acotándolo a una verificación de la existencia de una condena anterior para decretar la prisión preventiva originada por hechos posteriores⁴². Los argumentos que fundamentan la preocupación del INDH por el criterio de “condenas anteriores” también son aplicables respecto a la reforma propuesta en el proyecto en análisis para considerar las “detenciones anteriores” como antecedente determinante para la procedencia de la prisión preventiva.

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

Respecto al uso indiscriminado de la prisión preventiva, producto de los sucesivos endurecimientos de la institución, la Defensoría Penal Pública en su cuenta anual 2015 ha manifestado su preocupación afirmando que “según las cifras oficiales de la Defensoría: de las 347 mil 650 causas terminadas durante el año (2014), 45 mil 129 correspondieron a imputados que terminaron como inocentes o no condenados, lo que representó el 13 por ciento del total de términos. Preocupantemente, 2 mil 462 de esos imputados estuvieron en prisión preventiva o internación provisoria, lo que sostiene la preocupación de la institución por el uso exagerado de una medida que, a todas luces, se usa más de lo necesario, apareciendo incluso como pena anticipada en muchos casos”⁴³.

⁴¹ El artículo 8.4 de la CADH establece como garantía procesal que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Interpretando este derecho la Corte IDH ha señalado que “este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”. Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú, 17 de septiembre de 1997, párrafo 66. Asimismo, el artículo 1, inciso último del CPP establece que “la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”.

⁴² INDH, Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2014, p. 76.

⁴³ Memoria 2014 Defensoría Penal Pública, p. 9.

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

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

Las salidas alternativas forman parte esencial del nuevo sistema procesal penal, y tal como se destaca en el Mensaje del CPP, están destinadas tanto a descongestionar el sistema, como a evitar efectos criminógenos de la aplicación del proceso penal en casos en que político-criminalmente resulta aconsejable optar por otras formas de gestión del conflicto. Imponer estos requisitos adicionales limita la facultad de los tribunales de aplicar estos mecanismos, y va en contra del espíritu del nuevo CPP, que crea un sistema que además de ser un Derecho Penal garantista se concibe como un derecho de alternativas.

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

Dentro de las modificaciones legales que surgieron durante la tramitación posterior del proyecto (principalmente a los artículos 191 y 396), resulta particularmente complicado para los estándares de derechos humanos la posibilidad de realizar verdaderos juicios en ausencia del/a imputado/a.

El juicio simplificado es uno de los mecanismos que el CPP contempla para resolver un caso llegando a dictar sentencia definitiva, pero sin que se realice propiamente un juicio oral. De esta forma, la garantía de ser juzgado por un juez imparcial se ve afectada, dado que en este caso es el mismo juez de garantía, que tiene a su cargo el control de la investigación, quien dicta sentencia. Por lo mismo, resulta esencial el consentimiento de la imputado/a, puesto que al aceptar la aplicación de este mecanismo, está renunciando a su derecho al juicio, garantía esencial del debido proceso, en aras del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, cuestión que implica una ponderación y poder de decisión radicado en el principal afectado: el imputado.

Además, en el diseño del sistema procesal penal, este tipo de procedimientos especiales debe usarse sólo respecto de delitos de menor entidad, o infracciones de bagatela, donde las investigaciones no revisten mayor complejidad.

Se atenta contra estas características el consagrar la posibilidad de que en el mecanismo del juicio abreviado se resuelvan de esta forma casos en que las penas involucradas llegaran hasta los 10 años de privación de libertad, tal cual se ha decidido reformar el artículo 406 del CPP.

Pero más grave aún parece el hecho de que se esté proponiendo aplicar juicios simplificados en ausencia del/a imputado/a, con lo cual se ve vulnerado su derecho a ser oído, a estar presente en el juicio y defenderse de la acusación, rendir prueba de descargo y varias otras dimensiones del debido proceso.

Lo anterior contraviene lo señalado en el artículo 14 del PIDCP, que reconoce expresamente en el numeral 3 letra d) el derecho “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección”.

V.4.- Otros cuerpos legales.

Como ya hemos explicado más arriba, la cantidad de cuerpos legales adicionales modificados por este Proyecto de Ley aumentó considerablemente del proyecto original a la versión actual. La cantidad de temas que se termina regulando llama la atención para ser una iniciativa de reforma legal que en principio estaba acotada al endurecimiento del tratamiento de tres delitos en particular; y refuerza la idea ya expresada en orden a la necesidad de una política criminal más sistemática y científica.

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

No obstante, más complejo resulta lo que se propone en relación a la Ley 18.216 en relación a los registros de ADN, puesto que en relación a los delitos de hurto, robo y receptación, se estaría agregando como requisito adicional para la concesión de penas sustitutivas del artículo 1 y régimen especial del artículo 33, el que la persona acceda a que se tome su huella genética a efectos de lo dispuesto en La Ley 19.970. Esta exigencia adicional, limitada a estos delitos, contraviene los principios de proporcionalidad y de igualdad ante la ley, y no aparece razonablemente fundada. Además, contradice el propio texto de la Ley 19.970, que en su artículo 2 inciso segundo establece que “bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna”. Al exigirse este requisito adicional respecto de personas condenadas por los delitos aludidos, respecto de las cuales no se haya podido obtener una huella genética, la imposibilidad de concederles penas sustitutivas resulta evidentemente discriminatoria.

La crítica anterior sigue siendo pertinente, aún con las modificaciones posteriores ya referidas en la parte IV.III.

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

En cuanto se pretende dar la posibilidad de interrumpir la pena privativa de libertad de personas mayores de 75 años no se aprecia en principio ningún problema⁴⁴. Lo complejo es que de manera asistemática se termine consagrando un régimen especial para varias categorías de delitos, respecto de lo cual es posible reiterar todo lo ya señalado a propósito de la vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad al comentar las reformas al CP.

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

Respeto a los delitos de terrorismo, basta con mencionar que la Ley vigente ha sido objeto de severas críticas por vulnerar en su diseño mismo derechos y garantías esenciales y por ello, de no mediar una profunda reforma de dicha normativa, no es aceptable agravar aún más su estatuto actual⁴⁵.

En relación a violaciones de derechos humanos, como ya hemos tenido ocasión de señalar, si bien “la determinación de la responsabilidad penal individual en materia de violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas a los derechos humanos contiene un significado jurídico (y ético) que la distingue esencialmente de la responsabilidad por la comisión de un delito común”⁴⁶, y por eso “la persecución en materia de crímenes de Estado presenta diferencias con la persecución penal de un delito común”, ello no

⁴⁴ Si bien los estándares internacionales de derechos humanos no impiden el encarcelamiento de personas mayores de edad, sino que más bien lo que requieren de los Estados es que tengan en cuenta sus necesidades especiales. Al respecto, ver los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

⁴⁵ A todos estos problemas el INDH se ha referido en el Informe sobre cuestiones a considerar en una reforma de la Ley Antiterrorista a la luz de la observación de casos realizada por el INDH, aprobado por el Consejo del INDH el 22 de julio de 2014.

⁴⁶ Informe Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013 - Sesión 153, p. 3.

significa que la posibilidad de aplicar diversos beneficios esté totalmente excluida, sino que debe ajustarse a algunas exigencias mínimas⁴⁷.

Particularmente delicado resulta lo dispuesto en el artículo transitorio con que se cerraba este Proyecto de ley en relación a la ampliación y construcción de recintos penales, que luego se ubicó dentro de las modificaciones a la Ley orgánica de GENCHI ampliando este régimen de menores exigencias hasta el año 2020. Los autores del proyecto son conscientes de que de ser aprobado, la ya preocupantemente alta población penitenciaria del país se incrementará notablemente, y por eso es que declaran abiertamente que se necesita aumentar la capacidad de encarcelamiento del sistema “con menos trámites”. En este contexto, las alusiones a que se requiere de una estrategia integral que contemple también aumentar las posibilidades de trabajar por una efectiva reinserción, y la mención que se hace en el Mensaje a que deben otorgarse “condiciones dignas a los internos” resultan meramente declarativas a la luz de lo que finalmente se propone, que es sencillamente la relajación de las exigencias que tanto desde un punto de vista administrativo como ambiental se hacen normalmente a la construcción de nuevos recintos penitenciarios.

Esto contradice evidentemente lo que ha recomendado la Corte IDH en su ya mencionado Informe del año 2009, del cual parece necesario citar un párrafo completo: *“Las políticas que propician el empleo de la privación de la libertad como instrumento para la disminución de los niveles de violencia y las tasas de delincuencia, más allá de lo debatible de su eficacia, han generado incrementos en la población penitenciaria. Sin embargo, la inmensa mayoría de los países de la región no contaban, ni cuentan, con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios en su sistema penitenciario para garantizar a las personas privadas de libertad un trato humano. Consecuentemente, dichos sistemas no están en condiciones de constituirse en herramientas efectivas para contribuir a la prevención de la violencia y el delito. Las obligaciones asumidas por los Estados Miembros en relación con los derechos humanos directamente comprometidos en las políticas públicas de seguridad ciudadana imponen a éstos la responsabilidad de diseñar e implementar programas de adecuación de su normativa procesal-penal y de la infraestructura y asignación de recursos humanos y materiales de su sistema penitenciario, a los efectos de garantizar que la ejecución de las sanciones de privación de libertad dispuestas por la justicia competente se cumplirán respetando estrictamente los estándares internacionales en esta materia. La Comisión subraya muy especialmente que no es posible implementar planes o programas de prevención ni de efectivo control de la violencia y el delito si no se tienen en cuenta estos factores relacionados con el sistema penitenciario en el marco de la ejecución de una política pública sobre seguridad ciudadana”*.⁴⁸

⁴⁷ Entre ellas: control judicial; transparencia en el otorgamiento de los beneficios; recoger la opinión de familiares y víctimas. Ver: Informe sobre los Beneficios Carcelarios Concedidos a Condenados por los Secuestros Seguidos de Homicidios de José Manuel Parada Maluenda, Manuel Guerrero Ceballos y Santiago Nattino Allende, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 05 de agosto de 2013 – Sesión 166.

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, párrafo 157.

Por último, se hace necesario opinar acerca de las propuestas surgidas en el Senado que llevaron a incluir en este Proyecto de Ley un nuevo agravamiento de las penas por maltrato de obra a policías y gendarmes.

No es primera vez que con el argumento de la necesidad de otorgar una protección especial a cierto tipo de agentes del Estado que cumplen funciones represivas se aumentan las penas para este tipo de delitos. Las leyes 20.064 (2005) y 20.477 (2010) son las más recientes que se encargaron de hacerlo, con lo cual la situación actualmente vigente es la que se puede apreciar en el siguiente cuadro, que muestra la diferencia entre la pena aplicable cuando la víctima es un particular, y cuando es un policía:

Delito	Penal por delito cometido contra un particular	Penal por delito cometido contra un/a policía
Lesiones leves	Multa	Multa de 6 a 11 UTM o pena de 61 a 540 días
Lesiones menos graves	Multa de 11 a 20 UTM o 61 a 540 días	Desde 541 días a 5 años
Lesiones graves	Desde 541 días a 3 años	Desde 3 años y un día a 10 años
Lesiones gravísimas	Desde 3 años y un día hasta 5 años	Desde 10 años y un día hasta 15 años

Penal por delito cometido contra un/a policía (Proyecto en comentario)
Lesiones leves: 61 a 540 días
Lesiones menos graves: Desde 541 días a 5 años
Lesiones graves: Desde 5 años y un día a 10 años
Lesiones gravísimas: Desde 10 años y un día hasta 20 años

Como ya ha indicado el INDH en relación a otro proyecto de ley⁴⁹, este incremento de penas vulnera el principio de igualdad y no discriminación, puesto que la sola condición

⁴⁹ Informe Sobre el Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Aumente las Protecciones Legales y Beneficios Aplicables a los Miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad (Mensaje

de funcionarios públicos de estos sujetos pasivos no justifica esta diferencia de trato, que por lo demás ya existe y ha sido reforzada anteriormente. Un nuevo aumento resulta entonces totalmente desproporcionado.

En este caso, además resulta particularmente complejo el que se pretenda sancionar “maltratos que no dejan lesiones visibles”, caso en el cual, en el régimen aplicable a todos/as los/as ciudadanos/as no hay delito.

VI.- Conclusiones

- 1.- El INDH valora el interés que el Ejecutivo muestra por las víctimas de los delitos que son objeto de la propuesta legislativa en análisis, ya que como se sostuvo en párrafos anteriores, son las personas pertenecientes a grupos vulnerables las que más duramente resienten las consecuencias de la comisión de delitos (ya sea que estos provengan de delincuencia común, económica u organizada). Sin embargo, preocupa al INDH que esta iniciativa legal no se enmarque en una política integral de prevención de delito y de la violencia.
- 2.- Resulta preocupante que el Mensaje presidencial que se propone no sea una política pública fundada en diagnósticos integrales y que su justificación desde el punto de vista de una política criminal no haya sido formulada preferentemente con una perspectiva de derechos humanos.
- 3.- Las reformas propuestas al Código Penal tienden a endurecer injustificadamente las penas aplicables a los delitos mencionados, de una manera que no resulta razonable de acuerdo a los requisitos propios de medidas restrictivas de derechos fundamentales en un Estado de Derecho, y a recortar las facultades de los tribunales en la fase de determinación judicial de la pena. Además, en la medida que se contempla un régimen especial de determinación de penas y de regulación de la reincidencia para estos delitos, mucho más severo que el aplicable al resto de los delitos, entre ellos delitos graves contra las personas, se vulneran los principios básicos de proporcionalidad e igualdad ante la ley.
- 4.- Adicionalmente, no resulta razonable adelantar la reforma del Código Penal exclusivamente en lo referido a estos delitos, en circunstancias en que existe una Comisión trabajando en una reforma integral que tiene por objetivo aprobar un nuevo Código Penal para Chile.

092-361). Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 02 de diciembre de 2013 – Sesión 186.

- 5.- Las modificaciones que se plantean al Código Procesal Penal van más allá de lo anunciado en el título del proyecto de Ley, toda vez que se refieren a la regulación general de institutos como el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento, y al aumento de facultades autónomas de la policía –entre otros–. Además, van en contra del espíritu del CPP vigente al contemplar requisitos adicionales para la aplicación de ciertos mecanismos y salidas alternativas, restringiendo así las facultades judiciales y propiciando un excesivo uso del sistema penal en casos que podrían ser resueltos de otra manera.
- 6.- El proyecto comentado genera una discriminación no justificada ni razonable en cuanto a la concesión de penas sustitutivas, las que quedarán sometidas a mayores exigencias en este tipo de delitos que en todo el resto, entre ellas la de contar con la huella genética de los condenados por hurto, robo y receptación en el respectivo registro de ADN, además de endurecer injustificadamente el régimen de la Ley de penas sustitutivas en relación a un amplio conjunto de delitos.
- 7.- De la forma en que está planteada esta iniciativa legal, no existe ningún mecanismo ni política que se haga cargo de los altísimos niveles de privación de libertad efectiva que acarrearía, y el estado actual de hacinamiento carcelario y ausencia de políticas reales de reinserción. Por el contrario, el proyecto solamente se hace cargo de hacer menos exigencias legales y administrativas a la construcción y ampliación de cárceles en las tres regiones más pobladas del país de aquí al 2020.
- 8.- Por último, la idea de volver a aumentar las penas aplicables a particulares por maltrato de obra a policías y gendarmes vulnera el principio de igualdad y no resulta razonable ni proporcional.

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

Boletín N° 9885-07

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 18 de abril de 2016 - Sesión 299.

I.- Resumen Ejecutivo

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

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

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

elaboradas en 1998 con la creación de la institución del control de identidad, que fue el antecedente inmediato del control de identidad consagrado en el CPP y su devenir de acuerdo a las reformas de los años 2002, 2004 y 2008. Luego se realizarán algunas consideración a la luz de lo señalado respecto a la función policial en informes del INDH en lo que sea pertinente para después revisar los principales estándares de derechos humanos relacionados con la libertad personal, principio de igualdad y no discriminación, derecho a la presunción de inocencia y el principio de progresividad. Posteriormente, se explicará en qué consiste la reforma legal proyectada, en su versión inicial y en la que ha sido aprobada en segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, para pasar al análisis crítico de la misma desde el punto de vista de los derechos humanos.

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

II.- Antecedentes sobre el “Control de identidad preventivo”

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

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

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

encontrar y exhibir los instrumentos de identificación, como lo prescribe el artículo 85 del CPP.

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

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

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

El INDH, invitado a analizar el proyecto a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos a la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara el día 20 de abril del año 2015 y a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia el día 5 de agosto del mismo año, de inmediato destacó –como se expondrá en extenso en lo sucesivo– que la amplitud, vaguedad y falta total de límites de la actividad policial en la regulación del artículo 85 bis propuesto por los/as parlamentarios/as estaría en pugna con varios estándares internacionales y nacionales relativos a los derechos a la libertad personal, la seguridad individual y el derecho a la privacidad⁵. Parlamentarios/as integrantes de la Comisión

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

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

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

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

también plantearon profundas objeciones al señalar que la falta de límites y la autonomía de la actividad policial era de tal magnitud en la indicación propuesta, que en los hechos se estaría derogando tácitamente el artículo 85 CPP sobre control de identidad. En este sentido indicaron “que la aprobación del artículo 85 bis derogaría tácitamente el actual artículo 85 vigente, por cuanto este último exigiría una serie de requisitos que quedarían sin efecto de aprobarse el nuevo artículo”, concluyendo que una manera seria de resolver la cuestión de las órdenes de detención pendientes en nuestro país “no es reponiendo la detención por sospecha porque al hacer controles masivos se vulnerarán los derechos de todas aquellas personas que no tengan órdenes pendientes”⁶.

La discusión en la Comisión sobre la incorporación del “control de identidad preventivo” a la ya discutida “agenda corta antidelincuencia” fue el comienzo de una encendida discusión. Así algunos/as sostuvieron que la institución era un deber necesario de colaboración de la ciudadanía hacía las fuerzas policiales y otros/as derechamente plantearon que la reforma significaría la vuelta a la detención por sospecha.

En vista de estas consideraciones, el texto finalmente aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional abandona la idea de incorporar el “control de identidad preventivo” en el texto del CPP y lo autonomiza como un nuevo artículo 12° de la ley, contextualizándolo en el cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública asignadas a los funcionarios policiales⁷.

⁶ Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, op. cit. p. 72.

⁷ El texto del artículo 12 aprobado por la Cámara de Diputados dice lo siguiente: “Artículo 12.- En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 del mismo Código podrán controlar la identidad de cualquier persona en el lugar en que se encontrare, por cualquier medio de identificación expedido por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir y pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades para identificarse.

En la práctica de la identificación se deberán respetar la igualdad de trato y no discriminación arbitraria.

En el ejercicio de esta facultad los funcionarios policiales deberán exhibir su placa e identificarse. Si la persona se niega a acreditar su identidad o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación.

El conjunto de procedimientos detallados precedentemente no deberá extenderse por más de cuatro horas, transcurridas las cuales deberá ser puesta en libertad. En caso de que la persona mantenga órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

Las Policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo para ser implementado en cada unidad policial, que permita a aquellas personas que estimaren haber sido objeto del ejercicio arbitrario del control de identidad del presente artículo, formular su reclamo de conformidad con las normas administrativas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

Además, dichas instituciones deberán publicar bimensualmente en su página web estadísticas de la cantidad de reclamos formulados en virtud del inciso anterior; desagregada por sexo, edad y nacionalidad. La misma información,

Tras una serie de adiciones y supresiones, críticas y defensas a la nueva figura propuesta, en la Comisión del Senado pertinente el texto del artículo 12 que finalmente fue aprobado.

Artículo 12.- “En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán controlar la identidad de cualquiera persona mayor de 14 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, en que se encontrare, por cualquier medio de identificación expedido por la autoridad pública, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta nacional estudiantil. El funcionario policial deberá otorgar a la persona las facilidades del caso para identificarse, pudiendo utilizarse todos los medios tecnológicos idóneos para tal efecto. En caso de duda de si la persona es mayor o menor de 14 años, se entenderá siempre que es menor de esa edad”.

En la práctica de la identificación se respetará la igualdad de trato y no discriminación arbitraria y se dará estricto cumplimiento a lo contemplado en el artículo 86 del Código Procesal Penal. En el caso de los menores de 18 años y mayores de 14, se deberá dar cumplimiento, de forma especial, a la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país que se encuentren vigentes.

En el ejercicio de esta facultad, los funcionarios policiales deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación. Si la persona se niega a acreditar su identidad o si, habiendo recibido las facilidades del caso, no le fuere posible hacerlo, la policía podrá conducirla a la unidad policial más cercana para identificarla.

El conjunto de los procedimientos detallados precedentemente no deberá extenderse por más de cuatro horas tratándose de mayores de 18 años y de 1 hora cuando se trate de personas mayores de 14 años y menores de 18. Transcurridos estos términos se pondrá término al procedimiento identificatorio. En caso de que la persona mantenga una o más órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

además de los avances y resultados de dichos reclamos, deberá ser remitida al Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

También deberán publicar semestralmente el número de controles de identidad practicados en virtud del presente artículo, desagregados por sexo, edad y nacionalidad.

Junto con lo anterior, a lo menos semestralmente las Policías deberán dar cuenta al Ministerio del Interior y Seguridad Pública de la frecuencia y lugares en que se concentra la mayor cantidad de controles de identidad por sexo, edad y nacionalidad. Asimismo, deberán informar la cantidad de detenciones por flagrancia que dieron origen en virtud de su práctica, desagregada por tipo de delito y las variables antes señaladas, de conformidad a lo dispuesto en la ley N°20.502”.

Las policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo que permita a aquellas personas que estimen haber sido objeto del ejercicio abusivo del control de identidad del presente artículo, formular su reclamo de conformidad con las normas administrativas, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

Asimismo, constituirá una falta administrativa para el funcionario policial ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se ha controlado la identidad.

Las policías informarán trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido el control preventivo de identidad, la forma en que se está llevando adelante y sus resultados en lo relativo al orden y la seguridad pública, a la disminución de la delincuencia y a la captura de los prófugos de la justicia”.

Además, no bastando con la creación de esta figura paralela al control de identidad preventivo por fuera del CPP, dentro de éste se realizan modificaciones al artículo 85 vigente, en el siguiente sentido:

-Reemplazo tanto en el inciso primero como en el segundo (que a partir de ahora pasaría a ser el inciso cuarto) del concepto en plural “indicios” por el singular “indicio”. Así, tanto para efectos de iniciar el procedimiento de control de identidad, como para dentro de él aplicar además la facultad de registro de vestimentas, vehículo y equipaje, bastará con invocar un solo indicio por parte de la policía como justificación para realizarlos.

-Como nuevos incisos segundo y tercero se incluyen los siguientes:

“Procederá también tal solicitud cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente.

La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.”

III.- Evolución histórica

Las facultades preventivas de las policías en Chile son de antigua data. Ya el viejo Código de Procedimiento Penal de 1906 (artículo 282 original) entregaba a los cuerpos policiales la facultad de detener al que “anduviere con disfraz o que de otra manera dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darla a conocer y, (...) al que se encontrare

a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas". Es decir la versión original del código de enjuiciamiento criminal, permitía a la policía detener "bajo ciertos supuestos" a las personas que intentaban ocultar su identidad o se encontraran a ciertas horas, lugares o circunstancias que lo/a hacían sospechoso/a de haber participado en alguna actividad criminal. Esta facultad permitía el registro corporal de la persona y su detención, sin control jurisdiccional de ningún tipo, mientras no se desvanecieran las sospechas que la habían habilitado.

Dicha facultad, que rigió por más de 100 años, al igual que todo el sistema de enjuiciamiento criminal de corte inquisitivo, una vez retornada la democracia en Chile en la década del 90', fue objeto de intensas críticas. Sin embargo la detención por sospecha en particular se erigió como el mayor blanco de críticas, ya que se le identificaba como el paradigma de la arbitrariedad y abuso del antiguo sistema. Explicando este punto, el profesor y Juez de la República Jaime Salas Astrain enseña que la detención por sospecha "fue utilizada muchas veces como herramienta de represión política durante el Gobierno Militar (1973-1990) o mecanismo de vejación respecto de sectores sociales vulnerables, tales como: travestis, mendigos, prostitutas (sic), sujetos de apariencia humilde o desordenada"⁸, por lo mismo de ahí se explicaría todo su descrédito. Efectivamente se ha sostenido que esta facultad autónoma con la que contaba la policía le permitía detener por una plazo de cuarenta y ocho horas, sin ningún tipo de intervención judicial y tenía como verdadero propósito remover de las calles a aquellos/as considerados/as como peligrosos/as o indeseables para el resto de la sociedad⁹.

Lo anterior, como se dijo, motivó en la década de los 90' un importante debate en torno a la detención por sospecha en el Parlamento. Así los/as parlamentarios/as que estaban por derogar la norma del Código de Procedimiento Penal sostenían que el mayor problema estaba en que su utilización generaba una importante fuente de discriminación, "principalmente en contra de los jóvenes, que eran sometidos a controles arbitrarios en espacios públicos (...) de acuerdo a estos parlamentarios, carabinero confundía la moda de los jóvenes de los 90' por un disfraz (...) de esta forma, zapatillas, pelo largo, y aritos eran considerados sospechosos, dando lugar al constante hostigamiento de los jóvenes en las calles"¹⁰. Otra razón que tuvieron los/las parlamentarios/as para derogar la norma era falta de control externo de la facultad policial y su falta de efectividad, toda vez que sólo un 2%

⁸ Salas Astrain, Jaime, *Problemas del proceso penal*. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales, ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2015, p. 162.

⁹ Irarrazabal, Paz, Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad. *Pol crim*. Vol 10, N° 19 (julio 2015), Art. 8, pp. 234-265. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_10/n_19/Vol10N19A8.pdf]

¹⁰ Para apreciar la reproducción de debate parlamentario en extenso véase Irarrazabal, op. cit. pp. 237-239.

de las persona a quienes se les aplicó la detención por sospecha, se habían involucrado en algún momento de su vida en alguna actividad delictual¹¹.

Por su parte los/as parlamentarios que alegaban la mantención de la norma, señalaron que el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal establecía ciertos requisitos y límites, por lo que si Carabineros actuaba de manera discriminatoria eran ellos los que debían cambiar sus prácticas y no la norma. Además señalaban que era importante mantener “las facultades preventivas de las policías de manera de proteger mejor a los ciudadanos de los criminales”¹².

La consecuencia del debate parlamentario fue la dictación de la ley 19.567 de 1998, que buscó lograr un equilibrio entre ambas posturas, derogando formalmente la detención por sospecha y a su vez creando la figura del control de identidad.

De esta manera el artículo 260 bis del Código de Procedimiento Penal mantuvo las facultades preventivas de la policía, facultándola ahora sólo en “casos fundados” solicitar la identificación de cualquier persona. A título ejemplar señalaba que la policía podía pedir la identificación de personas respecto de las cuales existiese un indicio que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. En la nueva norma se establecía un procedimiento para permitir la identificación de la persona controlada y también establecía el procedimiento de detención de la persona que se negaba o no podía identificarse. Finalmente se prescribía que el uso abusivo de la facultad podía ser constitutivo del delito del artículo 293 del código penal. (Véase el Anexo, Cuadro Comparativo N° 1).

Dos años más tarde la clase política, académicos/as y operadores/as del sistema reanudaron el debate sobre la necesidad de dotar y/o mantener a la policía de facultades preventivas, en el contexto de la discusión parlamentaria de la Reforma Procesal Penal. La versión original de la propuesta legislativa no contempló un sistema de control de identidad, puesto que los redactores del nuevo Código señalaban que las facultades preventivas de la policía debían estar contenidas en un cuerpo legal destinado exclusivamente a tal efecto¹³. Luego en la discusión del proyecto en el Senado, los senadores Stange y Cordero (ambos ex Directores Generales de Carabineros)¹⁴ inspirados en un informe de la Dirección General de Carabineros, a través de una indicación propusieron reponer la detención por sospecha del Código de Procedimiento Penal al nuevo Código Procesal Penal. La necesidad de reponer la detención por sospecha, se fundamentaba en que se

¹¹ Irarrazabal, op. cit. p. 238.

¹² Irarrazabal, op. cit. p. 238.

¹³ Salas Astrain, op. cit. p. 163.

¹⁴ Irarrazabal, op. cit. p. 239.