

POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHOS HUMANOS EN CHILE: NOTAS Y DESAFÍOS ACTUALES

*Luis Torres González**

Cet article a pour objectif de décrire les aspects les plus pertinents de la politique pénale chilienne en vigueur, s'appuyant sur une approche des droits de l'homme. Actuellement, les décisions politiques de ces dernières années dans le domaine de la justice pénale sont sérieusement remises en question. Les principales critiques et oppositions sont dues aux engagements pris par l'État en matière de droit international des droits de l'homme. Les droits des personnes privées de liberté et l'application sélective de la loi anti-terroriste constituent les principaux cas de violation.

This paper aims at describing the most relevant aspects of the current Chilean criminal policy from a human rights perspective. Today, the political decisions of the last time in the criminal justice field are seriously questioned. The major criticisms and objections are based on the commitments made by the State to the rights enshrined in the International Law of Human Rights. The rights of detainees and selective anti-terrorism legislation currently constitute the main cases of violation.

El presente trabajo tiene por objeto describir los aspectos más relevantes de la actual política criminal chilena desde una perspectiva de derechos humanos. Hoy en día, las decisiones políticas del último tiempo en el ámbito del sistema penal son seriamente cuestionadas. Las mayores críticas y reparos se encuentran en las exigencias provenientes de los compromisos suscritos por el Estado en materia de derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los derechos de las personas privadas de libertad y la aplicación selectiva de la legislación antiterrorista constituyen actualmente los principales casos de contravención.

* Assistant Professor at the Faculty of Law of the Pontificia Universidad Católica de Chile, Mr. Luis Torres González also works as a lawyer in the Legal Section of the National Institute of Human Rights in Chile. He previously worked as a legal advisor to the Attorney General of Chile. His extensive experience in the practice and study of criminal law enable him to share a unique perspective on criminal law reforms in Chile and their impact on human rights.

No cabe duda que en Chile, el mayor cambio político y social de los últimos 25 años fue el fin de la dictadura militar y el retorno de la democracia. En este período de transición, la política criminal se caracterizó por el paso de un sistema marcadamente autoritario y represivo, hacia otro más democrático y respetuoso de los derechos de las personas¹.

Los cambios políticos mencionados, promovieron la exigencia de mayor respeto de los derechos humanos como un principio fundamental. Es por ello que una de las primeras medidas adoptadas inmediatamente concluida la dictadura, fue la ratificación de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos, que los años anteriores habían sido ignorados. Desde entonces, comienza una progresiva actualización del ordenamiento jurídico interno, a la consolidación del modelo democrático.

Una de las aéreas, en que con mayor fuerza y visibilidad se materializó este cambio de paradigma (de uno autoritario a uno democrático) fue el sistema de la justicia penal, cuya característica principal fue adecuar el procedimiento penal a los estándares democráticos, a través de un proceso acusatorio que contuviera garantías y derechos en un plano de igualdad de todos los intervinientes en el proceso penal².

Por otra parte, en los últimos años las políticas del control del delito en casi todo el mundo han estado marcadas por una tendencia importante al uso y expansión de la herramienta penal y de medidas punitivas, produciéndose un giro en relación a los modelos político-criminales imperantes en occidente desde la segunda mitad del siglo XX³.

Chile no ha sido la excepción a los cambios que se han sucedido en las estrategias de control del delito a nivel internacional. Los nuevos modelos de seguridad, y los discursos politizados que promueven todo tipo de propuestas penales han influido directamente en la actual conformación de su sistema penal. Numerosas leyes y políticas públicas han consolidado el escenario actual, en que la crisis carcelaria y la discriminación en la aplicación selectiva de algunas leyes especiales, reflejan su incompatibilidad con los compromisos asumidos por el Estado en materia de derechos humanos.

I. La política criminal actual: algunas características fundamentales

La Política Criminal mundial en las últimas décadas ha experimentado, quizás como nunca, grandes transformaciones en cuanto a la prevención y control de

¹ Jörg Stippel, *Cárcel, derecho y política*, Santiago, LOM Ediciones, 2013, pág 29.

² Mensaje del Código Procesal Penal, publicado en el Diario Oficial el 12 de Octubre del año 2000.

³ Sobre el llamado fenómeno del incremento del Derecho Penal, fundamental la obra de Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª Edición, Madrid, Edisofer, 2001.

la criminalidad⁴. En palabras de Garland, “las últimas tres décadas han visto un acelerado desplazamiento de los supuestos que modelaron el control del delito y la justicia penal durante la mayor parte del siglo XX”⁵. En otras palabras, se ha pasado en poco tiempo del debate de políticas abolicionistas y derecho penal liberal (clásico), hacia una continua expansión del poder punitivo y del sistema penal⁶.

Esta nueva política criminal, caracterizada por el énfasis punitivo, la creación de nuevos delitos y el adelantamiento de barreras de protección penal, contrasta con los ideales predominantes en el ámbito de la justicia penal desarrollados a partir de la segunda mitad del siglo XX, especialmente en la indiferencia por el modelo resocializador o rehabilitador del Estado de bienestar de post guerra⁷. Este cambio de enfoque, ya no tiene su giro en quien infringe el sistema, sino que toda la política penal se encuentra diseñada para controlar riesgos e inseguridad, traducida como miedo al delito⁸.

Pero no solo la expansión del sistema penal ha configurado el actual diseño de control del delito, sino que también, éste se ha desarrollado a partir de lo que se ha denominado como la politización del discurso político-criminal. En esta politización del discurso de la cuestión criminal se han destacado las propuestas relativas a la idea de la ley y el orden y la tolerancia cero entre otras, las cuales han pasado a ser parte del llamado populismo penal⁹.

En la Europa actual, en lo referente a las políticas de seguridad y prevención del delito la cuestión no es diferente. La inseguridad que se vive en las principales ciudades europeas es uno de los temas más importantes del momento¹⁰. Lo anterior contrasta con lo ocurrido en la década de los ochenta del último siglo, en que se abrió paso en Europa una corriente doctrinal en favor de un derecho penal mínimo, consecuencia de un intento de progresiva realización del programa ilustrado de reducción del poder punitivo a lo estrictamente necesario para la defensa de los derechos del ciudadano¹¹.

⁴ David Garland, *La cultura del Control*, Barcelona, Gédisa, 2001, pág 31.

⁵ *Ibid*, pág 34.

⁶ Eugenio Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2012; Por otra parte, véase José Luis Diez, “El nuevo modelo de la Seguridad Ciudadana”(2004), N° 6 Revista electrónicas de Ciencia Penal y Criminología, en línea <<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Autores como José Luis Diez, señalan que el debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila ya entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia.

⁷ Garland, *supra* note 4, pág 35.

⁸ Cfr Ana María Morales, “La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden” (2012), 7:13 Política Criminal 94 pág 115, en línea: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A3.pdf>. Morales señala que en la política criminal contemporánea los riesgos y la inseguridad son unas de sus características principales.

⁹ *Ibid*, pág 119.

¹⁰ Kris Bonner, “Situación del delito y de la seguridad urbana en Europa. Políticas de seguridad en las grandes ciudades”, en *Delito y seguridad de los Habitantes*, coordinador Elías Carranza, ILANUD, Siglo XXI, San José de Costa Rica, 1995, pág 50.

¹¹ Para una mejor comprensión sobre el estado actual de la política criminal Europea, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy, *La Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.

En el caso de América Latina, las políticas sobre el control del delito y las necesidad de actualización al modelo democrático, se han traducido en numerosas reformas a los sistemas penales¹², las que se han enfocado principalmente en sustituir los sistemas de enjuiciamiento criminal de tipo inquisitivo, por procedimientos de carácter adversarial¹³, en que la oralidad e intermediación constituyen sus pilares fundamentales. No obstante, estas reformas no han sido suficientes para paliar los males que se padecen y han dejado indemne muchos de los vicios existentes en los sistemas provenientes de años anteriores¹⁴.

En las Américas la criminalidad es uno de los mayores problemas que se presentan, y donde se verifican los índices más altos del mundo en crimen y violencia. El mayor porcentaje de víctimas y victimarios son niños, niñas y jóvenes entre 15 y 29 años¹⁵. La región sufre la pesada carga de la violencia, con más cien mil homicidios registrados por año¹⁶. Por primera vez en décadas, en los países de América Latina, la delincuencia ha desplazado al desempleo como la principal preocupación para la población¹⁷.

¹² A modo de ejemplo, se puede destacar que las reformas a los sistemas penales comenzaron en la década de los años noventa. Así, en Guatemala la reforma procesal penal se inició en 1994; El Salvador en 1998; en Argentina, la provincia de Córdoba y de Buenos Aires en 1998; Paraguay en 1999; Bolivia en el año 2000; Chile en el año 2000; Ecuador en 2001; Nicaragua en el 2001; Honduras en el 2002; República Dominicana en el 2004 y Colombia en el 2005, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), *Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007*(2007) Santiago, en línea: Cejamericas.org <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/76-producto-desarrollado.html>; Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.57 (2009), pág 12 [Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*]. Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), ha señalado que la situación permanente de violencia que impera en la región, es “una de las consecuencias de las dictaduras militares y gobiernos autoritarios que actuaron en el hemisferio en las décadas pasadas, los cuales desconocieron las obligaciones internacionales de los Estados en materia de garantía de los Derechos Humanos”. Asimismo, se agrega que también han contribuido a este escenario de violencia y criminalidad, las llamadas políticas de ajuste estructural que han deteriorado el rol del Estado, junto con el aumento de la pobreza, desigualdad y exclusión social.

¹³ En Europa estas reformas se iniciaron hace más de cien años, Cft Jörg Estoppel, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2006, pág 9.

¹⁴ Lucía Dammert, y Liza Zuñiga, *La Cárcel: problemas y desafíos para las Américas*, Santiago, Chile: FLACSO, 2008, pág 12 [Dammert y Zuñiga].

¹⁵ Cft Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, *supra* note 12, pág10.

¹⁶ Cft Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014: Seguridad Ciudadana con rostro humanos, diagnóstico y propuestas para América Latina* (2013), pág 2, en línea: undp.org <<http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>>.

¹⁷ Cft Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, *supra* note 12, pág 8. Asimismo se destaca que América Latina es la única región del mundo donde los homicidios se incrementaron entre 2000 y 2010, lo que se traduce en más de un millón de personas como víctimas fatales, en *ibíd*, pág 41; Este contexto de criminalidad y violencia, ha significado igualmente en una tendencia en la baja de la confianza que la ciudadanía tiene en los gobiernos, policías y en el poder judicial. La Comisión IDH ha señalado que “en estos países el Poder Judicial, el Ministerio Público, las fuerzas de seguridad y el sistema penitenciario no han desarrollado las capacidades necesarias para responder eficazmente, mediante acciones de prevención y de represión legítimas del crimen y la violencia”, en *ibíd*, pág ix.

El ejemplo más significativo lo constituyen los sistemas penitenciarios de gran parte de los países del continente, en que las pésimas condiciones carcelarias, las prácticas de tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, así como la falta sistemática de control judicial y mecanismos de protección de derechos, dejan de manifiesto la ineficacia de políticas adecuadas¹⁸.

A modo de ejemplo, en el caso de Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha señalado que desde el año 2004 en que se introdujo el sistema penal acusatorio en aquel país, las medidas adoptadas han producido, en mayor o menor medida, un impacto real en el aumento de la población penal¹⁹. Situación similar, según la CIDH ocurre en Venezuela, en que la tasa de personas privadas de libertad se ha incrementado en más de tres veces en los últimos diez años, pese a las innumerables reformas y leyes destinadas al mejorar el sistema²⁰.

II. Algunas consideraciones sobre el estado actual de la política criminal en Chile

Como se viene afirmando, la tendencia generalizada, tanto en Europa como en América Latina, en la respuesta frente al delito y a los desafíos que plantean las nuevas demandas de seguridad ciudadana, han consistido fundamentalmente en la utilización de la herramienta punitiva y el uso del encarcelamiento de personas como solución del problema. En el caso de los países de la región, estas medidas se han traducido principalmente en reformas legales que en la última década han estado orientadas a restringir las garantías legales aplicables a la detención, potenciar la aplicación de la prisión preventiva y aumentar el catálogo de delitos y sus penas²¹.

Según un estudio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), entre el año 1999 y el año 2008, en al menos once países de la región se realizaron numerosas reformas que en lo fundamental promovieron a actualizar sus sistemas de enjuiciamiento penal a modelos acusatorios, con el fin de hacerlos más respetuosos de los derechos fundamentales²².

¹⁸ Dammert y Zuñiga, *supra* note 14, pág 39. En otras palabras, América Latina pese a los mencionados procesos de reforma de sus leyes penales (substantivas, procesales y de ejecución de las sanciones), tendiente a asegurar el debido proceso afianzando los sistemas de garantías, todavía la distancia entre ley y realidad sigue siendo sideral, aún en el caso de los países que han renovado su legislación. Más aún, en la mayoría de los casos, y a pesar de estos importantes avances, la realidad de los sistemas de justicia penal se ha agravado notoriamente en la década de los 90, y las tasas globales de presos crecen aceleradamente en sistemas penitenciarios sobrepoblados en los que, en consecuencia, reina la violencia y se vulnera constantemente todo tipo de derechos.

¹⁹ Comisión IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* (2013), párr 81, pág 35 [Comisión IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*].

²⁰ *Ibid*, pág 38.

²¹ *Ibid*, pág 34.

²² Informe Comisión IDH *Contrarreforma y el Sistema Interamericano De Derechos Humanos*, presentado por representantes del CEJA y Open Society en una sesión informativa con los miembros de la CIDH, celebrada el 1 de noviembre de 2010 en curso del 140º periodo Ordinario de sesiones.

En el ámbito de la Política Criminal en Chile, en tiempos de la transición política y social, la reforma al sistema de justicia criminal fue sin duda la transformación fundamental. Esta transición de un modelo inquisitivo, escrito y secreto, a uno oral y público, constituyó sin duda el punto de partida del actual escenario de la justicia penal en Chile²³.

En este contexto de actualización democrática, otras reformas también han sido importantes. Como era de esperar, muchas de ellas han sido fuertemente influenciadas por los discursos sobre la seguridad y las políticas del llamado populismo penal, entre las cuales se destaca el excesivo uso de medidas punitivas como la creación de nuevos delitos, el aumento de las penas privativas de libertad y las cada vez mayores atribuciones de las Fuerzas de Orden y Seguridad²⁴.

Las reformas de los últimos años, han recaído principalmente en el *Código Penal* y el *Código Procesal Penal*, en las cuales se evidencia claros signos de esta expansión de la demanda punitiva. Entre las reformas al *Código Penal*, destaca la *Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar*, que, entre otras cosas, agravó el tratamiento punitivo de la violencia doméstica. Tratándose de los delitos sexuales, las *Leyes N° 19.927, N° 20.480 y N° 20.526*, las que junto con crear nuevas figuras para la represión y castigo de los delitos sexuales vinculados con la explotación sexual de menores y la pornografía, han supuesto una elevación de los marcos penales de las figuras tradicionales de violación y abuso sexual. Asimismo, a propósito de los delitos contra de la propiedad, destacan como expresiones del modelo, la *Leyes N° 20.090 y N° 20.596*, que agravaron el tratamiento punitivo del delito de abigeato. A ellas también se suman las reciente *Leyes N° 20.601*, que creó el nuevo delito de robo de cajeros automáticos y dispensadores de dinero, y *N° 20.639*, que agravó los delitos de robo en bienes nacionales y receptación²⁵.

Con respecto a las reformas del *Código Procesal Penal*, resaltan la *Ley N° 20.074* y *Ley N° 20.253*, las cuales supusieron una agravación del régimen de las medidas cautelares, mediante la flexibilización de las normas que habilitan la práctica

²³ La reforma del sistema de justicia criminal en Chile ha sido denominada por las autoridades públicas y sectores importantes de la sociedad civil como la “reforma del siglo”, enfatizando con ello la relevancia que este cambio ha tenido para nuestro sistema legal y para su arquitectura institucional en general, véase Mauricio Duce, “Diez años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos”, en *A diez años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema*, Santiago, Ministerio de Justicia, 2010, pág 23.

²⁴ Según la Comisión IDH, en su informe sobre prisión preventiva en las Américas, la tendencia generalizada cada vez mayor al uso del encarcelamiento como respuesta a los problemas de seguridad ciudadana. Estas medidas se han replicado en varios Estados del continente, las que se han caracterizado por: reformas legales tendientes a la restricción o limitación de garantías sobre la detención de personas, el incremento en el uso de la prisión preventiva, el aumento de penas y de delitos con penas privativas de libertad y la disminución de beneficios intra-carcelarios, Cft CIDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, supra note 19, pág 34.

²⁵ La *ley 20.066* fue publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de Octubre de 2005; por su parte la *ley 19.927*, la *ley 20.480* y la *ley 20.526* son de fechas 14 de Enero de 2004, 18 de Diciembre de 2010 y 13 de Agosto de 2011 respectivamente. Las otras son la *ley 20.090*, *ley 20.596* y *ley 20.601* son de fecha 11 de Enero de 2006, 4 de Julio de 2012 y 14 de Julio de 2012 en el mismo orden; por último, la *ley 20.639* es de fecha 11 de Diciembre de 2012.

del control de identidad, ampliación de los supuestos de procedencia de la detención y un agravamiento del régimen sobre prisión preventiva²⁶. Entre estos cuerpos legales, destaca por sus disposiciones La segunda de las leyes mencionadas (*Ley N° 20.253*) que contiene disposiciones que obligan a los jueces a restringir las libertades provisionales, ampliar las facultades policiales y restringir los derechos de los imputados.

Por otra parte, el año 2011 se presentaron un total de 48 proyectos de ley cuyo objetivo era crear nuevos delitos, aumentar penas o establecer nuevas agravantes de responsabilidad penal, y el año 2012 las iniciativas legales con las mismas características ascendieron a 37. Entre los proyectos mencionados sobresalen por su trascendencia el proyecto de ley denominado “reforma a la reforma penal”, que pretendió reformar el *Código procesal Penal* aumentando las facultades policiales en la persecución penal, asó como el proyecto sobre un nuevo “control de identidad preventivo”, el cual iba a permitir a las policías y fuerzas del orden y seguridad, requerir la individualización y registro de cualquier persona, con prescindencia de algún indicio de actividad delictual²⁷.

Este tipo de política criminal indiscriminada²⁸, construida sobre la base de la sensación de inseguridad predominante, y con la ausencia de mecanismos de control y límites democráticos, han propiciado un espacio de arbitrariedad y abusos que se han traducido en las altas tasas de hacinamiento en las cárceles, en los altos índices de violencia policial, y en el uso selectivo de algunas leyes especiales en contra de grupos minoritarios y especialmente vulnerables²⁹.

²⁶ Efectivamente de mayor relevancia, debido al alcance de sus disposiciones, fue la *ley 20.253*, también conocida como ley de la agenda corta contra la delincuencia, publicada el 14 de Marzo en el Diario Oficial y que modifica el *Código Penal* y el *Código Procesal Penal* en materia de seguridad ciudadana para reforzar las atribuciones preventivas de las policías.

²⁷ Bolefín N° 8810-07, Proyecto de Ley que modifica el *Código Procesal Penal* con el fin de reforzar la protección de las víctimas, mejorar la función que desempeña el Ministerio Público y fortalecer la acción policial y la operatividad del sistema de justicia penal, o proyecto de ley de “Reforma a la Reforma Procesal Penal” Proyecto de ley ingresado con fecha 4 de marzo de 2013 al Senado, encontrándose en primer trámite constitucional; Proyecto de Ley que establece el Control Preventivo de Identidad Bolefín 9036-07, el cual pretende incorporar un nuevo artículo 3° bis a la *Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile N° 18.961*. La finalidad de la propuesta consiste en introducir un mecanismo de control preventivo – distinto del control de identidad regulado en el Código Procesal Penal – que será realizado por funcionarios de dicha institución en los casos que se indican.

²⁸ José Fernández, “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad” (2006) N° 1 Política Criminal, 1, pág 6, en línea: <http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_5.pdf>. Para Fernández, el actual discurso de la criminalidad en Chile puede igualmente denominarse un “modelo penal liberal discriminatorio”. Al efecto señala “Propongo el término modelo penal liberal discriminatorio como concepto aglutinador de nuestro modelo penal. Este concepto puede ser tachado por algunos de tautológico, en el sentido de que el modelo penal liberal resulta per se discriminatorio. Si bien esta afirmación resulta correcta, este concepto toma como referencia dos niveles de discriminación presentes, al menos, en los modelos penales liberales.” Para este autor, este modelo penal liberal discriminatorio, como discurso político criminal – que según refiere – es el que impera en el sistema penal Chileno, estaría asentado sobre la base del modelo penal de la seguridad ciudadana.

²⁹ En el 12° Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Sistema Penal, se afirma que la delincuencia es un problema social al que los sistemas de justicia penal solo podrían dar una respuesta parcial, siendo las medidas contra la pobreza y la marginación social, fundamentales para

Recientemente Chile rindió por segunda vez el Examen Periódico Universal (EPU) ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, oportunidad en que junto con valorarse algunos avances en diversas materias, se hicieron observaciones respecto de aquellos aspectos en que no se están cumpliendo los compromisos internacionales, refiriéndose especialmente al caso de la aplicación de la *ley antiterrorista* y la situación de las personas privadas de libertad, como ámbitos centrales de preocupación³⁰.

III. Algunos de los casos más significativos que contravienen los derechos humanos en Chile

A. Los derechos de las personas privadas de libertad

El sistema penitenciario y la situación de las cárceles están en crisis desde hace años³¹. Durante las últimas dos décadas Chile ha experimentado un enorme aumento de su población penitenciaria, lo que lo sitúa con uno de los niveles más altos de encarcelamiento de América Latina. En el año 2010 ocupaba el tercer lugar tras Guyana Francesa y Surinam, con una tasa de 303 presos por cada cien mil habitantes³².

prevenir la delincuencia y la violencia. Véase, *Informe del 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal* Salvador (Brasil), 12 a 19 de abril de 2010, A/CONF.213/18, en línea: [unodc.org <https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_18/V1053831s.pdf>](https://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/A_CONF.213_18/V1053831s.pdf) [12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal].

³⁰ El Examen Periódico Universal (EPU) es un mecanismo del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuya finalidad es revisar la situación de derechos humanos de todos los Estados miembros de la Organización (*Universal Periodic Review Mechanism*, Doc off NU HRC, 2007, 9th Mtg, Annex I Doc UN A/HRC/RES/5/1). Fue creado por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006 (*Resolución 60/251 Consejo de Derechos Humanos*, Rés AG, 72ª sesión, A/RES/60/251 (2006)), instituyendo un Grupo de Trabajo conformado por los 47 Estados miembros del Consejo. Chile es miembro – segundo mandato – hasta el año 2014.

³¹ Cft Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), *Situación de los derechos humanos en Chile* (2010) Santiago, pág 131, en línea: <http://www.cwagweb.org/pdfs/AP/documents/spanish/LIBRO%2010%20A%C3%91OS%20DE%20LA%20REFORMA%20PROCESAL.pdf> [INDH (2010)]. El informe además afirma que la situación es similar en toda América Latina, por lo que la privación de libertad de millones de personas en la región es, en sí mismo, un problema importante de seguridad., cuya complejidad se traduce en los graves problemas de hacinamiento, en la prolongada detención preventiva de los reclusos, en la situación de salud de los internos, en la escasa promoción de las medidas alternativas a la privación de la libertad, en la falta de capacitación de los funcionarios y en programas de rehabilitación y reinserción social insuficientes. Igualmente, Human Rights Watch, *World Report. Chile*, 2009, pág 166, en línea: [http://www.hrw.org <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2009_web.pdf>](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2009_web.pdf) , al referirse sobre el caso de Chile manifiesta: “A pesar de la apertura de seis nuevas prisiones privadas, el hacinamiento continúa siendo un serio problema. Así, por ejemplo, en 2008 el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur, diseñado para una capacidad de 3.170 plazas, albergaba a 6.256 internos. En muchos de los establecimientos más antiguos su higiene y sanidad resultan pésimas. Los internos, en ocasiones, son reclusos en oscuras celdas sin ventilación y sin provisiones higiénicas y sanitarias por hasta 10 días”.

³² International Center for Prison Studies, “World Prison Brief, Chile”, en línea: <http://www.prisonstudies.org/country/chile>.

Lo anterior deja en evidencia, al igual que otros países de la región, que en Chile ha existido una política criminal que se ha centrado en endurecer las penas y utilizar la cárcel como su principal herramienta³³. Ello ha traído como consecuencia hacinamiento, malas condiciones carcelarias y una situación generalizada y sistemática de vulneración de derechos de las personas privadas de libertad³⁴.

En el mes de diciembre del año 2010, un incendio en la cárcel de San Miguel (una de las más importantes del país) cobró la vida de 81 internos que allí se encontraban reclusos, siendo la mayor tragedia penitenciaria en la historia de Chile. Este lamentable suceso dejó en evidencia la irracionalidad en el uso de la pena privativa de libertad, las deficientes condiciones carcelarias, el hacinamiento y la privación generalizada de los derechos de internos e internas³⁵. A la fecha del incendio, la cárcel tenía una población de 1.875 internos, siendo que contaba con una infraestructura para 632 personas, es decir, existía un 197% de sobrepoblación³⁶.

A partir del incendio, la situación de las cárceles significó que las autoridades políticas y la sociedad en su conjunto asumieran el desafío de mejorar las condiciones en que viven miles de personas en Chile. Actualmente el Gobierno está promoviendo dos iniciativas para la construcción de un diagnóstico y de propuestas: por una parte, el Consejo para la Nueva Política Penitenciaria (cuya primera sesión fue en mayo de 2013), y por otra, la Mesa de Políticas Penitenciarias con enfoque de género³⁷.

B. La aplicación selectiva de la ley antiterrorista y/o criminalización del conflicto mapuche

Otro de los puntos preocupantes en el régimen legal chileno, lo representa la legislación antiterrorista (*Ley 18.314*), la cual ha sido objeto de serios cuestionamientos por parte de la comunidad internacional, dada su incompatibilidad

³³ Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile, *Diagnóstico del cumplimiento del los estándares internacionales de derechos humanos*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2013, pág 10 [Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile].

³⁴ *Ibid.*, pág 11.

³⁵ INDH, *Situación de los derechos humanos en Chile* (2012), Santiago, pág 144, en línea: <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2012> [INDH (2012)].

³⁶ *Ibid.*, pág 144.

³⁷ Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile, *supra* note 33, pág 10. Además, consigna el estudio, se ha promovido la construcción de nuevos recintos penitenciarios, en su mayoría a través de concesiones públicas. También existen medidas que apuntan a racionalizar el uso de la pena de privación de libertad, como la “Ley 20.588 sobre Indulto General, la que beneficia a las mujeres condenadas por sentencia ejecutoriada y que a la fecha de entrada en vigencia de la ley hayan cumplido dos tercios de la pena, hayan tenido una conducta sobresaliente en los últimos tres bimestres, y suscriban un compromiso de no volver a cometer un crimen o simple delito”, y que “contempla además la conmutación de la pena por la de extrañamiento a su país para los extranjeros privados de libertad” en INDH (2012) *supra* note 35, pág148. En un sentido similar la *Ley 20.603*, que modifica la *Ley 18.216*, y establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, otorgando más herramientas al juez para decidir la pena a aplicar en cada caso específico sin tener que recurrir única y exclusivamente a la privación de libertad.

con los principios y garantías reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos³⁸.

Las observaciones, motivos de reproche, estriban principalmente en que afecta el derecho a un debido proceso, en particular, vulnera los principios de legalidad y tipicidad³⁹ y restringe las garantías judiciales de acceder en condiciones de igualdad al derecho a la defensa⁴⁰.

Por otra parte, también se ha señalado que la invocación de esta normativa especial viola el principio de igualdad y no discriminación, debido a su aplicación preferente y selectiva para la persecución de responsabilidades penales de determinados grupos de personas⁴¹.

Según datos oficiales, entre los años 2010 y 2011, 48 personas han sido sometidas al régimen de la *ley antiterrorista*, 32 de las cuales son de origen mapuche. Estos procesos judiciales se enmarcan en el denominado conflicto del Estado de Chile con el pueblo mapuche, el cual se caracteriza por las reivindicaciones de derechos, territorio y recursos naturales, así como la defensa de su identidad política y cultural.

³⁸ Entre ellos, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los órganos de supervisión de tratados, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y recientemente motivo de un Informe de Fondo de la Comisión IDH (2010). El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó “[c]on preocupación que la *Ley Antiterrorista 18.314* ha sido aplicada principalmente a miembros del pueblo Mapuche, por actos ocurridos en el contexto de demandas sociales, relacionados con la reivindicación de los derechos sobre sus tierras ancestrales” Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Doc off CEDR, 75º ses, Ginebra, 2009, Doc NU CERD/C/CHL/CO/15-18, C-15.

³⁹ Efectivamente, la definición de los delitos terroristas en la legislación chilena ha sido objeto de múltiples críticas, antes y después de la última modificación efectuada en octubre del 2010 por la *Ley 20.467*. El principal aspecto de la crítica anterior a la modificación de 2010 era que en el artículo 1 se establecía una presunción de finalidad terrorista en el caso de uso de artefactos incendiarios o explosivos. Tras la eliminación de dicha presunción, sin embargo, subsisten las críticas a su inadecuada definición y a la falta de certeza en cuanto a la diferencia entre el delito terrorista y los delitos comunes que le sirven de base. El Tribunal Constitucional ha diferenciado entre principio de legalidad y principio de tipicidad, sosteniendo que “el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero”, y que mientras “la legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley [...] la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” en STC rol 244-96, c 10, de 26 de agosto de 1996, par 10.

⁴⁰ El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas (2009) sostiene, en su informe sobre Chile, la necesidad de “[r]eformar la Ley 18.314 y adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de acuerdo con las recomendaciones pertinentes del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial”, Informe del Relator Especial Sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/Add.6, párrs 60 y 61.

⁴¹ Comisión IDH, Egundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupé y otros vs Chile, *Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112* OEA/Ser.L/V/II.140. Ver también Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos-Chile Doc off NU, 89º período de sesiones, 2007, Doc NU CCPR/C/CHL/CO/5, párr 7.

En el mes de Julio del año 2013, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la lucha contra el Terrorismo visitó Chile y manifestó que las instituciones de Estado de Chile han ejecutado medidas de discriminación en contra del pueblo mapuche. Los dos ejemplos que señala son, la aplicación discriminatoria y arbitraria de la *ley antiterrorista* para abordar el llamado conflicto mapuche, y el uso excesivo de violencia por parte de la policía en la aplicación de la *ley penal*, también en contra de este grupo de personas⁴².

Al final de su visita, el Relator Especial concluyó que no existe duda alguna que la *ley antiterrorista* ha sido utilizada desproporcionadamente en contra de personas acusadas de delitos en conexión con las protestas territoriales mapuche⁴³.

Todo lo anterior ha sido ratificado, en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que condenó al Estado de Chile por violar algunos derechos consagrados en la *Convención Americana de Derechos Humanos*⁴⁴. En la sentencia, la Corte concluyó que Chile violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia en perjuicio de las ocho víctimas de este caso por haber mantenido vigente y aplicado el artículo 1° de la *Ley N° 18.314* que contiene una presunción legal del elemento subjetivo del tipo terrorista, elemento fundamental en la ley chilena para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo era⁴⁵.

La Corte también encontró que en la fundamentación de las sentencias condenatorias se utilizaron razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios, lo cual configuró una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley. En lo que respecta a violaciones a las garantías judiciales, el Tribunal concluyó, entre otros, que Chile violó el derecho de la defensa de interrogar testigos en los procesos penales cuya identidad no era conocida por la defensa de los acusados en el respectivo caso⁴⁶.

Por último, el Comité de Derechos Humanos, en su 111° período de sesiones, en sus observaciones finales sobre el examen del Estado de Chile, lo instó a reformar la *ley antiterrorista* y adoptar una definición clara y precisa de los delitos de terrorismo y asegurar que la persecución por este tipo de delitos no estén dirigidas en contra de determinadas personas por su origen étnico o cualquier otro motivo social o cultural⁴⁷.

⁴² Cft Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Ben Emmerson, on his visit to Chile, 2014.

⁴³ *Ibid.*, pág 12.

⁴⁴ *Caso Norín Catrimán y otros vs Chile* (2014) Fondo, reparaciones y costas, Corte IDH (Ser C) N° 247, párr 50.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, 111° período de sesiones, correspondiente al examen del Estado de Chile, llevado a cabo entre el 7 y 25 de Julio de 2014.

C. **Política Criminal y justicia transicional: las graves violaciones a los derechos humanos**⁴⁸

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. Desde el inicio de la transición a la democracia, Chile ha realizado esfuerzos por enfrentar el legado de los crímenes del pasado. El primer paso fue reconocer oficialmente que hubo violaciones sistemáticas y generalizadas a los derechos humanos durante el período comprendido entre el 11 septiembre de 1973 y marzo de 1990.⁴⁹

La acción del Estado significó la desaparición y ejecución de 3.195 personas, incluidas mujeres embarazadas y menores de edad, y la aplicación de torturas a al menos a otras 28.000, a ello se suma el exilio de miles de familias, la exoneración de sus trabajos y la pérdida de las libertades y derechos fundamentales⁵⁰.

Los procesos de verdad y reparación han sido sostenidos en el tiempo, existiendo políticas y programas, que han procurado restablecer la dignidad de las víctimas y sus familias. Sin embargo, la obtención de justicia no ha corrido la misma suerte. La vigencia del *Decreto Ley de Amnistía* constituye un gran impedimento para la determinación de las responsabilidades por los graves crímenes cometidos.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido constante en relación a este tipo de casos, mostrando avances y retrocesos, como por ejemplo la aplicación de la prescripción gradual. Los procesos judiciales han ido avanzando en la determinación de responsabilidades penales. Según datos oficiales, a la fecha existen 257 personas condenadas y otras 557 procesadas. En total, 814 personas han tenido que responder frente a la justicia por las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos⁵¹.

Un avance sin duda, han sido las medidas adoptadas a favor de preservar la memoria y la garantía de no repetición. En este sentido, la creación del Museo de la Memoria y Derechos Humanos y el Instituto nacional de Derechos Humanos deben ser destacados⁵².

⁴⁸ La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y posconflicto. El concepto se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno.

⁴⁹ En Chile el reconocimiento ha sido gradual y constante en el tiempo, fundamental las comisiones de verdad, al menos cinco desde el retorno a la democracia. Cft Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011), Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile, Santiago, *pág* 249, en línea: [indh.cl <http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile>](http://www.indh.cl/informe-anual-2011-de-derechos-humanos-en-chile) [INDH (2011)].

⁵⁰ INDH (2010), *supra* note 31, *pág* 153.

⁵¹ INDH (2011), *supra* note 49, *pág* 250.

⁵² Así ha sido destacado como aspecto positivo por el Comité de Derechos Humanos, 111º período de sesiones, correspondiente al examen del Estado de Chile, llevado a cabo entre el 7 y 25 de Julio de 2014.

IV. El Desafío: una Política Criminal de derechos humanos

En un Estado Democrático de Derecho, una política criminal acorde a los derechos humanos constituye una exigencia fundamental. En este sentido, la comunidad internacional ha reconocido que un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basa en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia y en la prevención del delito y la lucha contra la delincuencia⁵³.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (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 Estado⁵⁴.

La historia de la segunda mitad del siglo XX en América Latina, es un claro ejemplo de la negación de los derechos humanos en el ejercicio del poder político. Efectivamente, bajo las diversas dictaduras que afectaron a la región en el referido período, una de las características centrales fue la lucha del Estado contra ciudadanos calificados de enemigos, produciéndose en todas ellas graves violaciones masivas y sistemáticas a los derechos fundamentales de las personas⁵⁵.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señala en su informe que la seguridad ciudadana debe ser concebida como una política pública, entendiéndose por ésta los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o a transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad. Pues entonces, una política pública no puede comprenderse cabalmente sin una referencia concreta a los derechos humanos⁵⁶.

Así entonces, desde la perspectiva de derechos humanos, las políticas públicas tienen como objetivo hacer que estos derechos se concreten en los planos normativo y operativo, así como también en las prácticas de las instituciones y los agentes estatales, debiéndose en consecuencia abordar los aspectos de la criminalidad y la violencia conforme a las orientaciones provenientes de estos derechos.

La perspectiva de los derechos humanos permite abordar la problemática de la criminalidad, la violencia y su impacto en la seguridad ciudadana mediante el

⁵³ 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, *supra* note 29.

⁵⁴ Caso *Kimel vs Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, (2008) Corte IDH (Ser C) N° 177, párr 76.

⁵⁵ 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Criminal, *supra* note 29.

⁵⁶ Cft Comisión IDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, *supra* note 15, pág 8.

fortalecimiento de la participación democrática y la implementación de políticas centradas en la protección de la persona humana, en lugar de aquellas que primordialmente buscan afianzar la seguridad del Estado o de determinado orden político⁵⁷.

Por último, una política criminal asentada en los derechos humanos, lo debe ser en todas las circunstancias, aún en las situaciones más extremas como el terrorismo. Las Naciones Unidas han reafirmado que la garantía de los derechos humanos es condición necesaria en el combate contra el terrorismo “el respeto de los derechos humanos debe considerarse parte fundamental de una estrategia eficaz de lucha contra el terrorismo, y no un obstáculo para su éxito”⁵⁸.

En el caso de Chile, el Estado debe velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones internacionales que ha suscrito en materia de derechos humanos. Por ello resulta fundamental que integre en su política criminal un enfoque de derechos humanos, especialmente en lo que dice relación con las personas que se encuentran privadas de libertad y respecto de adecuación y utilización de su legislación antiterrorista.

⁵⁷ La CIDH señala que si bien el derecho internacional de los derechos humanos no define en forma expresa el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana, los Estados se encuentran obligados por un plexo normativo que exige la garantía de derechos particularmente afectados por conductas violentas o delictivas: el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad personal; el derecho a las garantías procesales y el derecho al uso pacífico de los bienes, *ibíd.*, pág. 6.

⁵⁸ *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo*, RÉS AG NU (2006) Doc off NUA/RES/60/288.