



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

# CUADERNOS DE DIFUSIÓN

## DERECHOS HUMANOS

JUSTICIA TRANSICIONAL PARA CHILE Y DESAFÍOS  
INSTITUCIONALES POST-TRANSICIONALES

CUADERNO DE DIFUSIÓN N°10

# **DERECHOS HUMANOS**

**JUSTICIA TRANSICIONAL PARA CHILE Y  
DESAFÍOS INSTITUCIONALES POST-TRANSICIONALES**

**Centro UC**  
Estudios Internacionales  
CEIUC

# Centro UC

## Estudios Internacionales

### CEIUC

Cuaderno de Difusión n° 10

DERECHOS HUMANOS

Justicia transicional para Chile y desafíos institucionales  
post-transicionales

Publicación del Centro de Estudios Internacionales de la  
Pontificia Universidad Católica de Chile.

Alameda 340, piso cuatro, Santiago.

Tel. 23542183

E-mail: [ceiuc@uc.cl](mailto:ceiuc@uc.cl)

[www.ceiuc.cl](http://www.ceiuc.cl)

Director: Juan Emilio Cheyre

Subdirector: Jorge Sahn

Editora de contenidos: María Fernanda Muñoz

Diseño: María Soledad Sairafi, Orjikh Editores Limitada

Impresión: Editora e Imprenta Maval Ltda.

Santiago de Chile, diciembre 2015.

# ÍNDICE

- 7 Prólogo  
*Juan Emilio Cheyre*
- 9 Necesidad y posibilidades de una justicia transicional en Chile: elementos de una política de justicia transicional exitosa en la experiencia comparada  
*Carlos Castresana-Fernández*
- 21 El Instituto Nacional de Derechos Humanos 2010-2016: recapitulación y proyecciones  
*Lorena Fries*
- 31 Desafíos en la protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes en el contexto post-transicional chileno  
*Milenko Bertrand-Galindo*
- 41 Personas con discapacidad: desafíos desde los Derechos Humanos y conexiones con la agenda 2030 sobre desarrollo sostenible  
*María Soledad Cisternas Reyes*
- 55 El delito de tortura en Chile y el proyecto de ley para su nueva tipificación: balances y críticas  
*Luis Torres González*
- 63 La segregación procesal penal como desafío para la justicia transicional chilena  
*Álvaro Paúl*
- 75 El niño como sujeto de derechos en el derecho internacional  
*Paula Badilla Aceituno*
- 85 Educación en derechos humanos: diagnóstico y desafíos para la enseñanza del derecho en Chile  
*Claudio Nash y Constanza Núñez*
- 95 Subsecretaría de Derechos Humanos: una herramienta efectiva en la elaboración de políticas públicas con enfoque de derechos humanos  
*Camila Palacios*
- 109 La defensa penal pública en el sistema interamericano: defensor interamericano y fortalecimiento institucional  
*Andrés Mahnke*

## JUAN EMILIO CHEYRE

Director del Centro UC de Estudios Internacionales (CEI-UC) de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencia Política y Sociología. En su carrera militar se especializó en Estrategia y alcanzó el grado de General de Ejército desempeñándose como Comandante en Jefe de esa Institución entre 2002-2006.

# PRÓLOGO

El Centro UC de Estudios Internacionales, dentro de sus líneas de investigación en los últimos años, ha otorgado una atención constante a la temática de los Derechos Humanos, especialmente en el contexto de los nuevos desafíos que se enfrentan al interior de una sociedad democrática. Fue así como el n° 6 de estos *Cuadernos de Difusión* dio cuenta de la evolución de los DDHH en el derecho internacional, evidenciando las nuevas tendencias en la materia: migración, personas con discapacidad y pueblos nativos; para concluir realizando un análisis comparado de las realidades de Canadá y Chile en estas últimas materias.

En el año 2015 se profundizó el trabajo de distintos investigadores chilenos y extranjeros, ahora centrados en el tema de la justicia transicional. Lo hicimos teniendo en consideración la importancia que adquiere la aplicación de este concepto, base fundamental en los avances de los acuerdos que se debaten en Colombia en el marco de la negociación entre el gobierno de ese país y las FARC; negociación que tiene la aspiración de terminar con las décadas de un enfrentamiento que, al pa-

recer, se encuentra en una etapa de definiciones importantes.

Es así como la justicia transicional adquiere en el ámbito de los temas internacionales—especialmente en América Latina— una visibilidad e importancia gravitantes. Consideramos que era oportuno y necesario contribuir a una comprensión del tema, que cuenta con poca difusión en nuestro país y una historia de desarrollo que se remonta solamente a las últimas décadas.

La justicia transicional emerge a fines de los años ochenta con el objetivo de “proporcionar alguna medida de justicia a aquellos que sufrieron bajo los regímenes de un Estado represivo”<sup>1</sup>. Buscaba reforzar la democracia post conflictos de distinta naturaleza mediante métodos que contribuyeran a

---

1 Arthur, Paige, “Cómo las transiciones reconfiguran los derechos humanos: una historia conceptual de la justicia transicional”, en Reátegui, Félix (dir.), *Justicia transicional. Manual para América latina*. Ed. Félix Reátegui, Comisión de Amnistía, Ministerio de Justicia, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Brasilia / Nueva York, 2011, p. 76.

la verdad, la justicia, la reparación, la memoria y la no repetición de los hechos que configuraron las violaciones a los DDHH.

En el marco de esos propósitos, se ha ido desarrollando en diferentes tratados internacionales una amplia gama de normas en materias de DDHH, y nuestro país ha sido parte activa en foros internacionales implementando avances significativos que permiten a la fecha identificar los desafíos aún pendientes.

Para contribuir a ese propósito, la Facultad de Derecho y este Centro de Estudios Internacionales llevaron a cabo un Seminario Internacional, bajo el título de “Desafíos Post transicionales en materia de Derechos Humanos en Chile”. Nos parecía indispensable que a esta altura de la consolidación de nuestra democracia y el avance en la agenda de DDHH se pusiera énfasis en el marco conceptual de la justicia en las transiciones, los logros que el país exhibe en relación a la materia y los temas en los que debe centrarse el actuar futuro, para que signifique un positivo avance en la etapa que vivimos.

De las investigaciones y ponencias que se presentaron en este Seminario Internacional, da cuenta este *Cuaderno de Difusión*. Se inicia con un interesante trabajo del distinguido catedrático español Carlos Castresana, una autoridad mundial en el tema, quien resalta los elementos de una política de justicia transicional, lo que brinda un marco conceptual de primer nivel para adentrarse en un conocimiento de esta materia.

Con el fin de hacer una revisión del estado en la aplicación de estos conceptos se publica la interesante revisión que Lorena Fries, Directora del Instituto Nacional de DDHH, hace del trabajo de dicha organización al cumplirse cinco años desde su creación. Nos parece que el planteamiento de la agenda a partir de los logros obtenidos cobra la mayor importancia en el avance que diferentes

sectores están llamados a hacer para reforzar el nivel país en el tratamiento de estos temas que inciden en reforzar su imagen internacional.

Forman parte de esta publicación también los trabajos del Profesor Alvaro Paúl sobre el debido proceso frente a la Justicia Transicional y del Profesor Milenko Bertrand referido a la crisis migratoria mundial y realidad de los migrantes en Chile en perspectiva de DDHH, una materia de indudable importancia en nuestro país, donde los procesos migratorios constituyen una realidad creciente que exige actualizar las políticas públicas relacionadas con la temática. Finalmente, Andrés Manke, Defensor Nacional de la Defensoría Pública, propone un análisis de la defensa pública en el sistema interamericano de DDHH.

Desde el CEIUC creemos que esta publicación será relevante para profundizar el conocimiento en una de nuestras líneas de investigación. Nos inspira que la temática de los DDHH y el nivel de desarrollo de las acciones que los fortalecen, hoy constituyen temas exigibles para un país. Es así como Chile, a mayor grado de cumplimiento de las normas internacionales, logra fortalecer y acrecentar su imagen, lo que redundará en un posicionamiento internacional que contribuye al logro de sus objetivos en beneficio del país y su gente.

## CARLOS CASTRESANA-FERNÁNDEZ

Jurista y Fiscal español, Ex Presidente de la Comisión Internacional de las Naciones Unidas contra la Impunidad en Guatemala. Premio Nacional de Derechos Humanos, España 1997.

# NECESIDAD Y POSIBILIDADES DE UNA JUSTICIA TRANSICIONAL EN CHILE

## ELEMENTOS DE UNA POLÍTICA DE JUSTICIA TRANSICIONAL EXITOSA EN LA EXPERIENCIA COMPARADA

### I. INTRODUCCIÓN

Se ha atribuido a Louis Joinet, Magistrado francés —considerado el principal compilador de los principios de la justicia transicional—, la expresión que de alguna manera resume la idea que preside aquella: “es bueno pasar página, pero primero hay que leerla”.

Coincidiendo con el final de la guerra fría, entre los años 80’ y 90’ del siglo XX, y como consecuencia del cambio radical de las relaciones políticas internacionales que conllevó, terminaron muchos conflictos armados internos e internacionales, que en mayor o menor medida eran reflejo y consecuencia de aquella guerra de las superpotencias, fría entre ellas, pero muy caliente en otras latitudes. El orden internacional vigente hasta aquel momento de confrontación y mutua disuasión nuclear, fue sustituido por un nuevo orden basado en la distensión y la cooperación. Durante aquellos años se puso fin también a un buen número de regímenes dictatoriales que igualmente habían surgido o se habían mantenido en el contexto precedente y que

fueron siendo progresivamente reemplazados por gobiernos democráticos.

Es entonces cuando comienza a utilizarse el concepto de justicia transicional para definir al conjunto de normas o directrices que la comunidad internacional considera aplicables a aquellos procesos de transición, caracterizados principalmente por una herencia de violaciones masivas de los derechos humanos y por una crisis institucional inherente a todo cambio político sustancial que hace difícil que opere la justicia ordinaria, porque muchas veces esta es más bien parte del problema que de la solución, ha participado por acción u omisión en los abusos precedentes, está comprometida con el régimen que termina, es disfuncional o corrupta, o está sometida a presiones políticas tales que no le permiten desempeñar su función con independencia, atribución consustancial a la recta impartición de justicia.

En las transiciones políticas, la justicia penal ordinaria suele ser, además, insuficiente. Para transitar de una situación de conflicto, caracterizada por la

falta de libertades civiles y el uso generalizado de la violencia, a otra de coexistencia en la que las controversias se resuelvan pacíficamente mediante el diálogo y los instrumentos de la legalidad y del estado de derecho, es preciso abordar en su conjunto las causas y las consecuencias del conflicto precedente, y arbitrar soluciones para unas y otras, procurando así evitar la perpetuación de aquel, o su transformación hacia una situación diferente, pero que seguirá generando dificultades para la convivencia y nuevas violaciones de los derechos de los ciudadanos<sup>1</sup>. Una cosa es hacer la paz, y otra muy distinta y mucho más difícil es construir la paz.

En tales procesos de transición se suelen plantear dilemas: ciertos valores fundamentales —significativamente el de la justicia— deben ser supuestamente sacrificados en aras de la consecución de la paz, la democracia o la reconciliación. La justicia transicional parte del reconocimiento de la existencia de tales dilemas, y procura darles una respuesta que haga compatibles aquellos valores sin renunciar a ninguno. Su objetivo, pues, es mucho más amplio que el que puede deparar la justicia penal ordinaria: se trata de construir una sociedad nueva que supere el conflicto y lo deje definitivamente atrás.

Consecuentemente, se ha procurado delinear un marco que contemple el valor de la justicia y establezca las responsabilidades respecto de las violaciones de los derechos humanos del pasado, pero que ofrezca además respuestas en el esclarecimiento de la verdad, ofrezca reparaciones adecuadas a las víctimas, y garantice la no repetición de los abusos. Especialmente, se han establecido los límites entre aquello que puede ser objeto de transacción en las negociaciones políticas que

acompañan a las transiciones para obtener los consensos necesarios, y lo que, por afectar a bienes jurídicos supranacionales, en particular al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, no son disponibles por los negociadores. Así, por ejemplo, se señala que al final de un conflicto armado interno conviene otorgar la amnistía más amplia posible a los combatientes<sup>2</sup>, pero también que tales amnistías no pueden favorecer a los responsables de crímenes internacionales o de graves violaciones de derechos humanos<sup>3</sup>. Se establecen los derechos de las víctimas, y correlativamente, los deberes de los Estados.

## II. ORIGEN, CONTEXTO Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Desde la Declaración de Independencia de Estados Unidos en 1776<sup>4</sup>, seguida de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 durante la Revolución Francesa, el contrato social se había articulado a nivel nacional: era un acuerdo entre las autoridades y los ciudadanos de cada país. Ese modelo se reprodujo en todas las Constituciones del siglo XIX y primera mitad del XX.

A partir del final de la Segunda Guerra Mundial, y según se refleja en la Carta de Naciones Unidas en 1945<sup>5</sup>, tiene lugar un cambio de paradigma: constatado que habían perecido en el conflicto muchos más civiles que combatientes, víctimas de los Gobiernos que supuestamente deberían haberles protegido, el contrato social se vuelve global: la comunidad internacional asume un deber de garantía complementario al de los Estados, en caso de que estos no puedan o no quieran otorgar protección efectiva a sus ciudadanos. Los deberes de los

1 El ejemplo de Guatemala es clarificador al respecto: cuando se creó la Comisión Internacional contra la Impunidad (CICIG) en 2006 (una década después de la firma de los Acuerdos de Paz), mediante un acuerdo entre Guatemala y la ONU, el índice de muertes violentas duplicaba el de los años de la guerra. La falta de implementación de las reformas institucionales pactadas en aquellos acuerdos ocasionó que la violencia política diera paso a la delincuencia común, y esta a la delincuencia organizada, en un contexto de virtual colapso del sistema de seguridad y justicia en el país.

2 Artículo 6,5 del Protocolo Adicional II de las Convenciones de Ginebra de 1949, aprobado el 8 de Junio de 1977.

3 Sentencia de la Corte IDH *El Mozote vs. El Salvador* entre muchas otras.

4 Primer documento jurídico-político que establece los derechos humanos como el núcleo inalienable de la relación entre gobernantes y gobernados, sobre el que se asienta el Estado moderno, siendo deber esencial de los primeros y fuente de su legitimidad democrática, además del sufragio, la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los segundos.

5 Ver artículos 55 y 56.

Estados se articulan entonces a partir de la Declaración Universal de 1948 y de los dos Pactos Internacionales de 1966<sup>6</sup>, como obligaciones para con los ciudadanos respecto de los derechos humanos de estos, pero de cuyo respeto y garantía el Estado es responsable frente a la comunidad internacional.

Esos nuevos deberes de los Estados se configuran con carácter vinculante en los Artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>7</sup>: respetar y asegurar. El deber de respetar significa que los servidores públicos tienen que proteger a los ciudadanos en el efectivo ejercicio de sus derechos, y en ningún caso cometer violaciones de los mismos. El deber de asegurar se subdivide a su vez en dos: el de prevenir y el de garantizar. Por el deber de prevención, los poderes públicos deben actuar proactivamente con políticas públicas que procuren evitar que se produzcan las violaciones. El deber de garantizar significa que, si las violaciones se producen, el Estado debe procurar un remedio.

El Pacto de Derechos Civiles, atendiendo a la realidad social del tiempo en que debía ser aplicado<sup>8</sup> prestaba especial atención a los derechos de los imputados en el proceso penal: garantizaba el derecho al juicio justo, precisamente porque el proceso penal era el instrumento del que con mayor frecuencia se servían los Estados para violar los derechos de sus ciudadanos: tribunales de excepción, privaciones ilegítimas y arbitrarias de libertad, incomunicación, restricción del derecho de defensa, etc. La entrada en vigor del Pacto y el establecimiento de estándares vinculantes de garantías procesales que se consideraban los mínimos inherentes al debido proceso, tuvo una consecuencia indeseable: la represión de los Estados se hizo clandestina. La década de los 70<sup>3</sup> es la de las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura. Esa consecuencia vino a generar una nueva evolución del derecho internacional.

6 Los Artículos 2 de ambos Pactos tienen la misma redacción.

7 Coincidentemente, el Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

8 Ambos Pactos, hijos de la Guerra Fría, fueron aprobados en 1966.

A partir de los años 80<sup>3</sup> las resoluciones de los tribunales<sup>9</sup>, y las dictadas por los distintos organismos de la ONU<sup>10</sup> y otros regionales, empiezan a dar mayor relevancia al deber de garantía de los Estados: producida una violación, el Estado debe restaurar el orden jurídico perturbado, investigando, persiguiendo y sancionando a los culpables, y proveyendo reparación a las víctimas<sup>11</sup>. Esa realidad se hace especialmente patente en los años 80<sup>3</sup> y 90<sup>3</sup>: los Estados, que en época de dictadura violaron los deberes a respetar, violaban, siendo ya democracias, sus deberes de garantía porque eran incapaces de proveer remedios efectivos a las víctimas. El problema había pasado de la comisión de los crímenes, a la falta de persecución de los mismos, es decir, a la impunidad.

Es en ese contexto en el que por primera vez la atención se centra en las víctimas; y el primer documento que lo refleja es la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 1985 sobre *Los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*<sup>12</sup>. Y es en ese contexto también que Louis Joinet articuló en 1997 los Principios de la justicia transicional, en cumplimiento de la Decisión 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, sobre los cuatro pilares antes mencionados de verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición, en su Informe de 1997 que tituló *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*<sup>13</sup>.

9 Corte IDH *Velásquez vs. Honduras* y muchas otras posteriores; más completa y reciente, *González (Campo Algodonero) vs. México*.

10 Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Larrosa vs. Uruguay*, *Amirov vs. Rusia*, etc. Comité contra la Tortura de la ONU, *Qani Halimi-Nedzibi vs. Austria*, etc.

11 Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Resoluciones 1999/34, 2000/68, 2001/70, 2002/79, 2003/72, 2004/72, etc.

12 Adoptada en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

13 E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 octubre de 1997. Un buen compendio de las disposiciones más relevantes en materia de justicia transicional puede encontrarse en la edición de la Comisión Colombiana de juristas: [http://www.coljuristas.org/documentos/libros\\_e\\_informes/prin-](http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/prin-)

Al informe de Joinet siguió el de Cherif Bassiouni, *Derechos civiles y políticos, y en particular las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, la administración de justicia, y la impunidad*, también aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 2000<sup>14</sup>, el del propio Secretario General de la ONU en 2004 titulado *El principio de legalidad y la justicia transicional en sociedades en conflicto y post-conflicto*<sup>15</sup>, y en 2005, la *Promoción y protección de los Derechos Humanos. Informe de actualización de los Principios contra la Impunidad de Louis Joinet* a cargo de Diane Orentlicher<sup>16</sup>, y la aprobación el mismo año de una nueva Resolución de la Asamblea General de la ONU, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*<sup>17</sup>. Especialmente relevante es la Nota Directiva del Secretario General de la ONU *Las Naciones Unidas y la Justicia Transicional*, de 2010<sup>18</sup>.

Ninguno de los anteriores documentos establece obligaciones vinculantes para los Estados, pero determinan nítidamente cuál es la *opinio iuris* aceptada por la comunidad internacional de las normas que deben observar en los procesos de transición. Establecen también el deber de garantía de la propia comunidad internacional, que ha tenido manifestación en numerosas Convenciones, Sentencias y Resoluciones, y ha recibido diversas formulaciones: derecho de injerencia, responsabilidad de proteger, prevención de atrocidades, principio de complementariedad, etc. Una de las manifestaciones más notorias de ese deber de garantía internacional es el principio de jurisdicción universal, reconocido en numerosas Convenciones<sup>19</sup>, Reso-

luciones y Sentencias<sup>20</sup>, así como en las legislaciones nacionales, respecto de las violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, entendiéndose por tales indiscutiblemente el genocidio, los crímenes de guerra y contra la humanidad y la tortura<sup>21</sup>, y a los que otras fuentes añaden las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales<sup>22</sup>.

### III. LUCES Y SOMBRAS DE ALGUNAS TRANSICIONES DEMOCRÁTICAS

Cualquier transición política procura pasar de la confrontación a la coexistencia, para llegar a un escenario de convivencia en el que las decisiones se adoptan democráticamente y las controversias se resuelven pacíficamente mediante los instrumentos del estado de derecho y sin recurrir a la violencia. En el Informe y la Nota Directiva del Secretario General de la ONU antes señaladas, de 2004 y 2010 respectivamente, se establecen las recomendaciones y directrices que deben seguirse en los procesos de transición. Resumidamente, estas serían las siguientes:

1º Se deben tomar en cuenta las causas que dieron lugar al conflicto, abordándolas y procurando buscarles solución. A tal fin resultan esenciales las comisiones de la verdad, que deberían identificar y señalar los abusos contra los derechos civiles y políticos, y también las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. En el mismo sentido, las reparaciones deben

cipios\_sobre\_impunidad\_y\_reparaciones.pdf

14 E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000.

15 S/2004/616, de 23 de agosto de 2004.

16 E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

17 Resolución 60/147 aprobada el 16 de diciembre de 2005.

18 Dirigida a los Jefes de Departamento, Oficinas, Fondos, Agencias y Programas de la ONU. 10 de marzo de 2010.

19 Ver, por ejemplo, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949.

20 Quizá la expresión más clara y el precedente más importante hasta hoy del reconocimiento internacional del principio de jurisdicción universal se encuentre en la Sentencia de 24 de marzo de 1999 de la Corte Suprema británica (*Lords of Appeal in Ordinary*) en el caso *Regina vs. Pinochet: The way a State treats its own citizens has become a matter of legitimate concern of the international community*.

21 *Principios de Princeton sobre la jurisdicción Universal* aprobados en 2001 por un grupo de juristas provenientes predominantemente del sistema de *common law* en la Universidad de Princeton, USA: [https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive\\_jur.pdf](https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)

22 *Principios de Bruselas sobre la jurisdicción universal* aprobados en 2002 por un grupo de juristas provenientes predominantemente del sistema de *civil law* en Bruselas, Bélgica: [http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02\\_sp.pdf](http://www.iccnw.org/documents/BrusselsPrinciples6Nov02_sp.pdf)

contemplar compensaciones por la vulneración de unos y otros derechos; y ello, sin discriminación alguna entre las víctimas.

2° En los procesos de paz o de reconciliación deben tomarse en cuenta los derechos humanos, las violaciones del pasado y la prevención de eventuales abusos futuros. Es esencial que se respete la prohibición de otorgar amnistías para las violaciones graves de aquellos derechos: genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad. En especial, deben tomarse en cuenta las violaciones sufridas por mujeres y niños. Deben arbitrase mecanismos de justicia transicional que faciliten el reconocimiento de responsabilidades por los abusos, y debe contarse con la participación de todos los afectados, procurando el mayor consenso posible.

3° Deben arbitrase procedimientos de desarme, desmovilización y reinserción, utilizando la justicia penal para distinguir entre los meros combatientes y los responsables de violaciones graves de los derechos fundamentales los cuales, mediante procedimientos de reforma institucional y depuración, deben quedar excluidos de las instituciones. La reinserción social de los excombatientes debe armonizarse con los programas de reparaciones para las víctimas, y evitando situaciones de inequidad entre unos y otros. El proceso debe tener una perspectiva de género.

En las últimas décadas se han producido más de cuarenta transiciones democráticas. Las experiencias acumuladas en ellas y el desarrollo normativo descrito nos permitirá obtener algunas conclusiones y referencias útiles para Chile. Analizaremos seguidamente de manera breve algunas de las generalmente consideradas como referentes.

## ESPAÑA

El fallecimiento del General Franco en 1975, después de cuatro décadas de dictadura personal que siguió a una cruenta guerra civil, dio paso a la aprobación de la Ley de Reforma Política en 1976 y a la celebración de las primeras elecciones democráticas en 1977. El parlamento elegido aprobó enseguida por mayoría absoluta una Ley de Am-

nistía muy amplia, que perdonaba tanto los crímenes de la dictadura como las actividades hasta entonces consideradas delictivas de la oposición, incluyendo los crímenes violentos de los grupos terroristas. La medida fue bien aceptada por la opinión pública, porque su consecuencia inmediata fue la liberación de todos los presos políticos. La aprobación de la Constitución en 1978 culminó la reforma política. Sin embargo, la inestable situación económica, la continuación del terrorismo de ETA, y la amenaza sostenida de un golpe de estado militar, que finalmente se ejecutó en 1981, aunque afortunadamente resultó frustrado, impidieron la normalización de la convivencia, que solo se produjo después de nuevas elecciones en 1982. El Gobierno de Adolfo Suárez había sido capaz de conducir con éxito la transición, pero recién a partir de la llegada al Gobierno de Felipe González pudo abordarse la reforma de las Fuerzas Armadas, las de Seguridad del Estado y los Servicios de Inteligencia.

En esos años, los mecanismos de justicia transicional más arriba descritos eran aún incipientes, y parece evidente que durante la transición la inestabilidad política no lo permitía, pero cabe preguntarse por qué, particularmente a partir de 1986, luego del ingreso de España a la Unión Europea, no se adoptó iniciativa alguna para saldar cuentas con el pasado y dejarlo atrás. No hubo comisión de la verdad, no se reclamaron responsabilidades ni se iniciaron procedimientos penales<sup>23</sup>, y se reconocieron reparaciones muy limitadas a las víctimas. Se hizo lo que W. G. Sebald describió respecto de la Alemania de posguerra: “un acuerdo tácito, vinculante por igual para todos, de que el estado material y moral de ruina por el que el país había pasado no debía ser descrito: como un secreto de familia”.

Es comprensible la inacción de las víctimas: enfrentadas al dilema de optar entre justicia y democracia, especialmente después del golpe frustrado

<sup>23</sup> En todas sus resoluciones, los Tribunales Supremo y Constitucional españoles han mantenido la validez y la vigencia de la Ley española de Amnistía de 1977, en llamativo contraste con las decisiones en las que han considerado nulas las leyes equivalentes de otros países, la chilena entre ellas.

de 1981, la generación de la transición decidió sacrificar la memoria de sus padres para preservar el futuro de sus hijos. Sin embargo, no puede justificarse de la misma forma la pasividad de los sucesivos Gobiernos, en una democracia ya consolidada, y tampoco la de la comunidad internacional: primero, porque España estaba vinculada desde la ratificación del instrumento internacional, que se verificó en 1977, con anterioridad a la aprobación de la Ley de Amnistía ese mismo año, a los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos dimanantes del Art. 2 del PIDCP antes citado; y segundo, porque el país necesitaba y sigue necesitando enfrentar su traumático pasado. La llamada Ley de memoria histórica<sup>24</sup> supone un paso positivo, pero insuficiente. La Ley de víctimas del terrorismo<sup>25</sup>, a las que se reconocen sus derechos a la memoria, dignidad, justicia y reparación, es muy positiva, pero consagra una discriminación injustificada entre las víctimas de una y otra modalidad de violencia política. Y tampoco es aventurado señalar que los problemas actuales de integración territorial del Estado, polarización ideológica, cuestionamiento de la Constitución y de la Monarquía, falta de transparencia y cultura democrática, corrupción y desigualdad<sup>26</sup>, son en buena medida consecuencia de esa transición inacabada.

24 Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

25 Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

26 La pobreza y la desigualdad han crecido mucho en España en los últimos años. Ver reciente informe de Oxfam, citado en [http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/milmillonarios-controlan-nivel-mundial-igual-riqueza-que-3500-millones-personas-4824030?utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=elPeriodico-ed07h](http://www.elperiodico.com/es/noticias/economia/milmillonarios-controlan-nivel-mundial-igual-riqueza-que-3500-millones-personas-4824030?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=elPeriodico-ed07h). Según la ONG, el 29,2% de la población española, 13,4 millones de personas, se encontraba en el 2014 en situación de riesgo de pobreza o exclusión social, lo que supone 2,3 millones de personas más que en el 2008. La fortuna de solo 20 personas en España equivale a la que concentra el 30% más pobre del país, con un total de 115.100 millones de euros. La tendencia, por otra parte, parece ser global.

## ARGENTINA

La transición se precipitó después de la derrota en la Guerra de las Malvinas, que obligó a la Junta Militar a poner fin a la dictadura que se había instaurado en 1976, y devolver el poder a los civiles, no sin antes promulgar un Decreto de Amnistía, que fue inmediatamente derogado después de las elecciones de 1983. Argentina optó por el camino opuesto al de España: en palabras del Presidente, Raúl Alfonsín: “No puede haber un manto de olvido. Ninguna sociedad puede iniciar una etapa sobre una claudicación ética semejante”. Se constituyó una comisión de la verdad sobre la desaparición de personas que dio cuenta de la existencia acreditada de 340 centros clandestinos de detención durante la dictadura militar, y la desaparición forzada de 8.960 personas.

La publicación del informe de la CONADEP dio paso al enjuiciamiento de los nueve integrantes de las Juntas Militares. En 1985, el General Videla y el Almirante Massera fueron condenados a la pena de reclusión perpetua; otros tres Jefes fueron condenados a diversas penas de prisión, y los cuatro restantes resultaron absueltos. Se iniciaron entonces juicios contra responsables de rango inferior, interrumpiéndose el proceso por sucesivas rebeliones militares de los *carapintadas*, que forzaron la aprobación de las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y, finalmente, ya en 1990, los indultos del Presidente Menem, quedando a partir de entonces interrumpida cualquier persecución penal. La reapertura de los procesos se produjo a partir de 1996, luego de la apertura de una causa ante la Audiencia Nacional en España<sup>27</sup>. En 1998, el Congreso derogó las Leyes de impunidad, y posteriormente, la Corte Suprema declaró

27 A denuncia de la Unión Progresista de Fiscales de España. El proceso tuvo consecuencias directas limitadas: la detención de un Capitán de la Marina Argentina, juzgado y condenado en Madrid, y la de otro, extraditado desde México y re-extraditado más tarde a la propia Argentina una vez que se reanudaron los juicios en aquel país. Sin embargo, parece que el efecto fundamental fue de *demonstración*: la constatación de que se podía combatir eficazmente la impunidad constituyó un revulsivo para la sociedad Argentina, donde la demanda de justicia de las víctimas y de las organizaciones de derechos humanos era muy intensa.

su nulidad. El General Videla fue juzgado y condenado nuevamente a reclusión perpetua.

Argentina es, pues, uno de los países en los que más se ha avanzado en el ámbito de la justicia transicional, pues a la comisión de la verdad y al enjuiciamiento de los principales responsables, se han unido reformas institucionales y programas de reparación, que hacen hoy impensable el retorno a la situación de 1976. Las Fuerzas Armadas, que durante el siglo XX habían sido un actor político más, desempeñan hoy la función que les asigna la Constitución. Sin embargo, resulta dudoso que se haya consumado la reconciliación. En todo caso, el ejemplo de Argentina ilustra las carencias de la propia comunidad internacional, que no intervino en defensa de la democracia Argentina cuando el Gobierno de Alfonsín se vio reiteradamente abocado a la desestabilización precisamente por hacer aquello que el derecho internacional le señalaba como una obligación.

## CHILE

Luego del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 se inició una práctica de violaciones generalizadas de los derechos humanos por parte de agentes del Estado, caracterizada por un patrón sistemático de detenciones arbitrarias, tortura, privación ilegítima de libertad en campos de prisioneros y centros clandestinos, y, finalmente, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. En 1978 se promulgó el Decreto Ley n° 2.191 de Amnistía. En 1980, se aprobó la Constitución que, con algunas reformas posteriores, se encuentra aún vigente. En 1988, el resultado del plebiscito con la victoria del “No” dio lugar al inicio de la transición democrática, celebrándose elecciones en 1989, resultando elegido presidente Patricio Aylwin, que tomaría posesión en marzo de 1990. El Gobierno democrático dispuso enseguida la creación de una comisión de la verdad para esclarecer las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas<sup>28</sup>. En 2001, en el contexto de la Mesa de Diálogo convocada por el Gobierno, las Fuerzas Armadas y el Orden dieron cuenta del destino de 200 personas

<sup>28</sup> La Comisión Rettig dio cuenta inicial de la muerte o desaparición forzada de 2.279 personas.

desaparecidas. En 2003 se constituiría otra comisión de la verdad para la determinación de las víctimas de tortura y privación ilegítima de libertad<sup>29</sup>. Para la reparación de las víctimas de ejecución y desaparición se promulgaron las Leyes 19.123 y 19.980, y, para las víctimas de tortura y prisión política, la Ley 20.874. En los años posteriores a la transición se aprobaron diversas reformas institucionales y cambios a la Constitución de 1980, que sigue no obstante vigente, al igual que la Ley de Amnistía de 1978.

No se produjeron investigaciones significativas en la jurisdicción penal antes de 1996, luego del inicio de la causa ante la Audiencia Nacional de España<sup>30</sup>. Sin duda el precedente de la Argentina de Alfonsín en la década anterior contribuyó a que los Gobiernos de la Concertación, enfrentados al dilema justicia-democracia, optasen por medidas transicionales alternativas a las de los procesos judiciales, según expresa la afirmación del Presidente Aylwin: “justicia, en la medida de lo posible”. Por el contrario, aquellas acciones judiciales se generalizaron a partir del 16 de Octubre de 1998, después del arresto del General Pinochet en Londres<sup>31</sup>.

## SUDÁFRICA

Sudáfrica había vivido desde 1948 bajo el régimen de *apartheid* que establecía la legalidad de la discriminación racial y el predominio de la minoría

<sup>29</sup> La Comisión Valech presentó dos informes. En el segundo, de 2011, se reconoce oficialmente un total de 40.018 víctimas, cifrando en 3.065 los muertos y desaparecidos.

<sup>30</sup> También ante la denuncia de la Unión Progresista de Fiscales de España. Conviene señalar que, aunque la acción penal se ejerció con fundamento en el principio de jurisdicción universal, y por ello con vocación de otorgar protección judicial a todas las víctimas cualquiera que fuese su nacionalidad, concurría además un elemento de conexión relevante que confería legitimidad adicional al proceso: España era el primer país del mundo en número de víctimas, tanto en Argentina como en Chile, después de los propios nacionales de ambos países.

<sup>31</sup> La presión de las víctimas y de la sociedad civil por la justicia era tan fuerte en Chile como en Argentina. Una vez removidos los obstáculos que lo impedían, la justicia comenzó a actuar. A mediados de 2015 había en Chile 1055 causas abiertas, y 298 Agentes del Estado condenados por sentencia definitiva, de los que 96 cumplen pena en cárcel. Ver informe anual 2015 del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

blanca sobre el resto de la población sudafricana. Sucesivas Resoluciones de la ONU condenaron el *apartheid* en los años siguientes, y establecieron sanciones y embargos contra aquel régimen. Finalmente, en 1973 se aprobó la Convención contra el *Apartheid*, considerándolo un crimen de lesa humanidad, estableciendo para su persecución el principio de jurisdicción universal y el deber de cooperación de los Estados, contemplando incluso la posibilidad de que sus responsables fueran enjuiciados ante un tribunal penal internacional. La Convención entró en vigor en 1976.

Las negociaciones entre el Gobierno y la oposición para poner fin al régimen de *apartheid*, que entretanto se había transformado en un conflicto armado interno extendido luego a los países limítrofes, se desarrollaron a partir de 1990. Se legalizó el prohibido Congreso Nacional Africano, se liberó a Nelson Mandela después de 27 años en prisión, y finalmente se celebraron elecciones democráticas en 1994, que el ANC ganó por abrumadora mayoría, eligiéndose a Mandela Presidente. En 1995 se aprobó una nueva Constitución y se constituyó la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (TRC) como un mecanismo mixto que debía ofrecer la verdad respecto de las violaciones de los derechos humanos, establecer los procedimientos de reparaciones para las víctimas, y conceder la amnistía a los victimarios que reconocieran su participación en hechos criminales.

El planteamiento de la TRC resultó discutido desde su creación<sup>32</sup>. Se condenaba el crimen de *apartheid* pero no a sus responsables. Posiblemente, no podía pedirse más a los sudafricanos, pero tampoco hizo nada la comunidad internacional: la Convención de 1973 fue simplemente olvidada. Los mecanismos de justicia y amnistía previo reconocimiento de responsabilidad por parte de los victimarios, se establecían únicamente respecto de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, entendiendo por tales los homicidios, secuestros, torturas o malos tratos infligidos a cualquier persona por motivos políticos del 1 de marzo de 1960 en adelante. Se produjeron

<sup>32</sup> Mediante la *Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995*.

7.112 peticiones de amnistía de las que se concedieron 849. Después se realizaron pocos juicios, y muchos casos están pendientes de juicio desde entonces. Esa situación se explica posiblemente porque entre los responsables de los crímenes se encontraban tanto integrantes del régimen anterior como opositores al mismo, vinculados luego a los Gobiernos siguientes. En definitiva, la transición política fue un éxito, pero los procedimientos de justicia transicional arbitrados han producido resultados limitados: veinte años después, el país padece una criminalidad común muy elevada, la corrupción institucional es generalizada, el sistema judicial ineficiente, y la ausencia y virtual exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales para la mayoría de la población originaria permanece<sup>33</sup>.

## COLOMBIA

El país lleva 60 años de conflicto armado interno entre varios grupos guerrilleros y las Fuerzas Armadas. Se produjo un incremento exponencial de la violencia a partir de 1980 como consecuencia de la aparición de dos nuevos actores beligerantes: los cárteles del narcotráfico y los grupos paramilitares. Se estima que desde su inicio, el conflicto ha cobrado 250.000 vidas, amén de millones de víctimas de desplazamiento interno y otras violaciones graves. Una característica muy marcada del conflicto colombiano es que la mayor parte de las víctimas son civiles, no combatientes. Hasta el 2002, la relación entre víctimas civiles y combatientes era de 80 a 1, y, a partir de 2002<sup>34</sup>, la proporción ha empeorado, pasando a ser de 380 a 1<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Un análisis pormenorizado y riguroso en forma de reportaje periodístico de la creación, actividad y resultados de la TRC Sudafricana puede encontrarse en: Krog, Antjie, *Country of my skull*, New York: Three Rivers Press, 1998.

<sup>34</sup> Año de entrada en vigor del Estatuto de Roma. Para Colombia, la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción a partir de su ratificación del Estatuto (2002) por genocidio y crímenes contra la humanidad, y de 2009 en adelante, también por crímenes de guerra.

<sup>35</sup> Héctor Olásolo Alonso, en el Blog de la Academia Colombiana de Derecho Internacional: <https://debateglobal.wordpress.com/2015/10/02/a-que-se-debe-el-moderado-optimismo-de-la-fiscal-de-la-corte-penal-internacional-sobre-el-acuerdo-para-la-creacion-de-una-jurisdiccion-especial-de-paz-entre-el-gobierno-de-colombia-y-las>

El examen preliminar de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de Noviembre de 2012 imputa a todos los beligerantes crímenes de guerra y contra la humanidad, en las modalidades siguientes:

- A la Fuerza Pública (Ejército y Policía), asesinatos, agresiones sexuales, desapariciones forzadas y torturas.
- A los grupos paramilitares, los mismos delitos que a los militares y, además, desplazamientos forzados y privación ilegítima de libertad.
- A las guerrillas, los mismos delitos que a los paramilitares y además, reclutamiento de niños.

Después de un proceso de desmovilización de los grupos paramilitares en los años anteriores mediante un procedimiento de reducción de penas de prisión a cambio de confesiones, en 2012 se dio comienzo al proceso de paz actual con la negociación entre el Gobierno y las FARC. Enseguida, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional recordó que el derecho internacional no permite la amnistía para crímenes de guerra y de lesa humanidad. No obstante, el Congreso de Colombia aprobó el Acto Legislativo 1 de 2012, por el que se conceden poderes al Congreso para prohibir por ley a la Fiscalía General el ejercicio de acciones penales por crímenes de guerra y contra la humanidad, excepto si son sistemáticos, presentan suficiente gravedad, son representativos de la actuación de instituciones u organizaciones, o afectan a los máximos responsables de aquellas. Para estos casos, la Ley arbitra penas alternativas, régimen especial (domiciliario) de cumplimiento de las penas privativas de libertad, o suspensión del cumplimiento de dichas penas (esta última posibilidad ha sido posteriormente declarada inaplicable por la Corte de Constitucionalidad).

Finalmente, en septiembre de 2015 se ha anunciado el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC, que deberá culminarse en marzo de 2016. Aún se trata, pues, de un acuerdo provisional, del que se desconocen detalles, y que puede experimentar cambios. Según lo que se ha publicado, el Acuerdo contempla una Jurisdicción

---

farc-ep/. En el link, otros comentarios sobre el proceso de paz de Colombia y los acuerdos anunciados.

Especial para la Paz, a la que podrán someterse los responsables de crímenes graves. Los crímenes no graves quedan excluidos. La Jurisdicción Especial deberá garantizar verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición. Para los inculcados que se sometan a dicha jurisdicción y cooperen con la justicia, se establecen penas alternativas, entendiéndose por tales restricciones a la libertad en condiciones especiales (básicamente, justicia restaurativa, en vez de retributiva) de entre 5 y 8 años de duración. Los que no colaboren, podrán recibir penas de hasta 20 años de prisión. Uno de los aspectos más importantes pendiente de determinar es el relativo a si los ya condenados o procesados podrán acogerse también a esa jurisdicción, y si se arbitrará un mecanismo de revisión de las sentencias condenatorias firmes anteriores.

Se han planteado enseguida dudas acerca de si el genocidio y los crímenes contra la humanidad podrán ser considerados crímenes no graves. También, acerca de si esas penas alternativas serán consideradas eficaces, adecuadas y proporcionales a la gravedad de los delitos, según exige el derecho internacional<sup>36</sup>.

#### IV. APLICABILIDAD DEL MODELO DE JUSTICIA TRANSICIONAL DE COLOMBIA A CHILE

La situación de Colombia difiere notoriamente de la de Chile. El conflicto armado interno colombiano hace aplicables a ese país el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional II de 1977, así como el Estatuto de Roma de 1998, que no se aplican en Chile<sup>37</sup>. Las situaciones difieren por la diversa cantidad

---

36 Javier Chinchón Álvarez, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid: <http://avancesendipydipr.blogspot.es/1447170316/el-acuerdo-de-creacion-de-una-jurisdiccion-especial-para-la-paz-en-colombia/>. Ver también Paul Seils, *Squaring Colombia's Circle*, International Center for Transitional Justice.

37 En Chile no resultan de aplicación: las primeras por la ausencia de conflicto armado en Chile, en el sentido legal del término tal como viene definido por las citadas Convenciones y Protocolos; el Estatuto de Roma, porque la jurisdicción de la CPI no es retroactiva y su jurisdicción no atribuye a la Corte competencia sobre hechos anteriores a 2002, año de entrada en vigor del Estatuto.

y gravedad de los crímenes, la multiplicidad de actores estatales y no estatales en Colombia, y el tiempo transcurrido en Chile frente a la actualidad del conflicto colombiano. Finalmente, son distintas porque Chile ha consumado prácticamente su transición democrática, mientras que el proceso en Colombia tiene que atravesar todavía numerosas etapas. Los Acuerdos de Paz, que ya han recibido opiniones tanto favorables como discrepantes, dentro y fuera de Colombia, desde diferentes sectores jurídicos, partidos políticos, organizaciones de derechos humanos y asociaciones de víctimas, deberán en todo caso precisarse antes de obtener efectiva aplicación, y superar varias barreras o controles políticos y legales:

- Aprobación en Colombia por el parlamento y en referéndum popular; y eventualmente, por la Corte Suprema y la Corte de Constitucionalidad.
- Control de Convencionalidad por el sistema interamericano de derechos humanos<sup>38</sup>.
- Convalidación por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. De otra manera, esta podría atraer su competencia, al menos por los delitos más graves y respecto de los principales responsables, en ejercicio del principio de complementariedad prevenido en el Estatuto de Roma.
- Opinión pública y ONGs, entre las que ya se han suscitado reacciones muy críticas<sup>39</sup>.

Sin embargo, existen también similitudes que permiten considerar la posibilidad de implementar en Chile una Jurisdicción Especial para los crímenes cometidos por actores estatales a partir del 11 de septiembre de 1973, similar a la contemplada ahora para Colombia, como alternativa a la jurisdicción penal ordinaria.

Esta ha pronunciado en Chile centenares de sentencias condenatorias, respecto de algunas de las cuales los sentenciados se encuentran cumpliendo condena privativa de libertad; y mantiene un número importante de procedimientos penales

abiertos en distintas fases procesales y pendientes de juicio. También se han dictado resoluciones que han considerado por vía jurisprudencial inaplicable el Decreto Ley de Amnistía, en virtud de la naturaleza internacional de algunos crímenes (delitos de lesa humanidad) que los hace inamnistiables e imprescriptibles. En otros casos, singularmente en los de desapariciones forzadas, se han considerado delitos de ejecución permanente, y por ello, tampoco susceptibles de amnistía o prescripción puesto que, aún habiéndose iniciado su ejecución antes de la aprobación del Decreto Ley de 1978, se habrían seguido cometiendo después mientras se ignore el paradero del desaparecido.

Al mismo tiempo, y de manera contradictoria, muchas denuncias han sido inadmitidas o archivadas en la jurisdicción ordinaria luego de su admisión por aplicación de la Amnistía, o por prescripción gradual o media. Y se ha denegado la revisión de muchas causas por aplicación de la excepción de cosa juzgada.

Por otra parte, existe confusión y resoluciones igualmente contradictorias respecto de la aplicabilidad del procedimiento penal anterior, de carácter inquisitivo, en función de la fecha de ejecución del delito, y el nuevo proceso penal acusatorio. El proceso inquisitivo no debería aplicarse actualmente a ningún caso, ni a los de violaciones de derechos humanos ni a cualquier otro: primero, porque la regla general en materia procesal es la de *tempus regit actum*, a cuyo tenor las normas procesales aplicables a un juicio son las vigentes en el momento de sustanciación del proceso, sea cual sea la fecha del delito; y segundo, porque el proceso inquisitivo, que atribuye al mismo juez las funciones instructora y juzgadora, es incompatible con las garantías del debido proceso, en particular con la exigencia de imparcialidad objetiva del juzgador<sup>40</sup>.

38 Véase, también en este sentido, el trabajo de Paul Seils citado en nota 36.

39 <https://www.hrw.org/es/report/2015/06/23/el-rol-de-los-altos-mandos-en-falsos-positivos/evidencias-de-responsabilidad-de> y <https://www.hrw.org/es/news/2015/09/28/colombia-un-acuerdo-que-sacrifica-la-justicia>.

40 La incompatibilidad entre las funciones instructora y juzgadora está sólidamente establecida desde hace muchos años en la jurisprudencia internacional. Véase por todas la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Piersack vs. Bélgica*. En materia de imparcialidad objetiva —dice el Tribunal— hasta las apariencias importan. Cualquier juez de quien pueda siquiera sospecharse que, por haber intervenido en la fase de investigación del

Todas las circunstancias expresadas producen una notable inseguridad jurídica, con decisiones contradictorias y agravios comparativos, en unos casos para las víctimas, en otros casos para los inculpados. Por ende, tal situación, en lo que se refiere a la indebida falta de juzgamiento o de investigación efectiva de algunos casos, mantiene abierta la vía del ejercicio de la jurisdicción universal por terceros Estados<sup>41</sup>.

La articulación en Chile de una Jurisdicción Especial análoga a la prevista para Colombia debería contar con el mayor consenso social y político posible, que solo podrá obtenerse luego de un debate en el que participen activamente todas las partes afectadas, y probablemente con mediación internacional. El marco podría ser el del debate y la aprobación de una nueva Constitución que dé una mayor relevancia y protección a los derechos económicos, sociales y culturales, además de los civiles y políticos, y arbitre medidas de reducción drástica de la pobreza, la exclusión y la desigualdad social<sup>42</sup>, y el reconocimiento de los derechos específicos de la población originaria, entre otras medidas.

Sería precisa también la declaración expresa de nulidad en el ámbito jurisdiccional o en sede parlamentaria del Decreto Ley de Amnistía de 1978; en primer lugar, por tratarse de una auto-amnistía,

---

delito, tiene formada una opinión preconcebida sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, debe abstenerse de juzgarle.

41 Véase reciente Auto de 20 de octubre de 2015 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España que ha autorizado la reapertura de la causa seguida ante la Audiencia Nacional por el secuestro, tortura y asesinato en Santiago de Chile en 1976 por efectivos de la DINA, del ciudadano español Carmelo Soria Espinosa, precisamente por la falta de efectiva persecución del crimen en Chile.

42 Chile, que en muchos aspectos ostenta un lugar preeminente en la comunidad internacional, y especialmente en América Latina, ocupa sin embargo el 76° lugar del mundo en gasto en salud (7,7% del PIB), el 90° en gasto en educación (4,6 del PIB), y el 158° en recaudación de impuestos y otros ingresos del Estado. El 15,1% de la población chilena vive por debajo del umbral de la pobreza. El 10% más pobre de los chilenos vive con un 1,5% de la riqueza nacional, mientras el 10% más rico retiene el 42%. Es el país con mayor desigualdad social de todos los miembros de la OCDE. Fuente: CIA Factbook, Chile.

nula de pleno derecho por su propia naturaleza<sup>43</sup>. En segundo lugar, porque, en tanto que impide u obstaculiza el acceso de las víctimas a la justicia y la obtención de protección judicial efectiva, es violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, debería acordarse la exclusión por disposición legal expresa de la competencia de la jurisdicción militar por delitos que constituyan violaciones de derechos humanos, en los términos de la jurisprudencia consolidada de la Corte IDH<sup>44</sup>.

Debería igualmente garantizarse el acceso a toda la información disponible en archivos públicos, civiles y militares, de las violaciones de derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990<sup>45</sup>.

El acuerdo que evite que las consecuencias de lo ocurrido se transmitan a las sucesivas generaciones, debería, finalmente, culminar con el perdón; no en el sentido de la exigencia del *full disclosure* establecido como condición para la concesión de amnistía en la TRC sudafricana; tampoco en el de la cooperación al esclarecimiento de los crímenes previsto en los Acuerdos de Paz colombianos como requisito para poder acceder a penas alternativas; más bien en el sentido moral<sup>46</sup>, como un reconocimiento de la propia responsabilidad que solo tiene valor si viene acompañado de la promesa de que no se volverá a repetir el mal que se hizo y no puede ser deshecho. Para que posibilite la reconciliación, el perdón tiene que ser solicitado y aceptado: libera al que lo pide de la culpa, al que lo otorga, de la venganza, y constituye para ambos un compromiso hacia el futuro. Es el único poder que remedia lo irreversible.

---

43 Igual que el Decreto de Amnistía dictado durante su presidencia en Perú por Alberto Fujimori. Ver sentencia casos *Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú* de la Corte IDH.

44 Sentencias de la Corte IDH, *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, y más importante aún, porque se refiere expresamente al Decreto Ley en cuestión, *Almonacid Arellano vs. Chile*.

45 Véase el antes citado Informe Anual 2015 de la Universidad Diego Portales y sus recomendaciones, así como el Informe 2015 del Instituto Nacional de Derechos Humanos y sus recomendaciones.

46 Arendt, Hannah, *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 1998. pp. 255 y ss.

## LORENA FRIES

Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Salamanca, y Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Oxford.

# EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS 2010-2016

## RECAPITULACIÓN Y PROYECCIONES

Este artículo pretende dar cuenta de las dificultades así como de los avances que ha tenido el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) en su instalación y proyección desde su creación y esboza los desafíos pendientes que tiene a futuro. Tal análisis no puede sino tomar en cuenta el contexto nacional e internacional existente en materia de derechos humanos en el que se creó y desarrolló el INDH, los que fueron determinantes para el rumbo que tomó la institución.

### 1. LOS MECANISMOS NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La institucionalidad autónoma para la promoción y protección de los derechos humanos es una creación relativamente reciente en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y ha tenido un vertiginoso desarrollo en las últimas tres décadas. De un total de 193 Estados parte de la Carta de Naciones Unidas, más de 90 de ellos cuentan hoy con Mecanismos Nacionales de Derechos Humanos (MNDH), configurados bajo distintas denominaciones y con distintas funciones bajo un mismo mandato: el de promover y proteger los derechos humanos<sup>1</sup>. El antecedente

de los actuales Institutos de Derechos Humanos, Comisiones de Derechos Humanos y Defensorías del Pueblo tienen un antecedente relevante en la figura del *ombudsman* de los países nórdicos, institución autónoma del gobierno que se remonta a finales del siglo XIX y que tiene como función específica la protección de los ciudadanos frente a las irregularidades y mala actuación de la administración pública.

A partir de la década de los noventa, las Naciones Unidas empiezan a promover la creación de estos mecanismos nacionales que —desde una posición autónoma y no comprometida principalmente con los gobiernos de turno— pudiera contribuir a su pleno ejercicio y protección. Primero convocando a una reunión en París de expertos y en segundo lugar, formalizando los resultados en una Resolución en 2009, en la que se adoptaron los Principios

<sup>1</sup> CIC <http://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20Chart.pdf>

de París, que constituyen el marco que orienta su establecimiento, mandato y requisitos mínimos para la eficacia de su función. No constituyen una receta ni un modelo acabado, puesto que la forma concreta que asumen, es materia a deliberar en cada comunidad política.

En América Central y en América del Sur los procesos de transición a la democracia y de reconstrucción de paz significaron la creación de instituciones autónomas nacionales de derechos humanos con un mandato de promoción y protección de derechos humanos. Bajo la figura de Defensorías del Pueblo, Comisiones de Derechos Humanos y posteriormente como Instituciones de Derechos Humanos, estos mecanismos han acompañado los procesos de reconstrucción democrática reforzando en cada Estado la obligación de garantía y respeto de los derechos de las personas.

Los Principios de París, refrendados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, son por tanto el conjunto de directrices que orientan la creación de los MNDH y buscan ante todo y por sobre todo, que se configuren como una voz poderosa, legítima, creíble y autónoma de los poderes del Estado, haciendo parte a la vez, del mismo Estado.

En efecto, la autonomía, para los Principios de París tiene diversas dimensiones que van desde la jurídica —en el sentido de no estar supeditada en particular al gobierno pero desde luego también al Congreso y el poder judicial—, presupuestaria —en el sentido no solo de contar con los recursos necesarios para hacer eficiente el mandato sino que también en el sentido de no verse coaccionado presupuestariamente por sus opiniones— y reglamentaria —dotándolo de las facultades para regular su funcionamiento de acuerdo a como lo requiera, y también para seleccionar a los funcionarios que trabajaran en la institución— a través de procedimientos que aseguren el ingreso por mérito, considerando además medidas que faciliten la inclusión de personas de grupos históricamente vulnerados.

Otro de los elementos centrales de los Principios de París es que existan instancias colectivas de

decisión que reflejen la pluralidad de visiones presentes en una sociedad, pero con una inclinación clara hacia la participación mayoritaria de representantes de las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos. Esto que es difícil aún de entender en la cultura político institucional chilena tiene un objetivo claro, cual es la acercar a este tipo de instituciones a una relación con la ciudadanía, las personas, que son en definitiva quienes padecen la vulneración de sus derechos por una parte y por otra, a las organizaciones defensoras de derechos humanos. Los MNDH, cabe señalar, son relevantes para el sistema de derechos humanos donde se les asegura su participación en los distintos foros de derechos humanos, una vez que logran acreditarse después de un severo examen para obtener el estatus consultivo.

Por último, es importante que los MNDH sean estables, es decir que se constituyan legal o constitucionalmente y que en dicha norma se establezca un mandato amplio respecto de la promoción y de la protección de la amplia gama de derechos humanos que hacen parte de los diferentes tratados a nivel internacional, y que dicho sea de paso, constituyen una obligación para los Estados que los han ratificado. Esto incluye la facultad de sugerir los tratados internacionales de derechos humanos que deberían ratificarse, la deducción de acciones legales a través de recursos idóneos y eficaces, la representación de situaciones de vulneración a los diversos agentes y poderes públicos y por cierto la cooperación permanente tanto con los órganos del Estado como con las instancias internacionales y regionales multilaterales en materia de derechos humanos.

Existen otras fuentes del DIDH que hacen referencia a estos mecanismos. Estas referencias se hacen desde ámbitos especializados, particularmente, aunque no exclusivamente, en relación a grupos históricamente vulnerados. Y es que durante los 80 y 90 el desarrollo del DIDH y dentro de este, de la dimensión de no discriminación, llevó a la adopción de un conjunto de tratados que desde el reconocimiento a los diferentes colectivos titulares de derechos garantizan derechos humanos. Al-

gunos de ellos refieren a los MNDH u otros órganos similares con mandatos más específicos. Por ejemplo: El Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención sobre Derechos Humanos de Personas con Discapacidad, o bien la Observación General Número 2 de la Convención de Derechos del Niño/a y Adolescente, o de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) o el Comité para la eliminación de la discriminación racial (CERD).

Ahora bien, durante las últimas décadas, los MNDH han tenido que compatibilizar el trabajo de promoción y protección de derechos con la creciente complejidad del trabajo con los grupos históricamente discriminados, los que cuentan además con instrumentos jurídicos internacionales que los reconocen en su diferencia y establecen, principios, normas y resoluciones específicas que obligan, dentro de un abordaje transversal, a enfoques específicos e incluso interseccionales. Frente a ello, los Estados han transitado en una tendencia creciente, de la creación de múltiples organismos autónomos con mandatos específicos de acuerdo al grupo o colectivo en particular, a integrarse en una sola institucionalidad y marco legal que, no exenta de dificultades, ha comprobado ser un modelo más eficaz para el cumplimiento del mandato general de promoción y protección de los derechos humanos de todos y todas. Con ello, se ha logrado estandarizar el trabajo interpretativo de las normas, armonizar principios, y dar un mismo nivel de protección a quienes, bajo el derecho de la no discriminación, requieren de un tratamiento específico dentro del campo de los derechos humanos. En Chile, esta discusión recién comienza y dará cuenta de hasta dónde y cómo se instalará un sistema institucional eficaz de promoción y protección de los derechos humanos, de acuerdo a los Principios de París.

Para finalizar esta visión general sobre la creación y desarrollo de los MNDH, la pregunta que cabe hacerse es ¿por qué consienten los Estados en crearlos? Más aún cuando ello implica un cuestionamiento permanente al Estado y a su quehacer en

esta materia. Sin querer detenerme mucho en este punto que, por cierto, ha dado para diversas investigaciones, cabe señalar que la mayor de las veces los Estados no los crean solo por convicción. Tiene más que ver con la dinámica internacional, con el consenso universal que aún existe en materia de derechos humanos y con la necesidad de los Estados de ser parte de esta comunidad de prestigio. Se trata de una materia —la de derechos humanos— que ha pasado a ser central en la evaluación que de los Estados se hace para su liderazgo regional, para tener mayores márgenes de negociación en otras materias, para incluso favorecer al país en términos de inversiones extranjeras, etc. Traigo a colación el tema porque la demora de Chile en crear un mecanismo nacional, cuando toda América Latina contaba con uno, evidentemente mermaba su imagen internacional, más aún cuando el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, ya en el año 1991 señalaba la necesidad de crearlo, a propósito de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990.

## 2. EL INDH Y EL CONTEXTO CHILENO: DE LA AMENAZA A LA LEGITIMIDAD

La Ley 20.405 se aprueba el 10 de Diciembre de 2009 y el INDH se constituye como tal el 20 de junio de 2010, después de casi cinco años de discusión en el parlamento. Se trata de una figura híbrida que producto de la resistencia que hubo con su creación sufrió restricciones en el proceso legislativo. Y es que no podemos olvidar que cualquier institución que se crea se inserta en un contexto que en el caso de la temática de derechos humanos solo tenía como antecedente la experiencia histórica de represión que sufrieron miles de ciudadanos, principalmente, si hablamos de las violaciones más graves, las personas vinculadas a los partidos de izquierda y algunos sectores de centro, y las organizaciones sociales incluidas las sindicales. Algunas organizaciones influyentes del mundo de los derechos humanos se opusieron a la creación de lo que señalaban era una institución que no cumplía con la necesaria autonomía mientras desde el mundo de la derecha se buscaba morigerar su capacidad de acción efectiva. A ello se suma un dato no menor, que es que el 10 de

marzo asume, por primera vez en democracia un gobierno de centro/derecha entre cuyos partidos y militantes se encuentran figuras reconocidas por su vínculo con la dictadura.

El mandato legal del INDH es amplio. El Artículo 2 señala que su misión es la promoción y protección de los derechos humanos, reconocidos en la Constitución y las leyes, los tratados internacionales de derechos humanos y los principios generales del Derecho comúnmente aceptados. Así, por primera vez, una ley considera como parte explícita de su mandato los derechos reconocidos en los tratados internacionales y por tanto las obligaciones que de ellos y sus órganos autorizados se derivan. Para eso la ley lo faculta explícitamente a promover la adecuación de las leyes a los tratados ratificados y a colaborar con el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos. Me parece importante destacar que ello sitúa al INDH como bisagra entre las normas y organismos de protección de derechos humanos a nivel internacional y las normas y organismos del Estado.

En cuanto a su estructura y composición, la ley fija en el Consejo del INDH la dirección superior de la institución. Este está compuesto por personas elegidas o nominadas por distintos estamentos: el congreso, la presidencia, la academia y las organizaciones de la sociedad civil. Es este último componente el que, de acuerdo a los Principios de París, resulta indispensable para dar mayor fuerza a la autonomía que debe caracterizar a este tipo de instituciones. En definitiva se busca incorporar con una incidencia real a quienes aportan la experiencia de afectaciones de derechos o de protección a grupos históricamente discriminados. Representan un 36% de los votos (4), al igual que aquellos nombrados por el Congreso (4), mientras que los demás estamentos (3 personas) constituyen el 28%.

Así, el INDH se constituye como un hito en la institucionalidad democrática en materia de derechos humanos, marcando el inicio de una etapa de mayor recepción del DIDH en Chile. Se da también el primer paso en términos de la configuración de una red institucional de promoción y protección de los derechos humanos en el país.

## 2.1 EL INDH EN EL CHILE ACTUAL

En la creación del INDH se conjugan la decantación del proceso de verdad, justicia y reparación que asumió el Estado de Chile a propósito de los crímenes cometidos durante la dictadura, y la creciente legitimidad de los procesos internacionales de protección de los derechos humanos con un contexto en esta materia —el chileno— que será el que marque los desafíos de la primera etapa, la de su instalación.

### EL DISCURSO INTEGRAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tema de los derechos humanos en Chile está estrechamente vinculado a la experiencia histórica reciente. En efecto, es a propósito de las atrocidades cometidas durante la dictadura, de la experiencia que vivieron miles de personas durante dicho período que se empieza a hablar de derechos humanos o más precisamente de su violación<sup>2</sup>. Esta idea de los derechos humanos ya presente en el ámbito internacional antes de los 70s, no fue sino hasta mucho después un componente de los discursos políticos y públicos. En el marco de la guerra fría, los actores políticos intentaban o limitar la ampliación de derechos civiles y políticos a económicos y sociales, o bien reafirmar el carácter colectivo y material de estos últimos en desmedro de los derechos y libertades individuales. Lo cierto es que ni para la izquierda ni para la derecha constituían parte de sus proyectos ideológicos y que es la experiencia vivida durante el régimen de Pinochet la que los significa al punto de su politización. Así los derechos humanos se asociaron en su violación por una parte, con las víctimas —fundamentalmente de izquierda— y por otra, en su comisión con los victimarios —fundamentalmente de derecha o ligados a la dictadura. Esta resistencia y apropiación que hacen los diferentes actores políticos del tema de derechos humanos marca la agenda en la materia volcándola fundamentalmente hacia el cumplimiento de las obligaciones de verdad, justicia y reparación,

<sup>2</sup> La Encuesta de Derechos Humanos del INDH en 2011 arrojaba que un 80,33% de los encuestados coincidía en que entre 1973 y 1990 se habían violado derechos básicos y solo un 47% reconoce la existencia de otros derechos.

postergando un enfoque más integral y comprometido hasta el 2010, fecha en la que asume el primer gobierno de centro derecha encabezado por el ex presidente Sebastián Piñera y se crea el INDH.

El primer desafío que asumió el INDH fue el de dar continuidad histórica al discurso de derechos humanos, construyendo puentes entre ese doloroso pasado y los problemas de derechos humanos en el presente. Abusos en la función de orden público por parte de Carabineros, prácticas de tortura en aquellos establecimientos donde se encuentran personas privadas de libertad —cárceles, y comisarías— custodia y depósito de los antecedentes de verdad y la posibilidad de sistematizarlos para que hagan parte eventualmente del patrimonio cultural e histórico del país sirviendo a los propósitos de un nunca más, hacen parte de estos esfuerzos. También cabe señalar que si bien existe una institucionalidad gubernamental que asesora legalmente a las víctimas de la dictadura y promueve la memoria de dichos crímenes como parte de las garantías de no repetición a las que está obligado el Estado, el INDH ha asumido como parte de sus funciones la visibilización de los déficits que aún existen en esta materia y que fundamentalmente dicen relación con las víctimas de prisión política y tortura.

Por otro lado, un segundo desafío fue el de la ampliación del discurso de derechos humanos a la integridad de ellos, particularmente hacia el campo de los derechos económicos, sociales y culturales y a los temas de no discriminación, en particular respecto de aquellos de ciertos colectivos y grupos que sufren de una discriminación estructural. En este marco, cabe señalar que el contexto de movilizaciones que se desarrolla durante el año 2011 facilitó dicha tarea puesto que por primera vez emerge como tal un discurso reivindicativo de derechos. La instalación de dicho discurso reforzado por el INDH, desde un campo normativo, ha validado el DIDH como referencia en el debate público. El impacto de ello es evidente en el desplazamiento de los cuestionamientos iniciales hacia el DIDH y sus organismos de protección en tanto parciales y militantes hacia un cuestionamiento, *intra corpus* de derechos humanos.

Evidencia de ello es la proliferación de artículos de prensa, columnas e investigaciones iniciales y la apertura que han tenido que hacer los centros de pensamiento y universidades más conservadoras para encarar este debate con herramientas más especializadas.

El tercer desafío propuesto para la primera etapa del INDH, además de la continuidad histórica y la integralidad de los derechos humanos fue el vínculo entre el sistema internacional y regional de protección de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico e institucional doméstico. En efecto, han existido y aún existen obstáculos políticos, jurídicos y hasta culturales en la recepción del DIDH. Por una parte el rezago que produjo la dictadura producto de la sospecha sobre estos órganos que cuestionaron la situación a los derechos humanos entonces, la falta de mecanismos concretos para la incorporación de recomendaciones e incluso para la ejecución de sentencias que emanan de órganos internacionales con carácter jurisdiccional, la ausencia de esta temática en las mallas curriculares de carreras de las ciencias jurídicas, entre otros factores, contribuyeron durante décadas a restringir su consideración en el ámbito doméstico.

En términos de balance, se puede señalar que el discurso de los derechos humanos en general constituye, hoy por hoy, una referencia más en el debate público. El INDH ha operado como una bisagra institucional bajando los contenidos normativos que reconocen derechos, que dan sentido y alcance a los mismos, así como a evidenciar la forma en que se concretan las obligaciones jurídicas. Así mismo ha prestado colaboración permanente a las instancias de protección con información que les permite un mejor seguimiento al cumplimiento de las obligaciones jurídicas contraídas por el Estado.

Así mismo, el posicionamiento público del INDH ha contribuido a que la ciudadanía vaya ampliando su comprensión de los derechos humanos en los vectores de continuidad e integralidad de estos. Los resultados de la encuesta que realiza el INDH cada dos años arrojan avances en este sentido. Si en la primera encuesta, realizada en el 2011 la mayoría de la población refiere el término

“derechos humanos” a las violaciones cometidas durante la dictadura, en la última se señalan por mención espontánea un conjunto de derechos que involucran tanto a los civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. Como se decía, la propia coyuntura política y social del país ha contribuido de manera decisiva además a la ampliación de la percepción sobre los derechos humanos y del rol del Estado en su garantía y respeto.

## INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS

La creación de cualquier institución al interior del Estado es una tarea difícil en tanto rompe con las inercias de funcionamiento tal y como se las conocía, para incorporar nuevas dinámicas, relaciones y acciones. En este caso, la complejidad de instalar una entidad pública pero autónoma con un mandato de promoción y protección implica un nivel de tensión mayor, dado que se trata entre otras funciones de representarle a la autoridad pública su conducta en materia de derechos humanos.

Así, en primer lugar, hubo que sostener el argumento de la autonomía del INDH para salir de la tutela del Ministerio del Interior, dependencia a la que aparecía ligada el Instituto al menos en términos presupuestarios. En segundo lugar, hubo que realizar una tarea de pedagogía con los distintos poderes del Estado para que entendieran la función y el lugar que debía cumplir el Instituto dentro de la institucionalidad estatal. La excepcionalidad de este tipo de órganos dentro de la cultura institucional chilena dificultó dicha tarea inicialmente, cediendo en el tiempo, a un mayor entendimiento y colaboración con las autoridades. Así, en la actualidad, el INDH participa de las diferentes mesas técnicas intersectoriales de gobierno que existen en torno a diferentes materias de relevancia para la vigencia de los derechos humanos; trata, migrantes, Comisión Asesora Presidencial para el Relacionamento Previo en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), etc. En este balance —que es positivo en términos generales—, cabe señalar que la mayor dificultad en la instalación del INDH como parte

de la institucionalidad pública ha sido su relación con Carabineros de Chile. Claramente lo anterior se debe a la falta de mecanismos de rendición de cuentas de dicha institución, la que se ha visto cuestionada en el ejercicio de sus funciones de orden público y gestión de manifestaciones por el INDH, cuestión que se ve expresada anualmente en el informe que el INDH elabora sobre la materia y que es aprobado por el Consejo.

Por su parte, el INDH ha logrado también reconocimiento en su rol en el Congreso. Las comisiones tanto de la Cámara como del Senado demandan y aceptan la opinión del INDH sobre proyectos que tienen impacto directo en la garantía y el respeto de los derechos humanos, más allá del acuerdo o desacuerdo que con dichos informes se tenga por parte de los parlamentarios.

En relación al Poder Judicial, la aceptación del INDH como un nuevo actor ha sido gradual, más que nada en relación a la institución del *Amicus Curiae*. En efecto, no ha provocado conflicto alguno ante los tribunales de justicia, la presentación de querrelas y recursos de protección y de amparo puesto que se trata de atribuciones que amplían la posibilidad de protección hacia los/las ciudadanos/as. Sin embargo, y frente al rechazo en la Corte Suprema de un *Amicus Curiae* presentado en el marco de una solicitud de nulidad de la sentencia penal que condena a Héctor Llaitul, se optó por presentar un documento que explicara esta institución —que se utiliza en la mayoría de los foros jurisdiccionales de derechos humanos— al pleno de la corte quien resolvió en definitiva que estaba abierto a este tipo de institución en la medida que los Tribunales lo solicitaran, cuestión que en varios casos ha sido así y, en otros, han sido considerados por algunas de sus salas, a pesar de la resistencia del pleno de la Corte.

No menos importante ha sido la generación de una relación con las organizaciones de derechos humanos de la sociedad civil. Consideremos que en general las organizaciones de la sociedad civil que han trabajado en las diversas temáticas de derechos humanos sufren de una histórica devaluación por parte del Estado, a pesar de la relevancia que han tenido en la promoción y defensa de los derechos

humanos. Para estas organizaciones fue un logro que personas que se desempeñaron históricamente en ellas pasaran a integrar y dirigir, en mi caso, el INDH. Sin embargo, eso fue leído en un principio como una suerte de representación de las organizaciones en el Consejo, cuestión que tuvo que ser despejada para dejar claro el rol del INDH en relación a la sociedad civil, así como también hubo que explicitar la calidad de autónomos de sus consejeros/as respecto de los cuerpos electorales que los elijen. Superadas estas dos dificultades iniciales, se priorizó un trabajo en regiones con las organizaciones de manera de acercar a dos mundos históricamente separados, esto es: las organizaciones de derechos humanos históricas dedicadas a la defensa de las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura y, las organizaciones que se dedicaron a otro tipo de violaciones a los derechos humanos, fundamentalmente ya en democracia. Durante estas jornadas, que se realizaron durante un año, se levantaron diagnósticos de la situación de los derechos humanos en regiones y también agendas de incidencia que permitieron un trabajo conjunto y la posibilidad de politizar la acción en derechos humanos a nivel de territorios. Así, el fortalecimiento de la sociedad civil como un elemento insustituible para la exigibilidad política y jurídica de los derechos humanos constituyó el norte del primer período de funcionamiento del INDH.

## 2.2 DESAFÍOS Y PROYECCIONES PARA EL CHILE QUE VIENE

### DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS

En términos de desafíos a futuro, hay que seguir fortaleciendo el carácter universal e integral de los derechos humanos. Para ello, una herramienta fundamental es la educación y formación en esta materia.

El INDH realizó durante sus primeros años un trabajo concienzudo en formación y capacitación de funcionarios públicos dirigido a instalar capacidades en la administración del Estado. A la vez logró construir una oferta académica interesante que empieza a consolidarse a la vez que a abrirse progresivamente a regiones. Así, se han creado centros de derechos humanos en distintas

universidades del país que responden a diversos enfoques disciplinarios o interdisciplinarios, siete diplomados y la primera Maestría en Derecho Internacional de Derechos Humanos. Este esfuerzo, que sin duda debe mantenerse y ampliarse en el tiempo, debe ir acompañado de mecanismos que permitan asegurar la inclusión permanente de contenidos de derechos humanos a nivel curricular en distintas carreras. Un foco especial en estos procesos de formación ha sido la elaboración de materiales pedagógicos sobre derechos humanos, con guías que facilitan a los profesores de educación básica y media, su aplicación.

Un segundo desafío es abrir un debate sobre el efecto horizontal de los derechos humanos. Sin duda el paradigma actual se centra en la acción u omisión de los Estados la responsabilidad principal, tanto en materia de garantía y respeto de los derechos como en cuanto a la violación de los mismos. No obstante existe ya hace años un debate a nivel global sobre la responsabilidad que los privados/particulares pueden tener en esta materia. Por cierto que hay ámbitos donde esto ya es una realidad como en el caso de la responsabilidad de los grupos beligerantes en conflictos internos o externos pero no se ha zanjado aún en términos de instrumentos jurídicos vinculantes en el caso de otros actores cuyo quehacer impacta con una fuerza cada vez más relevante en la vigencia de los derechos humanos. Me refiero, por ejemplo, a actores como las empresas y transnacionales o los grupos terroristas.

### INSTITUCIONALIDAD Y POLÍTICAS PÚBLICAS

El Estado chileno se ha caracterizado en materia de institucionalidad de derechos humanos por la creación, a través de decretos presidenciales, de instancias con plazos acotados de vigencia, para lidiar exclusivamente con el legado de violaciones a los derechos humanos cometidas bajo el régimen de Pinochet. En estos casos ha habido clara voluntad política y al contrario de lo que ha pasado en otros países con deudas en estas materias, ha logrado contar con tres instancias —comisiones de verdad— de alto nivel que han ido

estableciendo la verdad de lo ocurrido en materia de desaparición forzada, ejecuciones arbitrarias, prisión política y tortura.

Existen además, tanto en el Congreso como en el gobierno instancias que refieren a temas más amplios en materia de derechos humanos como son las respectivas Comisiones de Derechos Humanos en el Senado y la Cámara de Diputados, la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería y el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y sus enlaces sectoriales<sup>3</sup>. A ello se agrega la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial con sede única en Santiago que lleva causas de derechos humanos relacionadas con el pasado pero también acciones para la protección de derechos de las personas migrantes y víctimas de la violencia policial<sup>4</sup>.

Es en este marco de institucionalidad acotada y fragmentada dentro del aparato del Estado —particularmente del Gobierno— que se crea el INDH como institución autónoma y permanente, con un mandato de promoción y protección integral de los derechos humanos, a la que se incorporará próximamente la Subsecretaría de Derechos Humanos, superando el déficit institucional que existía en el Poder Ejecutivo en este campo. La subsecretaría constituye un complemento de la función del INDH que fortalece la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y por tanto la relación entre los dos organismos con este fin, será uno de los desafíos para ambas instituciones.

Pero, el desafío más fuerte para el INDH dice relación con la actual discusión sobre institucionalidad autónoma en derechos humanos. Las organizaciones de derechos humanos, fundamentalmente las que promueven y defienden los derechos humanos

de grupos específicos, han planteado desde los años 90 la necesidad de contar paralelamente con la Defensoría de la Niñez, el Defensor Ciudadano, y el *Ombudsperson* para las personas en situación de discapacidad, entre otros. No obstante, la fragmentación del trabajo de estas organizaciones, espejo de lo que pasa a nivel del Estado, ha dado como resultado la generación de propuestas múltiples, con mandatos específicos que coexisten unas con otras pero sin una mirada que permita hacer del total de la red que se plantea, un diseño coherente y eficaz. Existen razones para la formulación de estas propuestas, entre ellas, la debilidad institucional que ha existido en materia de promoción y protección de los grupos tradicionalmente discriminados, pero no es menos cierto que la proliferación de este tipo de instituciones autónomas puede atentar contra la eficacia de las mismas de no mediar una reflexión más profunda que incluya los aprendizajes con las que llega al presente el INDH. Además de señalar que la tendencia mundial 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 de derechos humanos que contenga programas, defensorías adjuntas o relatorías especializadas, se dificulta el abordaje transversal de los derechos humanos con consecuencias que pueden impactar con una interpretación consistente de los estándares internacionales. La eventual existencia de varias puertas de entrada a las denuncias por afectación de derechos e incluso la merma política que puede significar una pluralidad de opiniones y recomendaciones frente a los poderes del Estado son aspectos a considerar. A ello se suma el aumento del gasto y la malsana relación de competencia entre estas instituciones, incluido el INDH, para negociar sus presupuestos.

Pero, es quizás la diversidad de modelos de generación de la autoridad en dichos nuevos organismos lo que más preocupa desde el punto de vista de la coherencia y también desde el punto de vista de la autonomía. Se propone que el Defensor del Niño/a y Adolescente sea nombrado por el Senado, mientras que el Defensor Ciudadano por la Cámara, a lo que se suma la naturaleza colegiada del INDH y la generación de su Director/a por

3 Para efectos de implementar y supervisar la entrega de beneficios económicos y sociales que hacen parte de la política de reparación a las víctimas y/o sus familiares.

4 Un tercer nivel de organismos que se inscriben indirectamente en la función de promoción y protección de los derechos de las personas son las superintendencias de salud y de educación, el Servicio Nacional del Consumidor, la Contraloría General de la República y la Comisión Defensora Ciudadana dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

su propio Consejo. Esta disparidad puede, en la práctica dotar de diferentes fuentes de legitimidad a sus autoridades lo que puede hacer más débil el trabajo de unos u otros, dependiendo de donde se ponga la legitimidad. El modelo colegiado y plural, con participación de la sociedad civil, es desde mi punto de vista un modelo a seguir. En el contexto actual, donde las instituciones públicas son cuestionadas y generan desconfianza, no parece adecuado vincular los procesos de generación de la autoridad al Congreso ni a ningún otro poder del Estado. La pluralidad de estamentos presentes en el INDH otorgan, desde mi experiencia, una base que puede gozar de mayor legitimidad para entidades que se basan en la autoridad de sus opiniones y recomendaciones.

En este escenario, lo razonable es propiciar un debate amplio y participativo con los actores gubernamentales y de la sociedad civil de manera de evitar los riesgos de una institucionalidad múltiple y propender hacia una propuesta de diseño institucional que cumpla con el fin último de promover y otorgar una protección eficaz y oportuna frente a la violación de derechos. El INDH, dada la experiencia que ha ido acumulando, debiera tener una voz central en estas materias.

#### ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Si los dos aspectos anteriores presentan dificultades, el de las políticas públicas presenta aún mayores desafíos en la medida que requiere de ellos. En efecto, el discurso y la institucionalidad de derechos humanos permiten dar sentido y un marco operativo para la garantía y respeto de los derechos humanos a las políticas públicas. Estas últimas, y más específicamente la política social, constituyen el instrumental a través del cual esto se realiza en la práctica, vehiculizando las obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos. Es aquí donde aparece el enfoque de derechos humanos como marco conceptual a la base del diseño e implementación de dichas políticas, teniendo como telón de fondo el desarrollo humano y situándose como respuesta a los procesos de ajustes y de reducción del Estado en la década de los 80, con la consecuente pérdida de derechos.

El enfoque de derechos humanos conceptualmente permite transitar desde una noción asistencial —consumidor/usuario— de la política social hacia una de titularidad de derechos, en la que se identifican claramente quiénes son estos, quiénes son los obligados en el aparato del Estado a otorgar el servicio o prestación a través de la cual se concreta el derecho en particular, y cuáles son los mecanismos de exigibilidad con que cuentan los titulares de dichos derechos. Para ello se asume como principios: a) la participación y empoderamiento de las personas en los procesos de diseño, implementación y evaluación de la política pública, así como en la exigibilidad de los mismos; b) la prohibición de regresividad y c) aplicación del principio de no discriminación.

Respecto del primer punto, la participación de los titulares de derechos, si bien hay ejemplos de políticas o programas que dan cuenta de este enfoque, no es menos cierto que el sector público sigue estando fundamentalmente centrado en una estrategia de satisfacción de necesidades y no de garantía de derechos, con débil participación de la sociedad civil, canalizada, fundamentalmente, a través de la ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación ciudadana en la gestión pública, y con un gran déficit en materia de exigibilidad de derechos económicos sociales y culturales.

Respecto del segundo principio, la prohibición de regresividad, esto es que si bien los Estados, en el marco del DIDH tienen la posibilidad de planificar y hasta diferir la realización de estos derechos en tanto dependen del monto de los recursos que se puedan destinar a los mismos, lo que constituye una obligación es dedicar el máximo de los recursos disponibles a la concreción de los derechos humanos y no retroceder en términos de la inversión o gasto realizado, en cobertura, en calidad, en beneficios, etc.

Por último, respecto del principio de no discriminación, se trata de una obligación inmediata, es decir, independientemente de la gradualidad con la que se avance hacia la realización de los derechos, en particular en derechos económicos, sociales y culturales. Es decir este avance no puede realizarse a costa de la exclusión de ciertos grupos

en razón de determinados factores o adscripciones como el sexo, género, condición socio-económica, nacionalidad, etc. En este aspecto, el Estado presenta deficiencias también puesto que no cuenta con herramientas de promoción y empoderamiento de los grupos más excluidos.

**MILENKO BERTRAND-GALINDO A.**

Doctor en Derechos Humanos y Máster en Derecho Internacional. Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

# **DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL CONTEXTO POST-TRANSICIONAL CHILENO**

Este artículo propone la necesidad de un especial esfuerzo en la configuración de una legislación y política migratoria que garantice los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país. Se expone el desarrollo progresivo de la agenda de derechos humanos en el contexto latinoamericano y la preponderancia que han adquirido en el contexto post-transicional, la protección de los derechos humanos de grupos vulnerables, entre ellos, la población migrante. Paralelamente, se advierte de los desafíos que enfrentan las democracias latinoamericanas actuales para dar debida protección a grupos que no poseen un acceso en igualdad de condiciones al debate de políticas públicas, debido a las restricciones en el ejercicio del derecho al voto. Finalmente se recogen los recientes progresos en política migratoria por parte del Ejecutivo, y se destacan los desafíos que dichas iniciativas enfrentarán en un contexto cultural y político adverso, que hace necesario repensar un cambio de paradigma cultural en la relación de Chile y la construcción de su identidad nacional.

## **1. LA TRANSICIÓN HACIA UNA NUEVA AGENDA EN DERECHOS HUMANOS**

Ciertamente existen convergencias históricas entre los procesos transicionales y post-transicionales que han experimentado nuestras naciones latinoamericanas a partir de fines de la década de 1980. Paralelamente a la recuperación de la democracia, los países de la región iniciaron procesos más o menos extensos y más o menos exitosos de justicia transicional intentando satisfacer las demandas de verdad, justicia, reparación y no repetición respecto de las pasadas violaciones sistemáticas de derechos humanos. Si bien ningún país de la

región puede dar por clausurados dichos procesos que aún siguen incompletos, no es menos cierto que en la última década las demandas en materia de derechos humanos se han extendido a nuevos y variados derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales a los que los gobiernos apenas han comenzado a responder en forma de políticas públicas estructuradas y coherentes.

Un claro ejemplo de la expansión y evolución por etapas que ha experimentado la agenda de derechos humanos en la región, puede encontrarse en la propia jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH)

que puede dividirse, *grosso modo*, en tres etapas distintas<sup>1</sup>.

Si bien las bases del SIDH fueron concebidas en una época de relativa estabilidad democrática, al momento de comenzar a operar la Comisión y Corte Interamericanas, estas debieron enfrentar un escenario en el que casi la totalidad de la región experimentaba violaciones sistemáticas de derechos humanos como política de Estado por parte de gobiernos dictatoriales de derechas (Argentina, Brasil, Chile, etc.) o izquierdas (Perú, Cuba, Nicaragua). En efecto, desde la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en 1960<sup>2</sup>, los Comisionados recién electos se enfrentaron a la realidad de un continente en el que las crecientes disputas ideológicas de la guerra fría operaron como catalizadores de levantamientos armados y la consiguiente imposición de regímenes marciales basados en la doctrina de la seguridad nacional<sup>3</sup>. Con gran destreza diplomática y muchas veces extralimitándose en las atribuciones que los países les habían otorgado originalmente, los Comisionados concentraron sus esfuerzos en denunciar ante la comunidad internacional las prácticas de vulneración reiterada de los derechos a la vida<sup>4</sup>, a la integridad física y psíquica<sup>5</sup>, a la libertad y seguridad personal<sup>6</sup>, y a la libre circulación<sup>7</sup>. En la misma línea, las primeras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos (en adelante, Corte IDH) de fines de los 80 (*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *Godínez Cruz vs. Honduras* y *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*) tenían como común denominador su origen en la denuncia de desapariciones forzadas, tortura y ejecuciones extrajudiciales<sup>8</sup>.

No fue sino hasta la década de los 90, recuperada ya la democracia en la mayoría del continente, que comenzaron a adquirir relevancia pública otros derechos, llegando a la CIDH y luego a la Corte IDH, un considerable número de casos en que se reclamaba, en adición a los derechos ya mencionados, el derecho de protección judicial (artículo 8° de la Convención Americana) y el derecho a un recurso judicial eficaz (artículo 25° de la Convención Americana), en relación a la impunidad imperante respecto a los crímenes de derechos humanos cometidos durante los períodos de represión militar. La Comisión Interamericana sostuvo en numerosos informes de Fondo e Informes País, la incompatibilidad de las leyes de amnistía vigentes en varios países americanos, con el derecho humano a la verdad y la justicia, lo que fue finalmente recogido por la Corte en su sentencia de fondo del caso *Barrios Altos vs. Perú* en 2001, ratificando así que el deber de investigar las violaciones a derechos humanos establecido en *Velásquez Rodríguez*, implicaba entre otras, la incompatibilidad de la Convención Americana con cualquier ley de amnistía o punto final<sup>9</sup>.

1 Goldman, R. K. "History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights", pp. 859-887.

2 A partir del encargo de los Ministros de Relaciones Exteriores al Comité Jurídico en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en 1959 en Santiago, Chile.

3 Farer, T. "The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox", pp. 510-546.

4 Artículo 1° de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y posterior artículo 4° de la Convención Americana.

5 Artículo 1° de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y posterior artículo 5° de la Convención Americana.

6 Artículos 1° y 25° de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y posterior artículo 7° de la Convención Americana.

7 Artículo 8° de la Declaración Americana de Derechos Humanos, y posterior artículo 22° Convención Americana.

8 Medina Quiroga, C. *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*.

9 Algunas de las principales decisiones de la Corte IDH en esta materia se encuentran en las sentencias de fondo de *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006; *Agustín Goiburú y Otros vs. Paraguay*, de 22 de septiembre de 2006; *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 15 de junio de 2005; *Gomes Lund y Otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, de 24 de noviembre de 2010; *La Cantuta vs. Perú*, de 29 de noviembre de 2006; *Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011, etc. Asimismo, la Corte ha establecido la prohibición de aplicar leyes de amnistía, prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, o el principio *non bis in idem* como mecanismo para eludir el deber de investigación, juzgamiento, sanción a los culpables y reparación a las víctimas en sus sentencias de fondo en los casos *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, de 22 de noviembre de 2004; *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, de 12 de septiembre de 2005; "*Masacre de Mapiripán*" vs. Colombia, de 15 de septiembre

Con el regreso a la democracia se produjo un importante número de ratificaciones de otros instrumentos de derechos humanos por parte de los países de la región<sup>10</sup>, entre los que destacan a nivel interamericano, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención de Belém do Pará”)<sup>11</sup>, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad<sup>12</sup>, e instrumentos del Sistema Universal como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>13</sup>, la Convención sobre los derechos del niño<sup>14</sup>, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares<sup>15</sup>, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>16</sup>, y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales<sup>17</sup>.

Estos instrumentos y su recepción por parte de la jurisprudencia interamericana fueron ampliando progresivamente el catálogo de derechos sobre los que la Comisión y Corte comenzó a ejercer su jurisdicción, destacando particularmente en los

últimos 15 años la creciente preocupación por los derechos de las minorías y los grupos históricamente vulnerables<sup>18</sup>.

Sin la presión de violaciones sistemáticas de derechos básicos de vida y libertad, al menos en cuanto política de Estado, las sociedades americanas pudieron por fin tornar su atención hacia un amplio conjunto de otros derechos humanos que, si bien estaban consagrados desde los primeros instrumentos internacionales, habían sido postergados a raíz de las urgencias políticas de nuestro continente en el siglo pasado.

Por lo mismo, y muchas veces siguiendo los avances de la jurisprudencia europea, cuyo contexto democrático le había permitido concentrarse en estas materias con varios años de anticipación, nuestro continente comenzó a avanzar en la comprensión de que los derechos humanos no solo se referían a las situaciones de abuso en dictadura, sino que cubrían también la protección de una amplia gama de libertades y prestaciones, así como la especial protección de grupos vulnerables como mujeres, niños, pueblos indígenas, minorías sexuales, personas con discapacidad, minorías raciales y migrantes, entre otros, los que continúan sufriendo una discriminación sistemática aun en democracia.

En paralelo, sin embargo, a la ampliación del catálogo de derechos humanos cuya garantía e incorporación a las políticas públicas nacionales es exigida por la sociedad civil y la comunidad internacional, han surgido nuevos desafíos con respecto a los intentos de poder soberano por limitar sus obligaciones de derechos humanos. Es así que el estancamiento de los procesos de profundización democrática, el mal manejo económico y la corrupción de muchos de los primeros gobiernos de la nueva ola de democracias en la región, permitieron el surgimiento de movimientos populistas y nacionalistas cuyos líderes alcanzaron el poder democráticamente con la promesa de cambios políticos y sociales de carácter radical<sup>19</sup>. Una vez

---

de 2005; *Goiburú vs. Paraguay*, de 22 de septiembre de 2006, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, de 1 de septiembre de 2010, etc.

10 Lutz, E. y Sikkink, K. “International Human Rights Law and Practice in Latin America”, pp. 633-659.

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

12 Adoptada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 6 de junio de 1999.

13 Si bien esta convención se firmó el 18 de diciembre de 1979, la mayoría de los países latinoamericanos no la ratificaron sino a partir de la vuelta a la democracia, con la intención de reincorporarse activamente a la comunidad internacional.

14 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

15 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

16 Texto de la Convención aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, quedando abierto para la firma el 30 de marzo de 2007.

17 Convenio adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Ginebra, el 27 de junio de 1989.

18 Abramovich, V. “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, pp. 6-39.

19 De la Torre, C. y Arnson, C. (eds.), *Latin American Popu-*

en el cargo, estos líderes comenzaron muy pronto a cuestionar y criticar amargamente la “intervención” que a sus ojos significaban los cuestionamientos internacionales por vulneraciones a derechos humanos acaecidas bajo su mandato. Su rechazo y enfrentamiento con los sistemas internacionales de adjudicación de derechos humanos no distaban mucho en la violencia retórica de las impugnaciones hechas por las antiguas dictaduras militares frente a las denuncias internacionales de las que se consideraban víctimas. El argumento de los actuales gobiernos para defender celosamente su soberanía, sin embargo, no es ya la vieja doctrina de seguridad nacional sino el cuestionamiento al déficit democrático de los órganos de adjudicación internacional y la supuesta utilización de estos por las elites y los grupos de poder que quieren impedir los cambios sociales que ellos propician.

Este rechazo al escrutinio internacional en materia de derechos humanos se basa en la pretensión de que su origen democrático daría a los gobiernos una especie de inmunidad respecto al control internacional. En efecto, este argumento resulta clave para entender cabalmente la crisis que enfrentó el SIDH en 2011-13, incluidos los argumentos expuestos por Venezuela al denunciar a la Convención Americana<sup>20</sup> y la campaña de varios países por transformar a la CIDH en un ente meramente promotor de una cultura de derechos humanos, arguyendo que sus capacidades jurisdiccionales ya no eran pertinentes ante la presencia de gobiernos cuyas políticas públicas contaban con la legitimidad de haber sido formuladas por autoridades democráticas<sup>21</sup>.

---

*lism in the Twenty-First Century.*

20 Comunicado de Prensa de la Secretaría General de la OEA C-307/12. (2012). Recuperado de [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-307/12](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12)

21 Amato, V. “Taking Stock of the Reflection on the Workings of the Inter-American Commission on Human Rights” pp. 4-9.

## 2. LAS PERSONAS MIGRANTES COMO GRUPO VULNERABLE EN EL NUEVO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

Suponer que el advenimiento de la democracia asegura por ese solo hecho el respeto de los derechos humanos, o al menos garantiza que los desafíos pendientes en materia de derechos puedan ser progresivamente resueltos mediante los mecanismos políticos internos y el debate electoral, no es solo históricamente falso, sino que supone el error fundamental de considerar a la democracia como un punto de llegada, cuando realmente es la condición *sine qua non* pero solamente inicial de un efectivo Estado de Derecho.

El Sistema Interamericano ha hecho denodados esfuerzos por perforar la barrera de los argumentos de soberanía democrática que han erigido los gobiernos latinoamericanos, dejando claro en primer término, que la democracia no solo requiere de una legitimidad de origen, sino que necesariamente supone un conjunto de garantías de derechos humanos como la libertad de expresión, la independencia judicial y el respeto de las minorías políticas, sin los cuales la realización de elecciones periódicas se transforma en una farsa<sup>22</sup>. Aún más, los derechos humanos no solo son necesarios para garantizar que las democracias mantengan estándares adecuados de participación, representatividad y respeto a las minorías políticas. Su función esencial e irremplazable es asimismo la de velar por la protección de aquellos individuos y colectivos que ni siquiera pueden aspirar a ser minorías electorales pues quedan estructuralmente al margen del debate democrático y no pueden valerse de los instrumentos de participación política tradicionales para asegurar la consideración de sus legítimos intereses y necesidades en el contexto de las políticas públicas.

Mucho se ha escrito, y es difícil disentir, respecto a que el establecimiento de un régimen de gobierno democrático es la mejor y más efectiva herramienta para garantizar el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos<sup>23</sup>. Efectivamente, la

---

22 CIDH, *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela.*

23 Bobbio, N. *El Futuro de la Democracia.*

democracia por sí misma produce un conjunto de incentivos positivos respecto a la protección y promoción de los derechos humanos por parte de quienes detentan cargos de elección popular<sup>24</sup>. Sin embargo, la confianza ciega en los procedimientos formales de la democracia como instrumentos suficientes para proteger efectivamente la integridad de los derechos humanos, supone dos omisiones fundamentales.

En primer lugar, y como ha sucedido en varios países de la región, quienes detentan el poder otorgado por las mayorías democráticas, tienen incentivos perversos para intentar perpetuar esta posición dominante cortando precisamente los puentes de participación política y movilización social que justamente les permitieron a ellos alcanzar en su momento el gobierno. Mecanismos comunes en este sentido son la restricción a la libertad de expresión y la censura a la disidencia política, como así también la cooptación de los otros poderes del Estado a los que les corresponde velar por el Estado de Derecho y la protección de los derechos individuales frente al abuso del poder estatal<sup>25</sup>.

La segunda limitación de la democracia, como se ha esbozado, se refiere al hecho que incluso en el contexto de una sociedad democrática que garantice el ejercicio libre e informado de los derechos ciudadanos basados en reglas claras y pre-establecidas, y donde exista variedad de alternativas políticas y plena libertad de expresión; existirán siempre ciertos grupos que quedarán al margen del debate ciudadano. Si progresamos en la noción de la democracia como un mercado en el que se

transan políticas públicas por votos, veremos que reiteradamente grupos a veces muy mayoritarios no logran hacer valer efectivamente sus pretensiones políticas por falta de organización y debido a los altos costos de coordinación que supone la participación política. Peor aún, hay grupos de personas que, aun cuando fueran capaces de organizarse, quedarán *a priori* fuera de este “mercado” pues carecen del derecho de pase que les permita influir en la interacción de oferta y demanda electoral, esto es, el derecho a voto.

Los menores de 18 años, son el mayor grupo humano que se encuentra legalmente excluido de la democracia electoral, y —a pesar de conformar más de un 25% de la población total del país<sup>26</sup>— han sufrido un histórico abandono en cuanto sujetos de políticas públicas, como lo demuestra la retardada ley de Protección Integral de la Infancia y Adolescencia<sup>27</sup>. No obstante carecer del derecho a voto, sus intereses son representados —aunque a veces de forma paternalista— en parte por aquellos de su grupo familiar que tienen mayoría de edad. Asimismo, las movilizaciones estudiantiles de los últimos años demostraron claramente que la participación política no debe restringirse solo al sufragio, al haber logrado, contra todo pronóstico, imponer sus demandas al Gobierno y a los legisladores mediante la movilización social<sup>28</sup>. Otros grupos de la sociedad sin embargo, no logran generar estas simpatías y su exclusión del debate ciudadano les impide avanzar en el reconocimiento de sus derechos.

En ese mismo contexto de marginación democrática se encuentran claramente las personas privadas

24 Bajo la lógica del mercado democrático, propuesta por Joseph Schumpeter (*Capitalismo, Socialismo y Democracia*) y el primer Robert Dahl (*Modern Political Analysis*), se colige que quienes aspiran a ser electos en cargos públicos de elección popular necesitan ofrecer programas que promuevan los derechos y den respuesta a las demandas sociales de la mayoría de los votantes. Asimismo, si una vez electas dichas autoridades no cumplen con las promesas de campaña o realizan un ejercicio abusivo del poder conferido —en el supuesto que existen los mecanismos adecuados de transparencia política y escrutinio público— podrán ser “castigados en las urnas” en las próximas elecciones.

25 CIDH, op. cit. y Human Rights Watch, *Castigados por Protestar. Violaciones de derechos en las calles, centros de detención y el sistema de justicia en Venezuela*.

26 Instituto Nacional de Estadísticas, *Estadísticas Vitales Anuario 2012*.

27 Pendiente desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990.

28 Acertadamente, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en el *Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile*, versiones 2012 y 2014) ha insistido en la protección del derecho humano a la manifestación y protesta pública pacífica, justamente por cuanto este es un derecho que permite, entre otras cosas, que aquellos que no tienen un derecho a voto, puedan ejercer al menos un derecho a “voz” como instrumento de presión para persuadir al Gobierno y a las mayorías.

de libertad<sup>29</sup> quienes no solo no resultan atractivas para los políticos en términos de un electorado potencial, sino que por el contrario, además de excluidos del proceso electoral, se ven afectados por el hecho de que resulta electoralmente muy rentable a la clase política la propuesta de programas populistas que aboguen no solo por no destinar nuevos esfuerzos a mejorar las condiciones carcelarias y garantizar sus derechos, sino que incluso a coartarlos aún más, dado el rechazo que produce en el electorado el fenómeno de la delincuencia y la sensación de impunidad.

Los migrantes son sin duda el tercer gran grupo de personas invisibles a los mecanismos de protección de la democracia. Históricamente, la regulación del fenómeno migratorio chileno se ha debatido entre criterios de seguridad nacional y consideraciones de índole económico-laboral<sup>30</sup>, haciéndose urgente una política pública migratoria que incorpore como eje central la perspectiva de los derechos humanos de la población migrante, la que a pesar de haberse incrementado exponencialmente en las últimas décadas<sup>31</sup>, y sobrepasando en la actualidad el medio millón de personas, solo alcanzan un reducido impacto electoral debido a que la inmensa mayoría de estos no cumple con los cinco años de residencia legal en Chile que el

29 La marginación del proceso democrático de los privados de libertad se origina tanto en una prohibición legal (el artículo 16 de la Constitución Chilena establece que todos aquellos acusados por delitos que merezcan una pena aflictiva, o por delito terrorista, sufrirán la suspensión de su derecho al sufragio; y el artículo 17 de la misma Carta, establece que todos aquellos sujetos condenados por un delito que merezca pena aflictiva perderán la condición de ciudadanos hasta que se extinga su responsabilidad penal) como asimismo en una infracción administrativa a dicha misma Constitución. En efecto, aquellos privados de libertad que están condenados por delitos cuya pena no alcanza a ser aflictiva, o aquellos que se encuentran detenidos a la espera de acusación se ven en la práctica arbitrariamente privados de ejercer su derecho constitucional al sufragio por el hecho de que el Servicio Electoral no se constituye en los recintos de reclusión de modo que los reclusos puedan ejercer dicho derecho, entre otras razones, porque la seguridad del proceso electoral corresponde por ley a las fuerzas armadas, quienes no podrían ingresar a los recintos penitenciarios, cuya seguridad corresponde por ley a Gendarmería.

30 Dellacasa, F. y Hurtado, J. *Derecho Migratorio Chileno*.

31 Stefoni, C. *Perfil Migratorio de Chile*.

artículo 14 de nuestra Constitución Política establece como requisito para que los extranjeros puedan ejercer el derecho al sufragio.

### 3. DEUDAS Y DESAFÍOS DE LA POLÍTICA MIGRATORIA CHILENA

Lentamente y gracias al denodado trabajo de muchos años de instituciones como el Servicio Jesuita de Migrantes y su plataforma Ciudadano Global, la Misión en Chile de la Oficina Internacional para las Migraciones (OIM Chile), la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, el Instituto Católico Chileno de Migraciones (INCAMI), la Clínica de Migrantes del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC), el Movimiento Acción Migrante (MAM), y el propio Instituto Nacional de Derechos Humanos, entre otros, se ha comenzado a generar real conciencia de las repetidas situaciones de exclusión y discriminación que sufren muchos de los extranjeros residentes en nuestro país.

La inestabilidad económica y política del continente ha transformado a Chile en un nuevo polo de inmigración regional, alcanzándose en la actualidad un porcentaje histórico de extranjeros residentes, solo superado en tiempos del auge salitrero<sup>32</sup>. Esta nueva realidad demográfica, sin embargo, no posee un adecuado correlato normativo ni cultural que asegure la capacidad de nuestro país para dar acogida y permitir la incorporación de los extranjeros al quehacer nacional en igualdad de condiciones y con pleno respeto a sus derechos humanos.

En ese contexto, un caso paradigmático de exclusión y desamparo jurídico es la situación de casi 3000 niños a los que les fue denegada entre los años 2000 y 2014 la nacionalidad chilena por parte del Registro Civil —vulnerando tanto la legislación nacional como los tratados internacionales vigentes— a pesar de haber nacido en territorio nacional, con el pretexto de que sus padres, inmigrantes en condición irregular, no eran residentes sino extranjeros transeúntes. Muchos de estos menores, al no tener acceso al consulado

32 Ídem.

del país de sus padres, permanecieron en condición de apátridas<sup>33</sup>, y la falta de documentos de identidad los privó muchas veces del acceso a sus derechos más básicos, como la atención de salud o la escolaridad<sup>34</sup>.

Esfuerzos del Servicio Jesuita de Migrantes y de la Clínica Jurídica de Migrantes de la UDP permitieron que la Corte Suprema reconociera a 161 de estos niños como chilenos<sup>35</sup> y, mediante una circular de agosto de 2014, el Ejecutivo ordenó al Registro Civil rectificar su criterio respecto a la consideración de los inmigrantes irregulares como extranjeros transeúntes. Aun así, la gran mayoría de los niños nacidos en ese período continúan en una situación de total desamparo, sumándose a la realidad que también viven las mujeres inmigrantes en situación irregular, a las que, estando embarazadas, muchas veces se les niega tanto a ellas como al hijo que esperan la atención primaria de salud, no obstante los esfuerzos de coordinación interministeriales para prevenir estas prácticas, sobre las que Chile ya ha sido reconvenido por el Comité de la CEDAW<sup>36</sup>.

A la situación de niños y mujeres en condición irregular, se suman las arbitrariedades reportadas en los procedimientos empleados por los funcionarios de frontera, exigiendo a los migrantes pruebas de solvencia económica no contempladas en la ley. Particularmente, en la zona norte, se constatan patrones de trato discriminatorio que afectan a algunas poblaciones migrantes específicas a raíz de su origen racial o color de piel, lo que patentiza un arraigado y lamentable prejuicio cultural de origen xenóforo<sup>37</sup>.

Si bien se promulgó en 2010 la ley 20.430 sobre refugio, que recoge los estándares internacionales en la materia, se continúa reportando altas tasas de rechazos de solicitudes en la frontera sin que el requirente tenga acceso a la debida tramitación de su petición ni se le otorgue derecho a impugnación. Se ha constatado además la existencia de trabas y filtros ilegales que dificultan la solicitud formal de refugio<sup>38</sup>. Asimismo, los solicitantes de refugio, mientras esperan el resultado de su solicitud, se ven impedidos de registrar a sus hijos en la educación pública por carecer de los documentos habilitantes<sup>39</sup>.

Otro de los problemas de larga data es el amplio margen de discrecionalidad y arbitrariedad, así como la falta de adecuada fundamentación de los decretos de expulsión, lo que se suma a la ausencia de un debido proceso eficaz para que los migrantes puedan efectivamente apelar a dichas decisiones<sup>40</sup>.

Es efectivo que Chile ha avanzado en adecuación legislativa con reformas como la mencionada ley 20.430 sobre refugio, o la ley 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Sin embargo, el marco legal que regula la situación de los migrantes en Chile sigue teniendo como base el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 (Ley de Extranjería), y el Decreto Supremo N° 597 de 1984 (Reglamento de Extranjería), los que no solo son anacrónicos por cuanto se dictaron en momentos en que Chile experimentaba una de las cotas históricas más bajas de inmigración, sino, y principalmente, porque su origen ideológico es tributario de las doctrinas de seguridad nacional que imperaban en América Latina en aquella época. Bajo aquella doctrina, que propició la persecución política sistemática, parecía lógico otorgar amplios poderes discrecionales al Poder Ejecutivo para impedir la entrada o determinar la expulsión de extranjeros, quienes eran vistos como una potencial “amenaza al orden interno nacional”<sup>41</sup>.

33 La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”; asimismo, la Convención de Derechos del Niño establece que todo niño tiene derecho a un nombre y nacionalidad, y es deber del Estado proteger dichos derechos.

34 Bley, C. “Hijo de extranjero transeúnte: la realidad de los niños apátridas en Chile” en *La Segunda*.

35 Ídem.

36 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*.

37 En la visita a terreno y posterior informe que realizó el INDH el año 2013 a la frontera norte y los pasos de Chacalluta y Colchane, se constató la prevalencia de prejuicios raciales y culturales con respecto a ciertos grupos, en

particular personas de color, a quienes los funcionarios muchas veces maltrataban de palabra vinculándolos con la delincuencia y prostitución.

38 Centro de Derechos Humanos, UDP, op. cit.

39 INDH, *Estadísticas Vitales Anuario 2012*.

40 Centro de Derechos Humanos, UDP, op. cit.

41 Jensen, M. F. “Inmigrantes en Chile: la exclusión vista

Si bien en el año 2012 se inició un proceso de reforma de la legislación migratoria por parte del Ejecutivo, lamentablemente y haciendo patente la dificultad que tienen los migrantes para representar sus intereses en el contexto político, este nuevo proyecto abandonaba el criterio de seguridad nacional no para reemplazarlo o equilibrarlo con un criterio de derechos humanos de las personas migrantes, sino para sustituirlo por un criterio fuertemente economicista, en el que el migrante es considerado primordialmente como un recurso productivo y no una persona con derechos inalienables e independientes de su condición contractual-laboral<sup>42</sup>.

El actual Gobierno ha dado pasos importantes en la generación de una adecuada política de migrantes con enfoque de derechos humanos, en particular con la creación, a través del Decreto N°1.393, de 11 de julio de 2014, del Consejo Nacional de Política Migratoria. Dicho Consejo, integrado por los ministros del Interior, Relaciones Exteriores, Secretaría General de la Presidencia, Educación, Justicia, Trabajo, Salud, Desarrollo Social y Servicio Nacional de la Mujer, y con el apoyo del Director de Extranjería y Migraciones del Ministerio del Interior (DEM), sesionó por primera vez el 5 de noviembre de 2015 y se fijó como meta la presentación de un nuevo proyecto de Ley Migratoria, además de la creación de un Plan Nacional de Acción Migratoria. Los lineamientos que se fijaron para dichas reformas fueron establecidos por un reciente Decreto Supremo Presidencial denominado “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria”, que establece como criterio central de los futuros proyectos el respecto de los derechos humanos de las personas migrantes, las garantías de no discriminación, el acceso a la justicia y el fomento a su integración laboral<sup>43</sup>.

Pendiente aún por conocerse el contenido del proyecto, es importante tener claridad que la promulgación de una nueva legislación y política

migratoria, aun cuando se construya bajo el eje central de los derechos humanos, no asegurará en sí misma la efectiva protección de la población migrante por cuanto dicha política deberá enfrentar aún muchos desafíos. El primero de estos es la falta de una entidad del Gobierno que vele por la incorporación transversal de los derechos humanos a las políticas públicas multisectoriales. La futura Subsecretaría de Derechos Humanos sin duda podrá cumplir esa función, aun cuando hubiese sido deseable que le ley hiciese referencia expresa, más allá del principio de no discriminación, al deber de promoción y protección de los derechos humanos de grupos vulnerables en particular, incluidos los migrantes, especialmente vulnerables debido a su falta de representación política<sup>44</sup>.

Aun cuando la Subsecretaría de Derechos Humanos se instale y decida asumir una tarea de defensa activa de los derechos humanos de las personas migrantes, esta tendrá que enfrentar un entramado institucional donde otros centros de decisión usualmente imponen sus criterios, en especial la lógica económica que imprime el Ministerio de Hacienda a cada proyecto en el que participa, y las consideraciones de seguridad pública que sin duda hará valer el Ministerio del Interior aun a pesar de los esfuerzos de la DEM.

Poco propicio resulta asimismo el advenimiento de un período electoral, donde algunos candidatos locales crearán ver rédito político en la crítica a las políticas de apertura migratoria esgrimiendo argumentos populistas de competencia indeseada en el acceso a puestos de trabajo, el aumento del gasto social o el combate a la delincuencia y el narcotráfico. El actual panorama internacional colabora sin duda a promover esa mirada de recelo al extranjero, reflejada en el avasallador avance de una retórica xenófoba y belicista que gana cada día más fuerza política en Europa y Estados Unidos, así como en el desinterés pasmoso de las naciones desarrolladas por el destino de miles de refugiados de las guerras en Oriente Medio, cuyo

---

desde la política migratoria chilena”, pp. 1-15.

42 Véase Boletín 8970-06, ingresado a la Cámara de Diputados el martes 4 de junio de 2013.

43 Disponible en: <http://transparenciaactiva.presidencia.cl/Otros%20Antecedentes/Inst.%20Pres.%20N%C2%BA5.pdf>

---

44 Véase Ley N° 20.885 (Diario Oficial 05/01/2016), que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, en particular, su artículo 14° referida a las materias que deberá contener el Plan Nacional de Derechos Humanos.

reciente rechazo a la ampliación de cuotas no dista mucho del triste espectáculo que ya dio Europa en 1938 durante la Conferencia de Evian.

El empeoramiento de la situación económica y la creciente desconfianza en las instituciones sin duda pueden exacerbar una cultura de latente racismo y xenofobia que se manifiesta justamente en los momentos en que la sociedad chilena se ve expuesta a la presencia habitual de inmigrantes de otras culturas, otras lenguas y racialmente heterogéneos<sup>45</sup>. La tentación política de construir un relato de unidad mediante la generación de enemigos y peligros imaginarios siempre estará presente en una región donde los conflictos limítrofes son frecuentes y los discursos nacionalistas son aglutinadores.

Para vencer el chauvinismo y el nacionalismo político, y garantizar así que la dimensión de los derechos humanos sea un elemento central en la regulación migratoria nacional, será necesario no solo generar un marco legislativo adecuado y moderno, sino también iniciar una política de educación y cambio cívico-cultural. Tan solo la progresiva incorporación en las políticas públicas que aquellos grupos que no tienen acceso al poder del voto, y el reconocimiento, en ese contexto, de la realidad de un Chile multicultural que muchas veces el padrón electoral no refleja, permitirán construir un país con miras al siglo XXI, basado no en la pretensión de unidad racial o étnica, por lo demás mítica<sup>46</sup>, sino en una cultura política común de respeto a los valores de la democracia y el Estado de Derecho, que acoja sin discriminación a toda persona que quiera aportar en la construcción de una sociedad libre y respetuosa de los derechos humanos<sup>47</sup>.

45 González, C. “¿Somos racistas los chilenos?: insultos a jugador de fútbol venezolano reabrieron debate en la sociedad chilena” en *La Tercera*.

46 Véase por ejemplo, el nacionalista Nicolás Palacios, quien sostenía con argumentos pseudo-científicos en su libro *Raza Chilena* (1904), la homogeneidad de la raza chilena y su origen gótico (de la *Götaland* sueca), abogando por la prohibición de inmigración de origen latino que pudiera afectar la pureza de dicha raza.

47 Habermas, J. “Citizen and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe”, pp. 1-19.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- De la Torre, C. y Arnsón, C. (Eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2013.
- Bobbio, N. *El Futuro de la Democracia*. Santa Fe de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- Dahl, R. *Modern Political Analysis*. London: Pearson, 2002 (1970). 6<sup>th</sup> Edition.
- Dellacasa, F. y Hurtado, J. *Derecho Migratorio Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Medina Quiroga, C. *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1988.
- Schumpeter, J. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Buenos Aires: Orbis Editores, 1983 (1942).

### ARTÍCULOS

- Abramovich, V. “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”. En: *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2009, 6 (11), pp. 6-39.
- Amato, V. “Taking Stock of the Reflection on the Workings of the Inter-American Commission on Human Rights”. En: *Aportes DPLF*, 2012, 16, pp. 4-9.
- Farer, T. “The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox”. En: *Human Rights Quarterly*, 1997, 19, pp. 510-546.
- Goldman, R. K. “History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights”. En: *Human Rights Quarterly*, 2009, 31, pp. 856-887.
- Habermas, J. “Citizen and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe”. En: *Praxis International*, 1992, 12:1, pp. 1-19.
- Jensen, M. F. “Inmigrantes en Chile: La exclusión vista desde la política migratoria chilena. *Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población ALAP* (3), *Universidad de Buenos Aires*”, 2009, pp. 1-15.
- Lutz, E. y Sikkink, K. “International Human Rights Law and Practice in Latin America”. En: *International Organization*, 2000, 54, pp. 633-659.

### INFORMES

- Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*. Ediciones UDP. Recuperado de [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/informes/2014/migrantes.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/migrantes.pdf)
- CIDH. *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009, OEA/Ser.L/V/II, 54. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/VENEZUELA%202009%20ENG.pdf>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual*

- Situación de los Derechos Humanos en Chile 2012*. Recuperado de <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2012>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual Situación de los Derechos Humanos en Chile 2014*. Recuperado de <http://www.indh.cl/informe-anual-situacion-de-los-derechos-humanos-en-chile-2014>
- Instituto Nacional de Estadísticas. *Estadísticas Vitales Anuario 2012*. 2014. Recuperado de [http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario\\_de\\_publicaciones/pdf/completa\\_vitales\\_2012.pdf](http://www.ine.cl/canales/menu/publicaciones/calendario_de_publicaciones/pdf/completa_vitales_2012.pdf)
- Human Rights Watch. *Castigados por Protestar. Violaciones de derechos en las calles, centros de detención y el sistema de justicia en Venezuela*. 2014. Recuperado de [https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/venezuela0514sp\\_ForUpload.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/venezuela0514sp_ForUpload.pdf)
- Stefoni, C. (Organización Internacional para las Migraciones. Oficina Regional para América del Sur). *Perfil Migratorio de Chile*. 2011. Recuperado de [http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni\\_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf](http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf)

#### ARTÍCULOS EN PERIÓDICOS Y WEB

- Bley, C. “Hijo de extranjero transeúnte: La realidad de los niños apátridas en Chile”. *Revista Viernes, La Segunda*. 21 noviembre 2015. Recuperado de <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2015/11/27/761291/Hijo-de-extranjero-transeunte-La-realidad-de-los-ninos-apatridas-en-Chile.html>
- González, C. “¿Somos racistas los chilenos?: Insultos a jugador de fútbol venezolano reabrieron debate en la sociedad chilena”. *La Tercera*. 12 noviembre 2014. Recuperado de <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/11/680-604224-9-somos-racistas-los-chilenos.shtm>

## MARÍA SOLEDAD CISTERNAS REYES

Abogada, Cientista Política, Académica. Presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Premio Nacional de Derechos Humanos 2014-2015, Chile.

# PERSONAS CON DISCAPACIDAD

## DESAFÍOS DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONEXIONES CON LA AGENDA 2030 SOBRE DESARROLLO SOSTENIBLE

En el reconocimiento del modelo de derechos humanos para las personas con discapacidad (PCD), impera el cumplimiento de diversos desafíos en el ámbito jurídico, político y social, que cruza la más amplia gama del quehacer humano.

En esta monografía se examinan cuatro tópicos principales que ejemplifican la senda para el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, que ascienden a más de mil millones de habitantes en el mundo.

A su vez, el análisis nos permite arribar a cuatro conclusiones centrales: el desafío de implementación a la luz del modelo de derechos humanos de las PCD; la conexión entre derechos humanos y desarrollo social inclusivo, accesible y sostenible; la definición de indicadores para el cumplimiento de metas sobre desarrollo, basados en derechos humanos, incluidos los derechos de las PCD; y un mecanismo de monitoreo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), considerando la información relevante recabada por los mecanismos de supervisión en derechos humanos.

### 1. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad fueron tradicionalmente enfocadas desde modelos de caridad y desde modelos médico-asistencialistas, en los cuales no era eje principal la autonomía de la voluntad, la participación en la sociedad ni el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Por otro lado, durante el siglo XX se pudo constatar la entrada en vigor de diversos Pactos internacionales que abordan de manera general el ámbito de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, como también la perspectiva particular de la discriminación racial, situación de

mujeres y niñas, derechos del niño, prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, incluida la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias<sup>1</sup>.

No obstante la vigencia de tratados internacionales en estas materias, en la década de los '80, se apreció nítidamente la necesidad de considerar

---

<sup>1</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por la Asamblea General de Organización de Naciones Unidas (ONU), año 1966, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, artículo 18 N° 4.

específicamente a las personas con discapacidad, toda vez que se constataban diversas situaciones de invisibilidad, inequidad y violaciones de derechos contra este sector de la población.

Así fue quedando de manifiesto la difícil situación experimentada por personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, para adoptar decisiones en sus vidas. Esto no solamente en el ámbito patrimonial, sino también en cuanto a decisiones que afectan a sus propios cuerpos. De este modo, se ha podido ver que personas con estos tipos de discapacidad han enfrentado cirugías invasivas e irreversibles y tratamientos médicos, sin contar con su consentimiento libre e informado. Igualmente, la ocurrencia de esterilizaciones forzadas e intervenciones involuntarias.

Muchas de estas conductas han sido calificadas como tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la luz del monitoreo internacional<sup>2</sup>.

Estas situaciones han determinado una imposibilidad en el ejercicio de los derechos políticos por muchas de estas personas.

Por otro lado, las personas sordas y las personas ciegas han enfrentado diversas dificultades en su acceso a la información y a las comunicaciones. De igual forma, las personas con discapacidad física han tenido que convivir con múltiples barreras en la accesibilidad al espacio físico y al transporte público.

La situación descrita se ha visto agravada por los obstáculos que experimentan personas con discapacidad en su acceso a la justicia.

El ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales por las personas con discapacidad ha sido precario. Esto se refleja en las bajas tasas de inclusión educativa, inclusión laboral, dificultades en el acceso y cobertura a la atención en salud, particularmente en el área de la salud mental, graves deficiencias en las prestaciones de seguridad social e invisibilidad para el ejercicio del derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

2 Ver web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH): [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5)

Desde los inicios del siglo XXI, la evolución de los derechos humanos ha experimentado un impulso fundamental con la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, CDPD<sup>3</sup>.

Este Tratado Internacional reconoce el modelo de derechos humanos para las personas con discapacidad. Desde sus ejes de igualdad y no discriminación y derechos diversificados para su implementación hacia las PCD, representa múltiples desafíos para los Estados parte, para la sociedad en su conjunto y para las mismas personas con discapacidad.

Estas implicancias producen un salto cualitativo en diversos ámbitos, lo cual mueve a repensar los derechos humanos y libertades fundamentales, dando paso al mejoramiento legal, en donde el principio *pro persona* se fundamenta en la dignidad, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas.

La Convención, al consagrar el modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad, nos entrega una nueva visión del sujeto de derechos, con una configuración multifocal que resulta de la sumatoria entre las limitaciones que puede experimentar una persona en distintos planos, su interacción con diversas barreras y sus restricciones a la participación plena y efectiva en la sociedad.

La interacción con barreras comprende dos dimensiones: la eliminación de obstáculos y la adopción de medidas que promuevan un entorno adecuado para este sector de la población. Estas dos dimensiones producirán un correlativo impacto en la participación de la persona en la sociedad, cuyo indicador será el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En tal contexto es relevante que el pensamiento jurídico político y social, asuma el nuevo modelo, generando las transformaciones hacia sociedades receptoras de la diversidad, produciendo la

3 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad CDPD, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, año 2006.

vigencia de un real Estado democrático de derecho, al momento de la plena inclusión de un 15% de la población mundial<sup>4</sup>.

Es relevante considerar que el universo de personas con discapacidad se extiende desde las limitaciones en los planos físico, sensorial, intelectual, psicosocial o la combinación de estos, a lo que debemos agregar la perspectiva de género, la edad, origen étnico o racial, sector de procedencia urbana o rural, encontrarse en situación de riesgo, emergencias humanitarias, desastres naturales, conflictos armados, desplazamientos o migraciones, entre otros.

En consecuencia, el análisis es multidimensional y multifactorial. Para los efectos de esta monografía, se han seleccionado cuatro tópicos que ejemplifican una amplia gama de retos de implementación, para luego arribar a reflexiones y conclusiones en vínculo a la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible.

## 2. ÁMBITOS ESPECÍFICOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### 2.1 IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY

El artículo 12 de la CDPD<sup>5</sup>, describe los elementos

4 Organización Mundial de la Salud. Informe Mundial sobre la Discapacidad, año 2011. Recuperado el 8 de diciembre de <[http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/accessible\\_es.pdf](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf)>, p. 4.

5 CDPD, op. cit. Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad

específicos que los Estados parte deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley.

Se ha dicho que el artículo 12 es el “corazón de la Convención”, ya que brinda una clara especificación del modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad. Es así como generó un progreso jurídico significativo en términos de entregar el “modelo de voluntad con apoyos”, en lugar de la aplicación de la voluntad sustitutiva (a través de representante), para el ejercicio de la capacidad jurídica.

La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. Por lo tanto, cuando se afirma que no deben existir restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica, se desdibuja la clasificación entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En otras palabras, todas las personas tienen capacidad jurídica, lo que implica el goce y el ejercicio, ya que estas dos facetas no pueden separarse.

El órgano de Tratado de la Convención-Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante el Comité, órgano de supervisión internacional<sup>6</sup> ha señalado

---

y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

6 CDPD, op. cit., Art. 34, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. 1. Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “el Comité”) que desempeñará las funciones que se enuncian a continuación. 2. El Comité constará, en el momento en que entre en vigor la presente Convención, de 12 expertos. Cuando la Convención obtenga otras 60

---

ratificaciones o adhesiones, la composición del Comité se incrementará en seis miembros más, con lo que alcanzará un máximo de 18 miembros. 3. Los miembros del Comité desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención. Se invita a los Estados parte a que, cuando designen a sus candidatos, tomen debidamente en consideración la disposición que se enuncia en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención. 4. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados parte, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad. 5. Los miembros del Comité se elegirán mediante voto secreto de una lista de personas designadas por los Estados parte de entre sus nacionales en reuniones de la Conferencia de los Estados parte. En estas reuniones, en las que dos tercios de los Estados parte constituirán quórum, las personas elegidas para el Comité serán las que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de votos de los representantes de los Estados parte presentes y votantes. 6. La elección inicial se celebrará antes de que transcurran seis meses a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados parte invitándolos a que presenten sus candidatos en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán, por orden alfabético, todas las personas así propuestas, con indicación de los Estados parte que las hayan propuesto, y la comunicará a los Estados parte en la presente Convención. 7. Los miembros del Comité se elegirán por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, el mandato de seis de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, los nombres de esos seis miembros serán sacados a suerte por el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo. 8. La elección de los otros seis miembros del Comité se hará con ocasión de las elecciones ordinarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente artículo. 9. Si un miembro del Comité fallece, renuncia o declara que, por alguna otra causa, no puede seguir desempeñando sus funciones, el Estado Parte que lo propuso designará otro experto que posea las cualificaciones y reúna los requisitos previstos en las disposiciones pertinentes del presente artículo para ocupar el puesto durante el resto del mandato. 10. El Comité adoptará su propio reglamento. 11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y las instalaciones que sean necesarios para el efectivo desempeño de las funciones del Comité con arreglo a la presente Convención y convocará su reunión inicial. 12. Con la aprobación de la Asamblea General,

que la capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una real participación en la sociedad. 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 un individuo determinado en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales.

La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación<sup>7</sup>.

El Comité subraya que el artículo 12 deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica<sup>8</sup>.

El Comité ha constatado que en la mayoría de los informes de los Estados parte que ha examinado, 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 a causa de una discapacidad intelectual o psicosocial, se le retira su capacidad jurídica. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia

---

los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención percibirán emolumentos con cargo a los recursos de las Naciones Unidas en los términos y condiciones que la Asamblea General decida, tomando en consideración la importancia de las responsabilidades del Comité. 13. Los miembros del Comité tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que realizan misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

7 United Nations Human Rights. Office of the High Commissioner for Human Rights. Human Rights Bodies. CRPD. Comentario General N° 1 (GC1): igual reconocimiento como persona ante la ley. Recuperado el 8 diciembre 2014 de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en)

8 Ídem.

(criterio basado en la condición), cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional es incorrecto, porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad, ya que presupone que se puede evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana. Cuando la persona no supera la evaluación, se niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.

El nuevo paradigma, que consagra el modelo de voluntad con apoyo, para la capacidad jurídica, implica respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y no debe consistir en decidir por ellas.

El artículo 12, párrafo 3, no especifica cómo debe ser el apoyo. Por ende, el Comité desarrolla lineamientos, haciendo presente que apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto a determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el soporte entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el respaldo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias, de acuerdo a lo explicitado por el Comité.

Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, la que debe ser respetada si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.

El Comité enfatiza que el tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente

de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Sin duda, este aspecto constituye un desafío crucial de implementación para los Estados, particularmente en la esfera del derecho civil y otra legislación relacionada.

No obstante, el Comité hace notar que algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3. Ejemplo de esto son los casos de personas con ceguera o con sordera a quienes se ha limitado sus posibilidades de celebrar ciertos actos jurídicos, como abrir una cuenta bancaria, una cuenta en casa comercial o ser testigo.

Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos, deben incluir la protección contra la influencia indebida. El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluye el derecho a asumir riesgos y a cometer errores, según expresa el Comité.

Los Estados deben adoptar medidas para impedir que agentes no estatales y particulares interfieran en la facultad de las personas con discapacidad de hacer efectivos sus derechos humanos, incluido el disfrute de su derecho a la capacidad jurídica.

La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo para la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención<sup>9</sup>.

El Comité ha elaborado las siguientes directrices para orientar la implementación del sistema de apoyos, que no es excluyente de otros lineamientos:

a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 28.

necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener dicho apoyo en la adopción de decisiones. b) Todas las formas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su “interés superior objetivo”. c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas. d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico. Los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y para quienes no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. e) Los Estados deben velar para que las personas con discapacidad obtengan el apoyo a un costo simbólico o gratuito. La falta de recursos financieros no debe ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, como el derecho a voto o el derecho a contraer matrimonio, entre otros. g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o a cambiarla en cualquier momento. h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con el apoyo para el disfrute de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona. i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental. Para el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se

requieren indicadores nuevos no discriminatorios de las necesidades individuales de la persona.

El derecho a la igualdad ante la ley se reconoce como un derecho civil y político, con raíces en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los derechos civiles y políticos nacen en el momento de la ratificación, y los Estados parte deben adoptar medidas para hacerlos efectivos de inmediato. El derecho establecido en el artículo 12 se aplica desde el momento de la ratificación y debe hacerse efectivo inmediatamente.

Como se comprenderá, el reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos reconocidos en la Convención.

La interpretación del artículo 12<sup>10</sup>, a la luz del derecho a vivir en la comunidad<sup>11</sup> supone que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe proporcionarse mediante un enfoque basado en la comunidad. Los Estados deben reconocer que las comunidades y las redes sociales son un recurso y un aliado en el proceso de comprender los tipos de apoyo necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, incluida la información sobre las diversas opciones de apoyo.

## 2.2 ACCESO A LA JUSTICIA

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, alude a las garantías del debido proceso, referidas específicamente a las acusaciones de carácter penal formuladas contra una persona o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Por lo tanto, dicha garantía tiene un marco definido, suponiendo la iniciación o existencia de un proceso judicial en los ámbitos penales y civiles indicados.

El artículo 13 de la CDPD establece una garantía amplia y complementaria, a lo señalado en el PIDCP. Esto significa que a las garantías del debido proceso allí consagradas, la CDPD aporta con una mirada diversificada hacia las personas con discapacidad, como veremos a continuación:

<sup>10</sup> CDPD, op. cit. art. 12, inciso 3.

<sup>11</sup> *Ibidem*, art. 19.

a. “Los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad”.

El verbo rector utilizado es “asegurar”, lo que implica que la garantía obliga a los Estados parte a realizar todo lo necesario para que el sujeto de derecho pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial.

Por un lado esta prescripción impera particularmente a la aplicación del principio de accesibilidad y sus disposiciones de implementación. Ello obliga tanto a la eliminación de barreras como al diseño de políticas y medidas que den cobertura a tal Mandato, significando Tribunales cuya infraestructura, distribución de sus espacios, mobiliarios, instalaciones y señalizaciones estén acordes a la exigencia actual, de igual modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales. También se hace aplicable la asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a los Juzgados y Cortes.

Por otro lado, cabe destacar que la garantía del artículo 13 fue más allá, en cuanto se refiere a los ajustes de procedimiento en su más variada gama, constituyendo una forma particular y precisa de adecuación, toda vez que el artículo antepone la palabra “incluso” cuando se refiere a estas adaptaciones.

Las adecuaciones normativas, de acuerdo a los procedimientos existentes en cada ordenamiento jurídico nacional, corresponderán al legislador. A continuación, será la judicatura, como segmento significativo y especializado del Estado, la encargada de aplicar los ajustes de procedimiento que contemple la ley.

No obstante, la pirámide jurisdiccional se verá imperada directamente en la aplicación del artículo 13 en otros dos sentidos. El primero de ellos será de carácter regulatorio, ya que en virtud de

las facultades disciplinarias y económicas de los poderes judiciales, tienen la potestad para dictar normativas de carácter interno que reglamenten el funcionamiento de los Tribunales de Justicia. En este aspecto, la autoridad judicial podrá ir complementando los ajustes de procedimientos contemplados en la ley, con autorregulaciones de acuerdo a la práctica cotidiana de sus respectivas competencias. En un segundo sentido, será directamente el juez en particular, quien deberá disponer de adecuaciones que emanen del sentido común en un caso concreto del cual esté conociendo, aun cuando no estén contempladas en la ley o en las autorregulaciones del Poder Judicial. La casuística suele ser amplia y puede ocurrir que algunas diversificaciones no alcancen a estar reguladas exhaustivamente en forma previa, en cuyo caso el rol del juez individual será determinante en esta materia.

Desde luego, una correcta aplicación del acceso a la justicia, implica una directa conexión con el artículo 12 de la Convención, en cuanto la garantía procesal debe considerar por esencia la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la manifestación de su voluntad ante los Tribunales de Justicia e instancias colaterales como los procedimientos policiales, extendiéndose a los respectivos sistemas de apoyo, con el claro papel que corresponde al órgano judicial en relación a la aplicación de las salvaguardias.

La referencia a los ajustes de procedimiento “adecuados a la edad”, hace concordancia con los artículos 3 letra f y 7 de la CDPD, que explicitan la importancia del respeto a la identidad de niños y niñas con discapacidad y la consideración de sus opiniones, en nexa al artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño que se refieren a la intervención procesal de estos sujetos de derecho. A su vez, la mencionada expresión del artículo 13 de la CDPD, también debe incorporar la mirada hacia los particulares ajustes que sea necesario aplicar cuando la persona con discapacidad se encuentre en el estadio etario de la adultez mayor.

Con todo, cabe destacar que los ajustes en el campo del acceso a la justicia, pueden ser de variada índole:

b. “Facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con discapacidad”.

Se trata de no restringir a la persona con discapacidad a una participación procesal meramente formal. Vale decir que, además de poder desarrollar cualquier rol en un proceso, este no sea solo nominal sino con reales alternativas de eficacia en su gestión jurídica. Nuevamente, el centro de este segmento de la garantía, nos sitúa frente a una persona con discapacidad que expresa su pensamiento, opiniones y apreciaciones, de una manera adecuada a su diversidad y que ello sea convenientemente recogido en un proceso judicial.

c. “Como participantes directos o indirectos, incluida la declaración como testigos”.

Con esto se quiere enfatizar la garantía a la participación más amplia que una persona pueda desarrollar en un proceso; demandante, demandado, querellante, querellado, denunciante, denunciado, apelante, apelado, recurrente, recurrido, solicitante, peticionario, coadyuvante, tercerista o testigo, entre otros.

d. “En todos los procedimientos judiciales, incluida la etapa de investigación”.

La garantía excede el marco de los procesos penales y civiles a que se refiere el PIDCP. El artículo 13 de la CDPD, se hace extensible a todo otro procedimiento contemplado en las legislaciones nacionales; de familia, comerciales, tributarios, laborales, aduaneros, administrativos, arbitrales y de mediación, entre otros.

Además involucra a los procedimientos que se desarrollan en diversos tipos de tribunales, partiendo desde la base de la pirámide jurisdiccional, llegando a las más altas Cortes.

e. “y otras etapas preliminares”.

Con esta enunciación, la garantía se extiende a etapas anteriores a la existencia de un proceso judicial, incluyendo las diligencias policiales iniciales y otras medidas prejudiciales.

f. “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados parte promoverán la capacitación ade-

cuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.

Esta prescripción es de vital significación, ya que dichos agentes especializados deberán aplicar ajustes de procedimiento contemplados en la ley y en las regulaciones del poder judicial, incluyendo sistemas de apoyo y salvaguardias con base en el principio de la justicia, entendida como dar a cada cual lo que le corresponde o lo que merece. Será relevante que los funcionarios aludidos, profundicen en el sentido intrínseco de la Convención, su propósito, principios, obligaciones, derechos y libertades que aborda, de tal manera de otorgar una correcta atención a las personas con discapacidad que se presentan ante la judicatura, comprendiendo que, dentro de la garantía del acceso a la justicia, resultará indispensable la correcta aplicación del artículo 12 de la CDPD sobre igual reconocimiento como persona ante la ley.

La creación de una cultura judicial sobre la materia se traducirá además en fallos concordantes a la justicia y equidad, tanto en el fondo como en la forma.

La significación del acceso a la justicia es de alta envergadura, toda vez que involucra en forma directa a un poder del Estado, que, por otra parte, llamado a juzgar las distintas figuras de discriminación, deberá pronunciarse cuando dicho ilícito, se produzca por la “denegación de ajustes razonables”. Esto se encuentra en concordancia con las obligaciones generales de la Convención que comprometen a todos los componentes del Estado a adoptar las medidas de diversa índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, a modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, a abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con el Tratado y a velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en él, tomando todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.

La tipificación de la “discriminación por motivos de discapacidad” de la CDPD, concibe la ocurrencia de esta vulneración, con la verificación del efecto de menoscabar derechos. Esto significa que se contempla una condición objetiva de punibilidad, determinada por el resultado discriminatorio, aún cuando se alegue no existir el propósito de discriminar. Por ende, el Poder Judicial deberá adoptar una posición ejemplar en cuanto a promover y aplicar adecuaciones de procedimiento, otros ajustes razonables y desde luego, los sistemas de apoyo dentro de un proceso y las salvaguardias respectivas para la manifestación de voluntad, de modo de no abrir ningún espacio que pueda generar efectos discriminadores en su interior frente a una persona con discapacidad.

La doctrina en materia de derecho internacional público parte de la premisa que las disposiciones de un Tratado Internacional de Derechos Humanos son autoaplicativas y que si no lo están en este instante, los Estados tienen que adoptar las medidas legales o de otro carácter —y entre esas medidas de otro carácter están las sentencias judiciales— que permitan infundir realidad a esas declaraciones.

De acuerdo a lo expresado, el acceso a la justicia, en los términos señalados en el artículo 13, su carácter de derecho fundamental autoejecutable y su naturaleza de derecho civil, posibilitan su cumplimiento inmediato. Aquellos aspectos que signifiquen otras iniciativas, como sería la adecuación legal de procedimientos y la capacitación del personal deberán ser cumplidos cuanto antes, por las razones indicadas.

### 2.3 DERECHO A LA EDUCACIÓN

Se debe tener presente que una diversidad conatural de los educandos se sitúa en el ámbito de las denominadas necesidades educativas personalizadas. Por ello, es importante abordar estas necesidades y su clara vinculación con las distintas formas de discapacidad.

En el contexto del nuevo siglo, la CDPD es el primer instrumento vinculante que de manera específica aborda dicha diversidad, entregando un soporte normativo a la “educación inclusiva” a todos

los niveles, así como a la enseñanza-aprendizaje a lo largo de la vida.

Debemos destacar que la CDPD reconoce dos factores relevantes en la educación de personas con discapacidad: un sistema de educación inclusivo y la calidad de la educación.

Serán objetivos de un sistema de educación inclusiva:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima, reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana.
- b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas. Esto debe realizarse en entornos que permitan alcanzar el máximo desarrollo académico y social de las personas con discapacidad.
- c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre<sup>12</sup>.

En consecuencia, toda persona con discapacidad tendrá derecho a una educación primaria y secundaria (básica y media) gratuita, accesible, obligatoria y de calidad. De esta manera, se establece una cláusula de no exclusión de las personas por motivo de discapacidad en cualquier nivel de enseñanza.

Consecuentemente, la CDPD entrega importantes orientaciones para la inclusión en términos de facilitar los ajustes razonables, los apoyos personalizados y que se presten los soportes en el sistema general de educación, para posibilitar la formación efectiva de los educandos<sup>13</sup>. A la vez se debe promover la enseñanza y la utilización del sistema Braille y otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos, técnicas de orientación y movilidad, como también el apoyo entre pares. Se debe facilitar el aprendizaje de

<sup>12</sup> CDPD, art. 24, N° 1.

<sup>13</sup> Report of the Special Rapporteur on the right to education, op.cit.: “The existing human rights legal and programmatic frameworks clearly recognize inclusive education as an indispensable element of the right to education for persons with disability”.

la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas.

Lo anterior supone la presencia de profesionales y personal capacitados en los mencionados medios, modos y formatos, como también la utilización de material adaptado a las necesidades de los educandos.

La CDPD hace notar la importancia de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, proveyendo los ajustes razonables que fueren necesarios<sup>14</sup>.

No podemos dejar de mencionar que la CDPD elevó a nivel de principio del Tratado el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y el derecho a preservar su identidad<sup>15</sup>, lo que también tendrá un impacto en la esfera educativa de este sector etario. Dicho principio se explicita más adelante, en términos de la indispensable garantía para el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los niños y niñas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás y el respeto de su interés superior<sup>16</sup>. Ello incluye el derecho del niño y niña con discapacidad 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, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer este derecho<sup>17</sup>.

Los elementos aportados por la CDPD constituyen un salto cualitativo en la visualización de los derechos humanos para el siglo XXI. En particular se debe subrayar que la denegación de ajustes razonables constituye discriminación. A su vez, el

Comité ha indicado que los ajustes razonables en materia educativa son de aplicación inmediata y no están sujetos al cumplimiento progresivo<sup>18</sup>.

Se entenderán por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales<sup>19</sup>.

Por lo tanto, diversas violaciones del derecho a la educación, por acción o por omisión, incluida la negativa a proporcionar ajustes razonables, podrán ser calificadas como discriminación.

En consecuencia, podemos decir que el sustrato medular o contenido del derecho a la educación se configura con la sumatoria de los factores expresados en los distintos Tratados Internacionales del siglo XX y las significativas contribuciones de la CDPD en el siglo XXI, principalmente en términos de inclusión y calidad de la educación.

El Comité CDPD ha definido como prioridad, entregar orientaciones a los Estados parte, a la sociedad civil y a otras partes interesadas sobre el derecho a la educación inclusiva. Por esta razón, el órgano de Tratado se encuentra en la actualidad elaborando una Observación General, para entregar las principales directrices de implementación del mencionado derecho<sup>20</sup>.

## 2.4 ACCESIBILIDAD

El Informe Mundial sobre Discapacidad 2011 destacó que el entorno construido, los sistemas de transporte, la información y la comunicación son a menudo inaccesibles para las personas con discapacidad<sup>21</sup>. El grado de aplicación de las normativas sobre accesibilidad sigue siendo reducido

14 CDPD, op. cit. art. 24, N°5.

15 *Ibidem* art. 3, h.

16 *Ibidem* art. 7, N°2.

17 Ver: Ídem y UN Committee on the Rights of the Child. General Comment N° 12, adopted at its fifty-first session (25 May-12 June 2009) UN doc CRC/C/GC/12; CRC/C/GC/12 párr. 113: “The right of the child to be heard has special significance, even more when a decision of exclusion from school is verified; which should be subject to judicial review”.

18 UN Committee of the Rights of Persons with Disabilities. Concluding Observations on the initial report of Spain, adopted by the Committee at its sixth session (19-23 september 2011) UN doc CRPD/C/ESP/CO/1

19 CRPD, op. cit. art. 2, sub-s 4.

20 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GCRightEducation.aspx>

21 OMS, op. cit.

en muchos países y las personas con discapacidad a menudo ven denegado su derecho a la libertad de expresión debido a la inaccesibilidad de la información y la comunicación. Las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, así como las personas sordociegas, se enfrentan con barreras cuando intentan acceder a la información y la comunicación debido a la falta de formatos fáciles de leer y de modos de comunicación aumentativos y alternativos. También encuentran barreras al tratar de acceder a los servicios, debido a los prejuicios y a la falta de capacitación adecuada del personal<sup>22</sup>.

En la medida en que los bienes, productos y servicios están abiertos al público o son de uso público, deben ser accesibles a todas las personas, independientemente de que la entidad que los posea u ofrezca sea una autoridad pública o una empresa privada, enfatiza el Comité<sup>23</sup>.

A su vez, el órgano de Tratado, constata que el entorno construido siempre se relaciona con el desarrollo social, cultural y con las costumbres. Por lo tanto, ese entorno está bajo el pleno control de la sociedad. Las barreras artificiales a menudo se deben a la falta de información y de conocimientos técnicos, más que a una voluntad consciente de impedir a las personas con discapacidad el acceso a lugares o servicios destinados al uso público.

A objeto de introducir políticas que mejoren la accesibilidad para las personas con discapacidad, es necesario modificar las actitudes hacia este sector de la población a fin de combatir el estigma y la discriminación, mediante iniciativas de educación permanente, actividades de toma de conciencia, campañas culturales y comunicación<sup>24</sup>.

El artículo 9 de la Convención consagra claramente la accesibilidad como la condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir

en forma independiente, participar plenamente y en pie de igualdad en la sociedad, disfrutando de manera irrestricta de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

Las barreras que impiden el acceso a las instalaciones, bienes y servicios existentes que están destinados o abiertos al público se eliminarán gradualmente de forma sistemática, con una supervisión continua<sup>25</sup>.

El diseño inicial contribuye a que la construcción sea mucho menos costosa: por ejemplo, hacer que un edificio sea accesible desde el principio puede no aumentar el costo de construcción total, en muchos casos, o aumentarlo solo mínimamente, en algunos. Sin duda la adecuación posterior puede resultar más onerosa.

La aplicación del diseño universal hace que la sociedad sea accesible para todos los seres humanos, no solo para las personas con discapacidad<sup>26</sup>.

El Comité explicita las responsabilidades que tienen en materia de accesibilidad las autoridades<sup>27</sup> que expiden los permisos de construcción, las juntas directivas de las empresas de radiotelevisión, las entidades que conceden las licencias de TIC, los ingenieros, los diseñadores, los arquitectos, los planificadores urbanos, las autoridades de transporte, los proveedores de servicios y la comunidad académica. Un factor clave será el fortalecimiento de la participación directa de las personas con discapacidad en el desarrollo de productos, lo que mejorará la comprensión de las necesidades existentes y la eficacia de las pruebas de accesibilidad. Es importante establecer sistemas de formación y supervisión para todos estos grupos a fin de garantizar la aplicación práctica de las normas de accesibilidad<sup>28</sup>.

El Comité hace una clara distinción entre la obligación de garantizar el acceso a todas las nuevas infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la obliga-

22 United Nations Human Rights. Office of the High Commissioner for Human Rights. Human Rights Bodies. CRPD. Comentario General N° 2 (GC2): accesibilidad. Párr. 7. Recuperado el 8 diciembre 2014 de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2&Lang=en)

23 *Ibidem*, párr. 14.

24 *Ibidem*, párr. 3.

25 *Ibidem*, párr. 14.

26 *Ibidem*, párr. 16.

27 *Ibidem*, párr. 19.

28 *Ibidem*, párr. 19.

ción de eliminar las barreras, asegurando el acceso al entorno físico y el transporte, a la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan.

Otra de las obligaciones generales de los Estados es emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promoviendo su disponibilidad, uso y el diseño universal en la elaboración de normas y directrices<sup>29</sup>.

Los Estados parte cumplirán sus obligaciones en el campo de la accesibilidad, fijando plazos y asignando recursos adecuados para la eliminación de las barreras existentes. Además deberán prescribir claramente los deberes que las diferentes autoridades (incluidas las regionales y locales) y entidades (incluidas las privadas) deben cumplir para asegurar la accesibilidad. También deberán establecer mecanismos de supervisión efectivos que garanticen la accesibilidad, incluyendo la aplicación de sanciones por incumplimiento<sup>30</sup>.

La garantía de la accesibilidad en sus diversas formas a menudo es una condición previa para que las personas con discapacidad disfruten de forma efectiva de diversos derechos civiles y políticos. Las barreras deben eliminarse de modo continuo y sistemático, en forma gradual pero constante.

Los Estados deben armonizar su legislación de acuerdo al estándar internacional de accesibilidad establecido en la Convención. Esto implica la consideración de las normas de accesibilidad en las contrataciones públicas, para asegurar la igualdad de facto para las personas con discapacidad.

El Comité recomienda que los organismos de desarrollo internacional reconozcan la importancia de apoyar los proyectos encaminados a mejorar la accesibilidad a las TIC y a las infraestructuras.

<sup>29</sup> CDPD, op.cit, art.2 y art 4, inc. 1, letra f.

<sup>30</sup> GC2, op. cit. párr. 24.

### 3. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

La CDPD cuenta con 160 ratificaciones, incluida la Unión Europea<sup>31</sup>. Por lo tanto, es un estándar que de forma veloz camina hacia la ratificación universal. Esto implica el consenso global de los Estados en relación al modelo de derechos humanos de las PCD.

Por otro lado, los Objetivos de Desarrollo Sostenible para la Agenda 2030, establecen propósitos específicos, cuyas metas subrayan a las personas con discapacidad, a saber:

Objetivo N° 4, sobre educación inclusiva de calidad y aprendizaje permanente con sus metas de eliminar las disparidades, igualdad de acceso, construir y mejorar las instalaciones educativas, además de entornos incluyentes; Objetivo N° 8, sobre crecimiento económico, empleo y trabajo decente, con sus metas de empleo pleno, productivo, e igualdad de remuneración; Objetivo N° 10, reducir la desigualdad dentro y entre países con su meta de inclusión social, económica y política; Objetivo N° 11, lograr que las ciudades y asentamientos humanos sean incluyentes, seguros, resistentes y sostenibles con sus metas de acceso a transporte y espacios inclusivos, accesibles, seguros y sostenibles y Objetivo N° 17, fortalecer los medios de aplicación y revitalizar la alianza mundial para desarrollo sostenible con su meta de construcción de capacidades y disponibilidad de datos<sup>32</sup>. Sin perjuicio de lo expresado, los demás objetivos y metas son también aplicables a las personas con discapacidad, especialmente cuando se menciona la inclusión.

En base al análisis desarrollado podemos concluir:

a. El modelo de derechos humanos de las personas con discapacidad, consagrado en la CDPD y que representa un consenso global en la materia, establece diversos desafíos de implementación

<sup>31</sup> Convention and Optional Protocol Signatures and Ratifications: countries and Regional Integration Organizations. Recuperado de <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?id=166#E>

<sup>32</sup> Informe del Grupo de Trabajo Abierto de la Asamblea General sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Recuperado de <https://sustainabledevelopment.un.org/processes/post2015/owg/proposal/spanish>

en el ámbito de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano de monitoreo internacional, ha subrayado una multiplicidad de obligaciones de implementación. Ejemplos de ello se traducen en los ámbitos de: igual reconocimiento como persona ante la ley, acceso a la justicia, educación y accesibilidad, en otros.

b. En la actualidad se ha verificado una estrecha conexión entre los derechos humanos y el desarrollo social sostenible, inclusivo y accesible.

Esto queda de manifiesto cuando observamos que los Objetivos de Desarrollo Sostenible contemplan expresamente en sus metas a las personas con discapacidad, desde el modelo de derechos humanos.

c. Los derechos de las personas con discapacidad se proyectarán en la definición sólida de indicadores medibles que incluyan reformas de la gobernanza económica internacional, de acuerdo con el derecho al desarrollo. El progreso debe ser medido no solo en relación con el Producto Interno Bruto PIB, sino en relación con indicadores más amplios de progreso social como la igualdad, la no discriminación, el bienestar humano, la justicia, la seguridad, la lucha contra la corrupción y la flexibilidad de los regímenes mundiales de propiedad intelectual en pro de diferentes accesos para las personas con discapacidad<sup>33</sup>.

La rendición de cuentas, tanto del sector público como del sector privado, debe garantizarse.

d. El monitorio para el cumplimiento de los ODS deberá considerar la información recabada por los mecanismos de seguimiento en materia de derechos humanos. Esto significa que, la supervisión efectuada por los Comités de Naciones

Unidas en el campo de los derechos humanos, incluido el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, será un insumo sustancial en el examen de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible<sup>34</sup>.

---

33 Ídem.

---

34 Joint Statement of the Treaty Body Chairpersons on Human Rights and the Post-2015 Development Agenda. Recuperado el 26 junio 2015 de [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/MDGs/Post2015/JointstatementTBChairpersonsonPost-2015Agenda\\_Jun2015.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/MDGs/Post2015/JointstatementTBChairpersonsonPost-2015Agenda_Jun2015.pdf)

**LUIS TORRES GONZÁLEZ**

Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile.

# EL DELITO DE TORTURA EN CHILE Y EL PROYECTO DE LEY PARA SU NUEVA TIPIFICACIÓN: BALANCE Y CRÍTICAS

El presente trabajo tiene por objeto describir el tratamiento jurídico penal de la tortura en el Código Penal chileno y dar cuenta de sus principales críticas, las cuales se originan por su incompatibilidad con el mandato de tipificación contenido en los instrumentos internacionales suscritos por Chile. La regulación internacional constituye el marco de referencia mínimo para la verificación del cumplimiento de criminalizar los hechos constitutivos de tortura. A partir de este estándar mínimo, se pasa revista al actual proyecto de ley que pretende incorporar al Código Penal un nuevo delito de tortura, y se enuncian algunas críticas que dan cuenta de las limitaciones e insuficiencias que contiene la propuesta para adecuarse plenamente a las exigencias internacionales.

## 1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LA TORTURA EN CHILE Y SUS CRÍTICAS

### 1.1 ANTECEDENTES GENERALES

La regulación de la tortura tiene una larga tradición en el derecho chileno. Las primeras fuentes de su prohibición ya se encontraban en el Proyecto de Reglamento Constitucional de 1812, consolidadas posteriormente en la Constitución de 1833 y continuadas en la Constitución de 1925<sup>1</sup>. Por su

parte, la Constitución Política vigente desde 1980, prohíbe en su artículo 19 número 1º la aplicación de cualquier apremio ilegítimo<sup>2</sup>. De igual manera, en el Código Procesal Penal se contemplan disposiciones que protegen la garantía constitucional reconociendo el derecho de verse libre de

---

1 El Proyecto de Reglamento Constitucional de 1812, en su artículo 1º: “XXI. Las prisiones serán lugares cómodos y seguros para la detención de personas, contra quienes existan fundados motivos de recelo, y mientras duren estos; y de ningún modo servirán para mortificar delincuentes”. En cambio, en la Constitución de 1833, en el artículo 145 se leía: “No podrá aplicarse tormento ni imponerse en caso alguno la pena de confiscación de bienes. Ninguno

---

na pena infamante pasará jamás de la persona del condenado”, fórmula que pasó casi idéntica a la Constitución de 1925 en el inciso segundo del artículo 18: “No podrá aplicarse tormento, ni imponerse, en caso alguno, la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio de comiso en los casos establecidos por las leyes”. También ver referencia a la fuente Constitucional, Vera Robustiano, *Código Penal de la República Comentado*, Imprenta de P. Carot, Santiago, 1883.

2 Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (...) se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

cualquier apremio, tales como el derecho de todo imputado de no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, derecho que se refuerza con lo prevenido en el artículo 195 del mismo texto, que señala los métodos de investigación prohibidos<sup>3</sup>.

En cuanto a la regulación como delito, el Código Penal (en adelante CP) de 1874 contemplaba en su artículo 150 la prohibición de aplicación de tormentos, precepto inspirado en la fórmula utilizada por el Código Penal Español de 1848, que castigaba a quienes aplicaren tormentos o usaren de un rigor innecesario en contra de un reo<sup>4</sup>.

La ley 19.567 del año 1998 introdujo la actual regulación de la tortura en el CP chileno, con la incorporación de los artículos 150 A y 150 B, los que fueron ubicados en el párrafo cuarto del Libro II del mencionado Código<sup>5</sup>. El objetivo de la referida modificación legal fue el cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos por el Estado de Chile al ratificar los principales tratados de derechos humanos, especialmente respecto de aquellas obligaciones específicas sobre la regulación de la tortura contenidas en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>6</sup>.

3 Artículo 93 letra h) y artículo 195 respectivamente, del Código Procesal Penal (2000).

4 El artículo 150 original de 1874, disponía que: “Sufrirán las penas de presidio o reclusión menores i suspensión en cualesquiera de sus grados: 1. Los que decretaren o prolongaren indebidamente la incomunicación de un reo, le aplicaren tormentos o usaren con él de un rigor innecesario (...)”. Este artículo a su vez tuvo como modelo en su formulación original en el Código Penal español de 1848, para más detalle, ver Barquin Sans, J. *Los Delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Editorial Depalma, 1992.

5 Publicada en el Diario Oficial el 1 de julio de 1998 y que modificó el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dictó normas de protección a los derechos del ciudadano.

6 Respecto del fundamento de la citada ley, así quedó registrado en un informe ante la sala de la Cámara de Diputados, que afirma “se agrega un artículo 150 bis para hacer operativa la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, estableciendo una pena para el delito de tortura”. BCN. Historia de la Ley N° 19567. Discusión en Sala, Cámara de Diputados. p.

## 1.2 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL “DELITO DE TORTURA” EN CHILE

En general hay consenso en que, si bien no existe *nomine iuris* un delito de tortura en el CP, este se encontraría regulado en el artículo 150 A del mismo texto legal<sup>7</sup>. El tipo penal se encuentra tratado bajo el epígrafe “de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”, por lo que algunos autores han creído que lo protegido en esta figura (bien jurídico) sería la libertad y seguridad individual de la víctima, por sobre otras consideraciones<sup>8</sup>.

La norma estudiada castiga al “empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación (...)”. Como se puede apreciar, el elemento material del tipo penal reside en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos a una persona privada de libertad, expresiones que, según la doctrina nacional predominante, deben interpretarse conforme al artículo 1° de la Convención contra la Tortura, instrumento donde se encuentra una definición de tortura que ha sido legalmente incorporada al ordenamiento jurídico chileno<sup>9</sup>.

En cuanto a los restantes requisitos del tipo penal, se requiere de la concurrencia de un sujeto activo cualificado, en cuanto exige la calidad de

96. Recuperado de [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XXI&nro\\_ley=19567&anio=2015](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XXI&nro_ley=19567&anio=2015). El Estado de Chile suscribió la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, mediante el Decreto 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 26 de noviembre de 1989; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, fue incorporada por el Decreto 809, del mismo Ministerio en la misma fecha que la Convención ONU.

7 En este sentido Politoff, S. Matus, J. y Ramírez, M. *Leciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Segunda Edición, 2013, p. 217 y ss. También Garrido Montt, M. *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica, Segunda Edición, 2010. Igualmente la jurisprudencia ha sostenido el criterio anterior, ver sentencia Rol 121-2013, del TOP (Tribunal Oral en lo Penal) de Puerto Montt; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 53-2008.

8 Politoff, S. Matus, J. y Ramírez, M. op. cit., p. 217.

9 Por todos, Garrido, M. op. cit., p. 407.

empleado público de quien realiza la conducta, por lo que se trata entonces de un delito especial. Por su parte, el artículo 150 B contempla los casos en que intervienen particulares en la realización de estas conductas, es decir, castiga los supuestos en que los partícipes del delito no revisten la calidad de funcionarios (*extraneus*), a los cuales se les aplica la misma pena del autor cualificado<sup>10</sup>.

En relación al sujeto pasivo, este tiene que ser una persona que se encuentre privada de libertad, entendiéndose que ello ocurre cuando la persona se encuentra imposibilitada de ejercer su libertad de desplazamiento y se encuentre de facto en una posición de sujeción o control respecto del autor, no siendo correcta una verificación meramente formal de que una persona se encuentra detenida o presa<sup>11</sup>.

También se consagra, lo que algunos autores han denominado una figura agravada de apremios ilegítimos, contenida en el inciso tercero del artículo 150 A, que eleva la penalidad del autor cuando la conducta típica se realiza con la finalidad de obtener la confesión, algún tipo de declaración o cualquier información respecto del ofendido o de un tercero, casos en los que se aumenta la pena contemplada en el inciso primero de la norma comentada<sup>12</sup>.

10 En el sentido contrario, la doctrina predominante sostiene para estos casos una distinción entre la pena del autor cualificado y el partícipe no cualificado, puesto que este último se haya en una posición secundaria respecto del autor, ver Mir Puig, S. *Derecho Penal*, Parte General, 8ª ed., Reppertor, 2009, p. 400.

11 En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que se debe entender por privación de libertad: “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria” (CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, p. 14 y ss).

12 Matus afirma que para que “se realice esta disposición y en consecuencia se aumente su penalidad, el autor debe obtener su propósito, es decir, obtener la confesión o información requerida” (Politoff, S. Matus, J. y Ramírez, M. op. cit., p. 219). Lo anterior nos parece infundado, puesto que el legislador utiliza la voz *compeler* de la cual no es posible inferir tal conclusión. En contra también Garrido, para quien “que esta calificante exige que el propósito se

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo analizado establece una regla concursal entre las conductas descritas, y los delitos de lesiones graves y homicidio, pero siempre que, la responsabilidad por estas últimas sea a título de imprudencia o negligencia del autor o autores del mismo. Sin embargo, si la muerte o las lesiones graves se cometieren con dolo, entonces se deberá proceder conforme a las reglas generales<sup>13</sup>. En nuestra opinión, este supuesto se corresponde a lo que en doctrina se conoce como una figura preterintencional.

Por último, es importante hacer referencia a la regla del inciso segundo del artículo 150 A, que previene un tipo de omisión propia, al castigar también a aquel o aquellos que teniendo conocimiento de la realización de las conductas descritas en el inciso primero, no las impidieren o hicieran cesar, siempre y cuando tuvieran la autoridad para ello, caso en el cual la pena a imponérseles deberá rebajarse en un grado en relación a la pena prevista en el inciso primero, cuestión (la rebaja de pena por la omisión) que no encuentra algún fundamento razonable y es discutible en la doctrina<sup>14</sup>.

### 1.3 LAS CRÍTICAS A LA REGULACIÓN ACTUAL

No obstante la existencia del artículo 150 A y B en el CP chileno, el modelo de regulación adoptado sigue siendo objeto de numerosas críticas<sup>15</sup>. El Comité contra la Tortura ha señalado su preocupación “[p]or el hecho de que, a pesar de sus recomendaciones anteriores, la definición de tortura en el Estado parte sigue sin estar plenamente en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención”<sup>16</sup>. En efecto, el Comité ha agregado que esta preocupación subsiste aún cuando “la afirmación del Estado parte de que, según el Código Penal chileno, todos los actos que pueden calificarse de “tortura” en el sentido

cumpla, no tiene respaldo en el tenor de la disposición”, Garrido, M. op. cit., p. 411.

13 En el mismo sentido, Garrido, M. op. cit., p. 411

14 *Ibidem*, p. 410.

15 “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, Instituto Nacional de Derechos Humanos, p. 77 y ss.

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

del artículo 1 de la Convención están penados”<sup>17</sup>.

Efectivamente nuestra actual tipificación sobre este ilícito es claramente más restrictiva que la propuesta de criminalización de la Convención ONU. Lo anterior implica, en los términos del Comité, que las regulaciones más restringidas son contrarias a la Convención. El principal aspecto en que se basa esta crítica radica en la exigencia de que el sujeto pasivo se encuentre privado de libertad, cuestión que no se contempla en el mandato de la Convención<sup>18</sup>. En el mismo sentido, en el Informe Anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se señala que este requisito de “la privación de libertad” no se encuentra en ningún instrumento internacional<sup>19</sup>.

Sumado a lo anterior, también se han objetado las bajas penas que contemplan la figuras analizadas, especialmente en relación a la gravedad de los supuestos que las fundamentan, lo que no guardaría correspondencia con la exigencia de imposición de “penas adecuadas a su gravedad” en los términos del artículo 4º de la Convención<sup>20</sup>. Por último, se ha observado igualmente que la falta de una denominación expresa de delito de tortura es una deficiencia que genera distorsiones para el tratamiento de la misma<sup>21</sup>.

## 2. EL MARCO DE REFERENCIA MÍNIMO PARA LA TIPIFICACIÓN DE LA TORTURA

El marco jurídico que circunscribe la tipificación de la tortura se encuentra expresamente consagrado en el derecho internacional<sup>22</sup>. Su prohibición

absoluta constituye la base de toda la regulación que se ha desarrollado en torno a su configuración<sup>23</sup>. Dos son las principales características del modelo de protección adoptado: la primera de ellas es que la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen una vulneración del derecho a la integridad física y psíquica de las personas; la segunda, por su parte, indica que las conductas prohibidas (tortura y otros tratos) deben ser criminalizadas por los Estados parte, cuyo modelo de referencia mínimo se encuentra en la definición de la Convención contra la Tortura.

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 estos cometidos por funcionarios públicos u otras personas que actúen en nombre del Estado o por particulares”<sup>24</sup>. Lo anterior además deja claro que, para el estándar de derechos humanos, la obligación de tipificar como delito pesa tanto respecto de la tortura como en los malos tratos.

17 Ídem.

18 “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, op. cit, p.77 y ss.

19 Ibídem, p. 80.

20 Comité contra la Tortura, op. cit, p. 10.

21 Por ejemplo, el INDH ha observado que “las críticas a la definición ofrecida por el ordenamiento chileno dicen relación, entre otras cosas, con que no explicita el hecho punible como tortura. El Código Penal hace referencia a tormentos y apremios ilegítimos. Por poder prestarse a una interpretación equivocada y ambigua, nuestra legislación debe adoptar los conceptos consolidados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”. “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, op. cit, p. 80.

22 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos

o degradantes, por constituir una violación al derecho a la libertad personal. En el mismo sentido, el Convenio Europeo (art. 3) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5) configuran las conductas prohibidas como atentatorias del derecho a la integridad personal como bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la protección. En el Derecho Internacional Humanitario (principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra) y también en el Derecho Penal Internacional a través del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se ha proscrito la tortura y los malos de forma absoluta.

23 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, artículo 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).

24 CDH, Observación General N° 20, párr. 13.

## 2.1 LA NOCIÓN DE TORTURA COMO UN “MÍNIMO” PARA EL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DE TIPIFICACIÓN

La Convención contra la Tortura dispone que los actos de tortura deben constituir delito en los ordenamientos internos de los Estados signatarios<sup>25</sup>. Por su parte, el artículo 2 señala 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<sup>26</sup>. Entonces, de lo anterior se concluye que la noción de tortura objeto de la criminalización (lo que se debe tipificar) es la entregada por la Convención, la cual expresa: “[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 estas”.

Así las cosas, para que los Estados signatarios puedan satisfacer íntegramente la obligación anterior, deben adecuar en sus ordenamientos figuras

<sup>25</sup> Artículo 4: “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.

<sup>26</sup> Ejemplo de lo anterior, de una definición de mayor alcance, es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual entrega una noción mucho más amplia en su artículo 2.

penales que en ningún caso sean más restrictivas o limitadas que esta noción del artículo 1, en caso contrario, no se realiza el mandato “mínimo” y el cumplimiento de la obligación es deficiente. Sin embargo, las figuras que resulten más amplias que la propuesta por el estándar están permitidas, así lo afirma el punto 2 del artículo 1 de la misma Convención, mencionado más arriba, que autoriza expresamente instrumentos internacionales o nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>27</sup>, entrega una noción de mayor alcance al señalar en su artículo 2: “[se] 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”.

Estas dos definiciones contienen las nociones que configuran el concepto de tortura, de las cuales se extraen sus elementos constitutivos. La CIDH entiende que un acto que constituya tortura existe cuando los malos tratos son: (a) intencionales; (b) causan sufrimiento físico o mental severo, y (c) son cometidos con un propósito u objetivo, incluyendo la investigación de delitos. Debe tomarse en cuenta que la definición de la tortura está sometida a revisión continua a la luz de las condiciones actuales y los valores cambiantes de las sociedades democráticas<sup>28</sup>.

Por otra parte, junto con la obligación de castigar como delito los actos que queden comprendidos en estas definiciones de tortura, la Convención

<sup>27</sup> Adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

<sup>28</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe “Hacia el Cierre de Guantánamo”, 2015. Ver también Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 99.

ONU exige también en su artículo 4 que se castigue la tentativa de cometer tortura y todo acto que constituya complicidad o participación en la misma, y que todos ellos sean sancionados con penas adecuadas a su gravedad.

Asimismo, el alcance de lo anterior no se agota solo con los actos de tortura, sino que también se extiende a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo cual se deriva de lo señalado en el artículo 16 de la Convención, que prescribe que los Estados igualmente se comprometan a sancionar estos hechos cuando no alcancen a constituir tortura.

### 3. EL ACTUAL PROYECTO DE LEY PARA TIPIFICAR LA TORTURA

#### 3.1 LOS ANTERIORES PROYECTOS DE REFORMA

Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 19.567 y el actual tratamiento penal de la tortura, se han sucedido al menos cuatro iniciativas legales para superar, en general, las críticas efectuadas. Sin embargo, ninguna de ellas ha logrado proponer un modelo de tipificación que satisfaga las exigencias internacionales en los términos mínimos antes vistos.

Sobre los proyectos de reforma en cuestión, dos de ellos corresponden a intentos específicos de adecuación del régimen de la tortura a los estándares internacionales. Los restantes, son consecuencia de iniciativas (generales) que han tenido por objeto la implementación de un nuevo Código Penal. Sobre estos últimos, se cuenta el Proyecto de Reforma al Código Penal del año 2005<sup>29</sup>, y el actual Proyecto de Nuevo Código Penal (2014)<sup>30</sup>. En ambos casos, y entre otras cuestiones, las figuras contempladas insisten en la exigencia de que la víctima de la tortura sea una persona privada de libertad, en los mismos términos de la situación actual, con lo que en nada responden a las

29 Anteproyecto de nuevo Código Penal, Comisión Foro Penal (2005), Ministerio de Justicia.

30 Proyecto de Nuevo Código Penal 2014, Boletín N° 9.274-07, disponible en sitio web Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

observaciones del Comité contra la Tortura, que como se dijo, ha manifestado su preocupación especialmente sobre este aspecto que restringe la definición convencional<sup>31</sup>.

En lo que refiere a los proyectos particulares, el presentado el año 2009<sup>32</sup> y el reciente ingresado al Parlamento en 2014<sup>33</sup>, las cosas no son muy distintas. El primero de ellos sigue la definición de la Convención pero incurre en otras inconsistencias al tratar de emular casi en su totalidad el modelo Español recogido en su Código Penal del año 1995, que castiga la tortura y otros delitos como atentados a la integridad moral, en lo que significó la mayor novedad de su reformulación, la cual empero, no ha estado ajena de una intensa crítica<sup>34</sup>.

#### 3.2 EL ACTUAL PROYECTO

El proyecto de ley actual se encuentra en el primer trámite Constitucional y dista mucho de su propuesta inicial. El proyecto original presentado adoptaba una definición, en principio, adecuada (a la Convención) se aleja de ella de un modo diametral al considerar el tipo penal de tortura como un tipo penal de sujeto común, es decir, que se puede cometer por cualquier persona. Aquella propuesta era mucho más amplia que el modelo de referencia, y por tanto permitida desde los estándares de derechos humanos, sin embargo, desde el punto de vista penal las problemáticas eran complejas y desaconsejables<sup>35</sup>.

31 Ver supra 1.2, citas 12 y 13.

32 Boletín N° 6644 07, que contiene el proyecto de ley que “Tipifica y castiga el delito de tortura”, año 2009, disponible en web BCN: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

33 Boletín N° 9589-17, que contiene el proyecto de ley que “Modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad”, 2014. Ver en web BCN: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

34 Para un panorama de la situación de los delitos contra la integridad moral en el Código Penal Español, ver Muñoz Sánchez, J. *Los Delitos contra la Integridad Moral*, Tirant lo Blanch, 1999; también fundamental Barquin, J. *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2011.

35 La idea de un delito de tortura de sujeto común, es rechazada por la doctrina mayoritaria, como afirma De La Cuesta Arzamendi “[la] condición de funcionario público o persona de algún modo ligada al ejercicio de funciones

Con el avance de la tramitación, el contenido del proyecto ha cambiado totalmente en relación a la moción original. El texto aprobado hasta ahora, contiene la incorporación de seis nuevos artículos al CP, y varias modificaciones que van desde el artículo 147 al artículo 255 del CP vigente. Entre sus principales características destaca la creación de un tipo penal que castiga los tratos degradantes y un nuevo delito de tortura que se contempla en un nuevo párrafo, donde se propone también una figura agravada de tortura por el hecho de cometerse en contra de personas privadas de libertad. Por último se considera una figura que castiga el concurso real de la tortura con el homicidio, la violación o las lesiones graves.

En cuanto a la definición de tortura, se eligió una fórmula que sigue, en general, la definición Convencional y que se complementa con la noción de la Convención Interamericana en cuanto a incluir también como conducta típica “los métodos que anulan la personalidad”. Así, el tipo penal se recoge en un nuevo artículo 161 bis, que dispone: “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

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”

Posteriormente, en el artículo 161 ter se castiga los casos en que “con motivo u ocasión de la tortura, se cometiere además homicidio, o alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397 N° 1...”, figura que es sancionada con la pena mayor que contempla el Código. Por su parte, el artículo 161 quáter establece que se aumentará la pena del delito de tortura del 161 bis, cuando la víctima se encuentre legítima o ilegítimamente privada de libertad, en cuyo caso le corresponderá al autor la pena aumentada en un grado.

Por último el proyecto prohíbe la aplicación para este grupo de delitos, de las causales de extinción de la responsabilidad penal contenidas en los números 6 y 7 del artículo 93 del CP. Finalmente también se consideran reglas de competencia en cuanto a excluir a la justicia militar de estos delitos y se modifican las penas del artículo 255 del mismo texto legal.

#### 4. BALANCE Y CRÍTICAS AL PROYECTO

Como se ha visto, la regulación nacional del delito de tortura no se adecua a las exigencias internacionales. A partir de esta constatación han existido varios intentos legislativos para superar tal insuficiencia y cumplir con las obligaciones del Estado en esta materia. No obstante ello, lo cierto es que aún nos mantenemos con una tipificación insatisfactoria y, por ello, cualquier propuesta destinada a corregirla debe ser valorada positivamente.

Efectivamente hay una propuesta que en general es compatible con los estándares internacionales. Al respecto, el punto más destacable en este sentido dice relación con los marcos penales propuestos, los cuales son coherentes con la obligación de establecer penas proporcionadas a la gravedad de este tipo de delitos.

---

públicas es inherente a la historia semántica de la tortura... y esto debe seguir siendo un elemento característico de lo injusto específico de la tortura, que sirva para distinguirla netamente de los actos de crueldad o maltratos físicos o psíquicos cometidos al Estado... es más lo que eleva la tortura al interés internacional es la práctica del Estado en contra de víctimas desprovistas de protección”, De La Cuesta Arzamendi, J. L. *El delito de tortura*. Bosch. Barcelona, 1990. En el mismo sentido Abreu, M. L. M. La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1986, 39(2), 423-486 y Rafecas, D. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Rústica, 2010, p. 108 y ss.

Sin embargo, el proyecto adolece de importantes aspectos que son incompatibles con el objetivo que persigue, esto es, cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado. En efecto, una primera crítica alude a la noción de tortura que se recoge, la cual, como se dijo, en general sigue los lineamientos de las convenciones, pero que se aparta de ella en varios aspectos.

En primer lugar, la definición del proyecto establece una cláusula taxativa o cerrada de las finalidades que puede tener la tortura, en abierta contradicción con el estándar internacional que contempla una fórmula general o abierta de la misma, en el sentido de establecer cualquier finalidad que pueda basarse en algún motivo de discriminación (Convención ONU) o cualquiera sea la finalidad perseguida (Convención Interamericana); por el contrario, el proyecto considera “o en razón de una discriminación fundada en la raza o etnia, nacionalidad, ideología u opinión política, religión o creencia, u orientación sexual”, transformando con ello en *númerus clausus* la referencia a los fines, cuestión que es manifiestamente más restringida que el estándar mínimo visto, por lo que resulta incompatible con la obligación internacional.

En el mismo sentido restrictivo incurre el proyecto, en el caso de los métodos para anular la personalidad, ya que exige que estos sean “aptos para anular completamente la personalidad de una persona, entendida como aquella que consigue la supresión de la voluntad, discernimiento y decisión”, cuestión totalmente diversa a la establecida en el artículo 2 de la Convención Interamericana la cual alude a “métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”, descripción que en ningún caso contiene las limitaciones del proyecto.

En segundo lugar, en nuestra opinión tampoco es acertada la figura que agrava la pena de los casos de tortura (art. 161 quáter) cuando la víctima se encuentre privada de libertad, o bajo alguna forma de custodia o control, ya que estos no son elementos que se encuentren presentes en los estándares vistos y que significan, en todo caso, una aplicación más limitada del concepto. Además de

lo anterior, no se ve el fundamento fáctico para la justificación de la agravación, toda vez que en la generalidad de los casos, las víctimas de tortura o malos tratos se encuentran materialmente a disposición del autor y con su libertad ambulatoria restringida, cuestión que permite la realización de tales conductas, por lo que su consideración especial es redundante con la noción misma de un acto de tortura.

En tercer lugar, el proyecto no deroga ni modifica el régimen actual del artículo 150 A del CP, tipo penal, que como vimos, para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, constituye el tipo que castiga los actos de tortura. Lo anterior es preocupante, ya que parte del contenido actual de la citada norma, se entrelaza con la definición del nuevo artículo 161 bis, originando un posible concurso aparente de leyes penal, cuestión que si bien tendrá que ser resuelta por los jueces en cada caso, de acuerdo a las reglas generales, lo aconsejable sería una distinción de texto de mayor claridad, sobre todo por las diferencias penológicas que hay entre el inciso tercero del actual artículo 150 A, con el sugerido 161 bis, y en forma más patente con la figura agravada del 164 quáter del proyecto.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abreu, M. L. M. “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1986.
- Barquin Sans, J. *Los Delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Editorial Depalma, 1992.
- CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. *El delito de tortura*. Barcelona: Bosch, 1990.
- Muñoz Sánchez, J. *Los Delitos contra la Integridad Moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Barquin, Jesús *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2011.
- Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica, Segunda Edición, año 2010.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 8ª Edición, Reppertor, 2009
- Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica, 2º ed. 2013.
- Rafecas, D. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Rústica, 2010.
- Vera Robustiano, *Código Penal de la República Comentado*, Imprenta de P. Carot, Santiago, 1883.

## ÁLVARO PAÚL

Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho por Trinity College Dublin, Máster en Derecho (MJur) por la Universidad de Oxford, y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes (Chile).

# LA SEGREGACIÓN PROCESAL PENAL COMO DESAFÍO PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL CHILENA\*

La transición chilena ha incluido el juzgamiento de personas involucradas en los graves crímenes cometidos durante la reciente dictadura chilena. Este proceso se ha llevado a cabo según la antigua justicia procesal penal, de corte inquisitivo, a pesar de que la generalidad de los crímenes cometidos en Chile son, actualmente, perseguidos según un nuevo sistema de corte acusatorio. Este último reemplazó al antiguo procedimiento penal, cual era considerado por la generalidad de la doctrina como contrario a los principios de un Estado democrático. En efecto, este procedimiento penal vulnera el debido proceso, así como otros derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, el hecho de que este procedimiento se aplique casi exclusivamente a militares constituiría una discriminación indirecta (diferencia basada en una norma objetiva, pero que tiene un impacto desproporcionado en una categoría específica de personas). Esta segregación procesal penal constituye el desafío actual más importante de la justicia transicional chilena, pues su mantenimiento afectará el prestigio de los procesos sobre derechos humanos.

## INTRODUCCIÓN

Las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante la reciente dictadura militar merecen sanción. La justicia transicional también lo exige<sup>1</sup>. Es por ello que la transición chilena fue

incluyendo, de un modo gradual e inorgánico, el juzgamiento de las personas involucradas en estos crímenes. En efecto, hoy en día los involucrados en estos crímenes están sujetos a la acción de los tribunales criminales ordinarios. Es importante recalcar que los casos de violaciones de derechos humanos cometidas después de 1973 (y que incluyen algún caso ocurrido también en democracia, como sucede con el caso *Berrios*), no son conocidos según el procedimiento militar, sino que usando el régimen penal ordinario. Ello es así porque se considera que los militares actuaron fuera de su ámbito profesional.

Reconociendo la necesidad de sancionar a los responsables de graves crímenes ocurridos durante el

\* Agradezco los comentarios de Cecilia Medina Quiroga en el seminario “Desafíos Post-Transicionales en Materia de Derechos Humanos en Chile”.

1 La justicia transicional es el conjunto de procesos destinados a enfrentar pasadas violaciones a los derechos humanos surgidas con ocasión de períodos de desorden político, represión estatal o conflictos armados (Olsen *et al.* *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, p. 11). El enjuiciamiento es uno de los cinco principales mecanismos de justicia transicional reconocidos universalmente por la doctrina y quienes ejercen en derechos humanos (Ibidem, p. 31).

régimen militar, no es indiferente el modo como se logre esta sanción, pues su investigación y juicio deben cumplir con los requisitos del debido proceso. El contar con las garantías de un juicio justo es un derecho humano que protege la dignidad del acusado, y el incumplimiento de algunos requisitos del debido proceso puede impedir que el procedimiento llegue a un resultado ajustado a la realidad de los hechos ocurridos. En efecto, podría causar la condena de personas que no han tenido responsabilidad en las graves violaciones a los derechos humanos de que se les acusa.

En el caso de la justicia transicional chilena, se puede observar una segregación en los sistemas procesales penales. En efecto, salvo cuestiones relacionadas con aristas de casos previos o asuntos muy excepcionales, casi anecdóticos<sup>2</sup>, la generalidad de quienes son procesados en Chile son juzgados según el sistema procesal nuevo, establecido en el Código Procesal Penal (CPSalP). Este es un sistema de corte acusatorio, cuyas características derivan “del hecho de concebir al inculgado como un sujeto que es titular de derechos que, más allá de toda consideración utilitaria o de seguridad pública, nada ni nadie podría sobrepasar”<sup>3</sup>. En cambio, a quienes pertenecían a las Fuerzas Armadas en Chile al golpe de Estado de 1973, y a quienes se desempeñaron en ellas durante la dictadura militar, se les aplica el procedimiento penal antiguo, establecido en el Código de Procedimiento Penal (CPmtoP). Este tiene un corte inquisitivo que, según se afirmaba en forma casi generalizada al momento de reemplazarlo, no respeta los derechos humanos, y tiene el defecto de institucionalizar la parcialidad en el juzgador, al hacer que la misma persona que acusa sea la que juzgue al acusado.

El presente artículo muestra que la utilización del procedimiento antiguo constituye una violación de los derechos humanos, pues vulnera, principalmente, el debido proceso. En segundo lugar,

2 Según se verá más adelante, los delitos que podrían ser conocidos por el sistema penal antiguo se encuentran generalmente prescritos. Un ejemplo de caso anecdótico en el que se aplicaría el sistema antiguo es el de colusión de las papeleras, pues los hechos de ese caso comenzaron en 2000. Ver: San Juan y Durante, “Justicia antigua verá causa por caso colusión entre CMPC y SCA”.

3 Peña, C. “Defensa Penal y Democracia”, pp. 55-59.

muestra que esta aplicación segregada de procesos penales (el antiguo para algunos y el nuevo para otros) constituye una vulneración de la igualdad ante la ley. Probablemente, la principal objeción a esta segunda tesis será que esta diferenciación se encuentra establecida en la ley, sobre la base de un criterio supuestamente objetivo, cual es la fecha de comisión del crimen. Esta objeción será analizada en este trabajo. Por ahora, basta con decir que la legalidad no quita el carácter violatorio de los derechos humanos. Además, en caso de que el argumento anterior no convenza al lector, se sostiene que esta supuesta distinción objetiva genera lo que la doctrina llama una “discriminación indirecta”, y que no puede ser justificada por razones de necesidad ni de la gravedad del delito imputado. La segregación procesal penal no puede sino empañar los procesos seguidos en contra de los militares, por lo que constituye uno de los mayores desafíos actuales de la justicia transicional chilena.

## 1. EL PROCEDIMIENTO PENAL ANTIGUO

El CPmtoP de 1906 consagraba un procedimiento inquisitivo “puro” u “ortodoxo” que era “básicamente el mismo que recibió de la Colonia y que fue mantenido por dos siglos de vida republicana”<sup>4</sup>. El repudio por las prácticas de tal código era prácticamente generalizado entre los entendidos. Esto, y elementos como la aprobación de normas internacionales incompatibles con el procedimiento antiguo<sup>5</sup>, hicieron que el CPmtoP se reformara el año 2000. El descrédito de este procedimiento se basa, principalmente, en que la estructura del proceso antiguo restringía los derechos fundamentales del imputado y, peor aún, incidían en el resultado final, favoreciendo la condena del reo. Es por ello que los antecedentes del proyecto de ley que reformó nuestro antiguo sistema de procedimiento penal, presentado por el entonces Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, sostenían lo siguiente:

“Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile

4 Riego, C. “El Proceso de Reforma del Procedimiento Penal Chileno”, pp. 375-376.

5 *Ibidem*, p. 380.

es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado Democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal de modo que satisfaga las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman al Estado chileno.

Pero no se trata solo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevando así a término el desarrollo del Estado Constitucional. Todavía esa reforma resulta exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan al sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional. Se ha dicho, con razón, que los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o las formas de comportamiento anómico<sup>6</sup>.

Las afirmaciones anteriores no pueden entenderse si no describimos algunas características del procedimiento antiguo, como las siguientes:

a) No presume la inocencia del imputado, sino que su culpabilidad. Esto se observa, por ejemplo, en que medidas, como la prisión preventiva, son la regla general y no la excepción, como sucede con el procedimiento nuevo. En efecto, para poder privar de libertad al imputado, el actual proceso exige mostrar que aquel es un peligro para la investigación, para la sociedad o para la

víctima<sup>7</sup>. Ello no es necesario en el procedimiento antiguo, donde la simple acusación genera la prisión preventiva del imputado<sup>8</sup>.

b) La imparcialidad del juzgador se ve afectada, pues el mismo juez es el acusador y el juzgador. En efecto, en el procedimiento antiguo, el juez “investiga, somete a proceso, determina medidas restrictivas de libertad, ordena cautelares patrimoniales, acusa, dirige el contradictorio en su parte final y dicta sentencia”<sup>9</sup>. Con esta estructura, ¿qué imparcialidad puede tener el juez, si decide después de haber “acusado” al imputado? Hoy, en cambio, las funciones del acusador y del sentenciador están separadas, pues la primera recae en el Ministerio Público<sup>10</sup>. Además, participa un juez de garantía, según se describe en el próximo punto.

c) En el procedimiento nuevo existe un “juez de garantía”, que vela por que las medidas tomadas en contra del imputado durante la investigación se mantengan dentro del marco del respeto de sus derechos fundamentales<sup>11</sup>. Este juez es distinto del tribunal que decidirá si la acusación del imputado es acertada (el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal<sup>12</sup>). Esta separación de funciones busca evitar que la neutralidad del juzgador se contamine con prejuicios. La figura del juez de garantía no existe en el procedimiento antiguo.

d) No respeta el derecho del imputado a no autoinculparse. Esto sucede por distintos motivos, por ejemplo, se suele citar al futuro condenado a declarar sin que se le informe sobre la calidad en la que declara (como persona investigada o como simple testigo), y se consideran en su contra declaraciones en las que depuso como testigo<sup>13</sup>.

e) No permite exigir la presencia del abogado del inculpado en las declaraciones indagatorias y en los careos.

7 Cfr. Arts. 139-143 CPsalP.

8 Art. 274 CPmientop, Cfr. Arts. 252 y 254.

9 López Blanco, J. L. “Derechos Humanos de los Militares. Infracciones a Garantías Constitucionales en Procesos Penales”.

10 Art. 77 CPsalP.

11 Art. 70 CPsalP.

12 Art. 281 CPsalP.

13 López Blanco, J. L. op. cit.

6 Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, pp. 3-4.

- f) La regla general es el secretismo de las investigaciones. En efecto, el CPmtoP establece que “[l]as actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley”<sup>14</sup>, y solo permite poner en conocimiento del imputado ciertas diligencias relacionadas con alguno de sus derechos<sup>15</sup>. En cambio, el proceso nuevo establece que la regla general es la publicidad de las diligencias respecto del imputado y demás intervinientes<sup>16</sup>. Además, si bien permite que ciertas gestiones sean declaradas secretas, prohíbe que se declare el secreto respecto de determinadas actuaciones, y permite que el imputado solicite al juez de garantía la revisión del secreto<sup>17</sup>.
- g) Mientras que el proceso nuevo exige que la participación del imputado se pruebe más allá de toda duda razonable<sup>18</sup>, el procedimiento antiguo solo requiere el pleno convencimiento respecto de la existencia del delito<sup>19</sup>, pero no exige un estándar alto de convicción para condenar acusado. Más aún, se puede probar su responsabilidad sobre la base exclusiva de simples presunciones<sup>20</sup>.
- h) Abusa del recurso a la prisión, con lo que esta deja de ser la *ultima ratio*. Los antecedentes del proyecto de ley que reformó nuestro sistema penal lo reconocían, pues afirmaban: “Algunos estudios empíricos de carácter exploratorio, por otra parte, atribuyen al procedimiento penal vigente en Chile, funciones latentes de penalización informal, dada la alta incidencia de la prisión preventiva y el bajo número de sentencias condenatorias”<sup>21</sup>. El abuso del recurso a la prisión se observa también al no permitir que se usen figuras como los juicios abreviados u otras que existen en el sistema nuevo.
- i) En la práctica, no respeta plazos adecuados, por lo que, en muchas ocasiones, viola el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable<sup>22</sup>.

- j) Por último, es necesario referirse a una práctica que no está establecida en la ley, pero que es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, cual es el hecho de que estas causas son entregadas a Ministros en Visita Extraordinaria en Sede Penal. Actualmente no existe una norma jurídica que permita el juzgamiento de causas por parte de estos jueces, por lo que ellos terminan constituyendo comisiones especiales, prohibidas por nuestra Constitución Política<sup>23</sup>.

Como puede apreciarse, la utilización del procedimiento antiguo no es algo irrelevante. Su uso conllevará, probablemente, que el imputado sea sometido a prisión preventiva —con independencia de si ella es necesaria—, juzgado por un juez que ha tomado partido respecto de la acusación del imputado, y condenado sobre la base de pruebas que dejen lugar a dudas razonables sobre su participación en los hechos.

## 2. MODO COMO SE LLEGA A LA APLICACIÓN SEGREGADA DEL PROCESO INQUISITIVO A LOS MILITARES

La reforma procesal penal chilena, publicada como ley el año 2000, estableció un sistema gradual de aplicación de esta reforma en el país. Esta progresividad es razonable, pues convenía aplicar este procedimiento por partes, para poder arreglar gradualmente los problemas que pudiera presentar su aplicación inicial. La primera forma de gradualidad que se estableció es la geográfica<sup>24</sup>, pues la reforma procesal penal comenzó a ser aplicada en regiones de tamaño reducido, de modo que comenzó a operar en Santiago solo el año 2005. Dentro de cada región se adoptó también una segunda forma de gradualidad, una temporal<sup>25</sup>, pues solo se conocerían con el procedimiento nuevo las causas motivadas por hechos cometidos con posterioridad a la fecha de inicio de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la región respectiva.

14 Art. 78 CPmtoP.

15 Art. 79 CPmtoP.

16 Art. 182 CPsalP.

17 Ídem.

18 Art. 340 CPsalP.

19 Art. 110 CPmtoP.

20 Art. 502 CPmtoP.

21 Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 4.

22 Riego, C. op. cit. p. 379

23 Alcayaga, P. L. Requerimiento ante Tribunal Constitucional en Causa Rol N° 2928-15.

24 Art. 484 CPsalP.

25 Art. 483 CPsalP.

El criterio de gradualidad temporal tenía también cierta razón de ser, en el entendido de que la prescripción haría que, después de algunos años, las causas del antiguo sistema penal irían desapareciendo de a poco<sup>26</sup>. Este razonamiento, sin embargo, no contó con el hecho de que, en el intertanto, se afianzaría la teoría de que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Hoy en día, esta doctrina es seguida por, prácticamente, la totalidad de los tribunales que conocen de estos casos. Ella creó un desbarajuste en el mecanismo mediante el cual comenzaría a funcionar la reforma procesal penal, pues los delitos cometidos por la categoría de los militares acusados por violaciones históricas a los derechos humanos, sería siempre juzgada con el procedimiento penal antiguo. Así, una diferencia que surgió para resolver un problema temporal, devino en ilegítima al transformarse en permanente. Debe notarse que este proceso se aplica con independencia de si los militares son o no culpables, pues aquellos que son, en definitiva, declarados inocentes, también habrán sido sometidos a este proceso inquisitivo.

Podría pensarse que esta distinción vulnera los derechos constitucionales, pues viola diversas garantías de un proceso racional y justo, así como la garantía que prohíbe la discriminación arbitraria. Ello permitiría presentar un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Sin embargo, quienes elaboraron la reforma establecieron una norma transitoria a la Constitución (actualmente la octava transitoria), que consagra el sistema de aplicación gradual de la reforma procesal penal. Esto fue necesario, pues de otro modo, la aplicación diferenciada por regiones habría violado la garantía de la igualdad ante la ley en nuestro Estado unitario. La existencia de esta norma constitucional hace prácticamente imposible que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la “gradualidad” en la implementación de este procedimiento, pues se encuentra establecido en nuestra misma Constitución, a pesar de que vulnera garantías constitucionales.

---

<sup>26</sup> La regulación de la prescripción se encuentra en los artículos 93 a 105 del Código Penal.

### 3. INEXCUSABILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PROCESO PENAL ANTIGUO

#### 3.1 NO ES LEGÍTIMO ALEGAR LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO COMO UNA NECESIDAD

En más de alguna ocasión se ha afirmado que si se aplicara el nuevo proceso penal a los militares, se haría mucho más difícil condenarlos por hechos de violaciones graves a los derechos humanos. Tal argumentación es muy similar a otras que se esgrimen para aplicar procedimientos violatorios de los derechos humanos. Así, por ejemplo, durante el gobierno de Fujimori se aplicó a las personas acusadas de terrorismo un procedimiento que no daba suficientes garantías de imparcialidad y de respeto al debido proceso. La excusa para hacerlo era que solo con un procedimiento con esas características era posible condenar a tales personas, reparando así a los familiares de las víctimas del terrorismo, y evitando que actos de terror fueran cometidos en el futuro. Tal excusa no es válida, por cuanto las garantías nucleares del derecho al debido proceso no se le pueden arrebatar a nadie. Además, si ello se hace, puede no haber seguridad de que los condenados sean efectivamente quienes cometieron los actos de los que se les acusa (uno de los principales fines del debido proceso es llegar al conocimiento de la verdad). Por lo demás, la violación de los derechos humanos no puede ser usada como un medio para el logro de un objetivo. Es por ello que no es válido el argumento de la efectividad para mantener esta situación.

#### 3.2 IRRELEVANCIA DE LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS COMETIDOS

Toda persona, sin importar los actos que haya cometido, tiene derecho a que se le respeten sus derechos fundamentales. Ellos son patrimonio de todo ser humano. Esto puede ilustrarse con las afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. En dicho asunto el Estado de Perú trató de convencer a la Corte de morigerar sus exigencias de derechos humanos mediante la alusión a los terribles actos cometidos por quienes alegaban la violación de sus

derechos humanos. Sin embargo, la Corte IDH afirmó no estar “facultada para pronunciarse sobre la naturaleza y gravedad de los delitos atribuidos a las presuntas víctimas”<sup>27</sup>. Señaló que eso es competencia del Estado, pero que debe hacerlo “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”<sup>28</sup>. Si el Estado no lo hace, una corte de derechos humanos debe buscar “salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias”<sup>29</sup>. Tal función debe ejercerse respecto de toda persona, con independencia de la naturaleza de los crímenes que se le imputen, pues toda persona tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos.

Por lo demás, aún si se pensara que la gravedad de los crímenes cometidos hace merecer sanciones especiales, ellas debieran estar explicitadas en la normativa penal. No pueden ser supuestas por el juzgador. Más aún, según afirmamos, este procedimiento se aplica a todos quienes forman parte de la categoría de militares acusados de estos crímenes, con independencia de si ellos son declarados inocentes al final del procedimiento, por lo que tampoco puede afirmarse *a priori* que ellos hubieran cometido los graves crímenes de los que se les acusa.

#### 4. “DISCRIMINACIÓN INDIRECTA”, UNA DISCRIMINACIÓN REAL Y ABUSIVA

En caso de que el lector no se encuentre suficientemente convencido de que la aplicación del proceso penal antiguo es en sí misma una violación de los derechos humanos, es posible dar un segundo argumento que probaría la vulneración de garantías fundamentales de los militares. En efecto, la aplicación de este procedimiento (aun si se considerara que no vulnera los derechos humanos) contiene todos los elementos de lo que la doctrina llama una *discriminación indirecta*. Para entender este argumento, debe primero explicarse el concepto de discriminación indirecta. Este puede

entenderse a la luz de la definición contenida en la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013), abierta para su firma y ratificación. Ella dispone que la “[d]iscriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>30</sup>.

Esta definición (así como el mismo concepto de discriminación indirecta) tiene algunos problemas que no es del caso analizar, pero es igualmente ilustrativa. La discriminación indirecta también ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>31</sup>, así como por la Corte IDH. Esta última considera que basta con que una política o medida general tenga un “impacto desproporcionado” en un grupo particular, para que exista una discriminación indirecta<sup>32</sup>.

En ocasiones se ejemplifica la discriminación indirecta con la legislación que penaliza la sodomía. Esta situación tiene varias diferencias con el caso que nos ocupa, pero es útil para esta ilustración. La referida legislación es aplicable a relaciones heterosexuales y a relaciones entre varones<sup>33</sup>. Sin embargo, la sodomía practicada voluntariamente en un contexto heterosexual es difícilmente penada, pues la pareja puede mantener fácilmente en secreto su ocurrencia. En cambio, esto no es así en el caso de los homosexuales, por lo que terminan siendo los únicos penados por cometer estos actos en un contexto voluntario. Así, una norma que en

27 Corte IDH *Castillo Petruzzi vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 52, párrs. 88-89.

28 *Ibidem*, párr. 89.

29 *Ídem*.

30 Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Art. 1, N° 2.

31 Harris, D. J. *et al. Law of the European Convention on Human Rights*, pp. 815-817.

32 Corte IDH *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 257, párrs. 286-287.

33 Para una breve relación en la legislación estadounidense e inglesa, véase Corte Suprema de Estados Unidos *Lawrence vs. Texas* 123 S. Ct. 2472, pp. 2478-2480.

abstracto se aplica a hetero y homosexuales, en la práctica termina penando en forma exclusiva a estos últimos.

En el caso que nos ocupa sucede algo que es, de algún modo, similar, pues la norma que estableció la gradualidad en la aplicación de la legislación procesal penal parece ser suficientemente objetiva. Ella señala que los casos originados por hechos supuestamente cometidos antes del comienzo de la aplicación del proceso penal nuevo serían conocidos según el sistema antiguo, con independencia del momento en que las personas fueran acusadas. Sin embargo, atendido que los crímenes de lesa humanidad son los únicos que no se declaran prescritos, los militares son el único grupo contra el que se procede utilizando el procedimiento que era vilipendiado transversalmente por ser poco garantista, parcial, secretista y vulnerable del debido proceso.

Así las cosas, los procesos penales de la justicia transicional chilena constituyen un caso “de laboratorio” de lo que se ha llamado discriminación indirecta. En efecto, la situación actual es una donde una categoría específica de personas (los militares acusados de graves violaciones a los derechos humanos durante la dictadura) se encuentra afectada negativamente por una norma que está basada en un criterio diferenciador objetivo, y en contra de la cual sería prácticamente imposible recurrir por violatoria de las garantías constitucionales, pues se encuentra establecida en la misma Constitución. Los motivos legales por los cuales se produce esta segregación en el proceso penal, si bien son aparentemente objetivos, terminan afectando casi exclusivamente a una categoría de personas. Esto queda aún más claro cuando uno se pregunta lo siguiente, ¿cuándo dejará de usarse este procedimiento penal inquisitivo? La respuesta es sencilla: atendido que se aplica casi exclusivamente en contra de una categoría de personas, se dejará de aplicar solo cuando desaparezcan todos aquellos que la integran.

## 5. ESTA SITUACIÓN VIOLA LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

### 5.1 CUESTIÓN PRELIMINAR

Se afirmó más arriba que los hechos descritos se encuentran permitidos por una norma transitoria de la Constitución Política. Esta disposición, sin embargo, es contraria al derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación recién descrita viola diversos artículos de la CADH.

Antes de referirnos a algunos de tales derechos, hacemos presente que la Corte IDH, aun cuando no ha hecho un uso considerable de la figura del margen de apreciación<sup>34</sup>, debiera conceder una deferencia a los Estados en la realización de sus políticas públicas. Este margen permite que los Estados tomen diversos elementos en consideración al interpretar las normas de un tratado de derechos humanos. Así, por ejemplo, el Estado de Chile podría tener en consideración la complejidad de su situación transicional, así como los medios organizativos y de ocultamiento que tuvieron los militares que violaron gravemente los derechos humanos, para interpretar la expresión “plazo razonable” que utiliza la CADH en su artículo 8.1 al hablar de las garantías del acusado. Chile podría considerar que la larga duración de muchos de estos procesos es “razonable”, y que su extensión no viola esta garantía de los militares procesados. Esto sería consistente con la jurisprudencia de la CADH<sup>35</sup>.

El margen de apreciación, sin embargo, si bien permite que los Estados tengan diversas interpretaciones de los derechos de la CADH, no permite que ellos vayan en contra de la esencia misma de los derechos consagrados en la CADH. En este sentido, no sería posible hacer estas alegaciones cuando este tratado utiliza expresiones que no permiten calificaciones, por ejemplo, “derecho a que se presuma su inocencia”, “plena igualdad”,

34 Núñez, M. “Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Thelos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pp. 22-32.

35 Corte IDH *García y Familiares vs. Guatemala*, párr. 153.

“comunicación previa y detallada”, o “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo”.

A continuación nos referiremos a algunos derechos que se violan con el actuar del Estado de Chile en relación con la segregación procesal penal que hemos descrito.

## 5.2 GARANTÍAS JUDICIALES

Sobre la base de lo que se ha dicho en títulos precedentes, queda claro que los procesos penales de la justicia transicional chilena violan el artículo 8 de la CADH, referido a las garantías judiciales, en particular sus párrafos 1, 2.b, 2.f, 2.g y 5. Atendidas las diversas violaciones que afectan a este derecho, conviene copiar las secciones relevantes del artículo respectivo, pero sin describir el modo como se violan, ya que ello ha sido explicado previamente. Tal norma dispone:

“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:  
[...]  
b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;  
[...]  
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.  
[...]

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

## 5.3 IGUALDAD ANTE LA LEY

La segregación de la justicia penal viola el artículo 24 de la CADH, sobre igualdad ante la ley, que dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Nosotros ya hemos descrito la discriminación que existe entre la categoría de aquellos enjuiciados por violaciones cometidas durante la dictadura militar y los demás chilenos. Por ello, no es necesario explicar por qué dicho artículo es aplicable en este caso. Sin perjuicio de esto, conviene recalcar que en el caso *Masacre de Mapiripán*, la Corte IDH señaló que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure o de facto*”<sup>36</sup>. Además, la Corte ha dicho que “[es] discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”<sup>37</sup>. Asimismo, en el caso *Castañeda* la Corte afirmó que ella “ha distinguido entre distinciones y discriminaciones, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables, proporcionales y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos”<sup>38</sup>.

Sin embargo, en el caso de la segregación procesal chilena, la distinción no es razonable, porque la razonabilidad de una distinción debe ser juzgada según las necesidades actuales, no según las necesidades de implementación que pueden haber existido al momento de su aprobación, como fue la aplicación gradual del nuevo procedimiento. El único motivo que justificaba la distinción dejó de existir, toda vez que el procedimiento penal

36 Corte IDH *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (Caso de la) Sentencia, Serie C N° 134, párr. 178.

37 Corte IDH *Yatama vs. Nicaragua* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 127, párr. 185.

38 Corte IDH *Castañeda Gutman vs. México* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 184, párr. 211.

nuevo lleva funcionando más de diez años en todo el país, por lo que ya no se puede alegar la necesidad de una implementación gradual de la reforma. Con relación a la proporcionalidad, toda distinción debe cumplir con los requisitos de un examen de proporcionalidad, lo que significa que ella debe ser establecida por la ley, buscar un fin legítimo, ser idónea y proporcional. Corresponde al Estado la carga de probar que la medida cumple con los requerimientos de un examen de proporcionalidad<sup>39</sup>.

#### 5.4 DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

La segregación en el proceso penal también vulnera el derecho a la libertad personal, establecido en el artículo 7 de la CADH. Ello sucede en la gran mayoría de los casos, pues, según afirmamos más arriba, en el antiguo proceso penal se decretaban prisiones preventivas sin que los acusados fueran un peligro para la investigación, para la sociedad o para la víctima del caso investigado. Se hacía solo porque la prisión preventiva era la regla general. Ello hace que tales privaciones de libertad se transformen en arbitrarias, cuestión prohibida por el artículo respectivo. Frente a esta afirmación, alguien podría alegar que esta violación se encontraría subsumida en la violación del artículo 8. Sin embargo, ello no es así, pues una persona puede ser sometida a un procedimiento violatorio del debido proceso y no verse privada de su libertad. Eso sucede también en procesos civiles (donde no existe temor de privación de libertad) o también en procesos penales en los que se le concede a la persona juzgada una pena que no sea privativa de libertad, o si se le remite inmediatamente la pena privativa de libertad.

#### 5.5 OTRAS VIOLACIONES

Según la jurisprudencia de la Corte IDH, la segregación en el proceso penal violaría también el artículo 1.1 de la CADH. En esta norma los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos

39 Paúl, A. “Análisis Sistemático de la Evaluación de la Prueba que Efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 312 y 315; y Harris *et al.* *Law of the European Convention on Human Rights*, p. 815.

y libertades reconocidos en la CADH, sin discriminación alguna por motivos como la raza, la opinión política, y cualquier condición social. La Corte permite la aplicación conjunta de los artículos 24 y 1.1. Para explicar su distinción, la Corte afirmó en el caso *Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela*, que “si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”<sup>40</sup>. Es por ello que la normativa chilena no solo violaría el artículo 24 de un modo flagrante, sino que también el artículo 1.1, pues la normativa nacional discriminatoria es una que vulnera otros artículos sustantivos de la CADH<sup>41</sup>.

El artículo 1.1 se refiere a la discriminación sobre una serie de categorías sospechosas, dentro de las cuales no se encuentra la condición de militar acusado de graves violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la CADH habla de discriminar por cualquier “condición social”, dentro de lo que cabrían los afectados por la segregación procesal penal chilena. Por una parte, el ser militar es una condición, una categoría que ostenta una persona en la sociedad, por lo que cabe fácilmente dentro de una “condición social”. Por otra parte, podría incluirse dentro de la discriminación basada en la “opinión política”, pues suele asociarse a los militares con partidarios del régimen de Augusto Pinochet. Además de lo anterior, la Corte IDH ha sido bastante laxa al interpretar los criterios según los cuales se prohíbe establecer diferencias<sup>42</sup>.

Por último, podría también decirse que estos procesos vulneran el derecho a la protección de la honra y la dignidad, establecido en el artículo 11

40 Corte IDH *Apitz Barbera y Otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182, párr. 209.

41 Además de todo lo anterior, y sobre la base de la jurisprudencia constante de la Corte IDH, las acciones del Estado que vulneran otros derechos de la CADH, violarían también el artículo 1.1, en cuanto el Estado deja de cumplir con su obligación de protección de los derechos.

42 Dulitzky, A. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, pp. 17-19.

de la CADH, puesto que tratan a los acusados como criminales, y los deja así a los ojos de la ciudadanía. Ello, a pesar de que el proceso que se usa para condenarlos carece de la capacidad para sentenciar de un modo objetivo e imparcial, que cumpla adecuadamente los requisitos necesarios para dictar en todos los casos una condena basada en una convicción más allá de toda duda razonable.

## 6. EL DESAFÍO DE SOLUCIONAR ESTA SITUACIÓN

Frente al desafío de mejorar el sistema de justicia transicional existente en Chile, la primera vía que se viene a la mente es la de impedir la aplicación de la norma que genera esta segregación. Sin embargo, actualmente es imposible alegar de forma fructífera a nivel nacional la ilegitimidad de la aplicación de este procedimiento. Ello, por cuanto el uso del procedimiento penal antiguo está establecido en la ley y en una disposición transitoria de la Constitución. Por esto, para que nuestros tribunales dejaran de aplicar dicha norma sería necesario que dejaran sin aplicación un artículo de la misma Constitución, cuestión que no podría ser alegada directamente, aunque eso signifique dar un cumplimiento cabal a las garantías constitucionales que protegen el debido proceso y la no discriminación arbitraria<sup>43</sup>.

Existen dos casos que son relevantes para ilustrar lo recién afirmado. El primero no trata de delitos de lesa humanidad. Fue presentado en representación de Enrique Figueroa Lea-Plaza ante el Tribunal Constitucional<sup>44</sup>, y se refirió a la introducción gradual del sistema procesal penal nuevo. Se reclamó porque los chilenos veían diferencias en el resultado de sus procesos criminales según fuera la región donde se cometió el delito. En efecto, la gradualidad hizo que acciones que en unas regiones del país eran perseguidas según el sistema procesal penal nuevo tuvieran diferencias abiertas en la penalidad asignada respecto de aquellos seguidos en otras regiones según el procedimiento antiguo. Este reclamo fue rechazado, pues esta

<sup>43</sup> Sin perjuicio de esto, sí sería posible que se solicite declarar la inaplicabilidad de normas específicas del procedimiento antiguo que vulneraran la Constitución.

<sup>44</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 1389-09.

implementación diferenciada estaba contemplada en una norma transitoria de la Constitución.

El segundo caso fue presentado por Marcos Silva Bravo, quien solicitó al Tribunal Constitucional declarar la inaplicabilidad de la norma constitucional octava transitoria y del artículo 483 del CPsalP, que impide juzgar en el nuevo sistema penal los hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia (Rol N° 2392-12). El Tribunal Constitucional de Chile declaró inadmisibles esas presentaciones en su sentencia de fecha 22 de enero de 2013. Consideró que no procedía presentar un recurso que se dirigiera en contra del sistema procesal penal en general, pues ello había sido ya decidido en el caso que hemos descrito en el párrafo anterior<sup>45</sup>.

En virtud de lo anterior, pareciera que este desafío de la justicia transicional chilena solo podría ser resuelto mediante la vía política, reformando no solo la norma legal que impide que termine la segregación en la justicia penal, sino que también la norma constitucional transitoria que contribuye a crear este efecto. Este desafío podría verse acelerado si el sistema interamericano recomienda u ordena al Estado chileno solucionar esta cuestión.

## CONCLUSIONES

La necesidad de sancionar a quienes han cometido serias violaciones a los derechos humanos es un tema que genera amplio acuerdo. Sin embargo, para proceder al castigo de tales crímenes es necesario, primero, identificar a sus autores de un modo adecuado. Para lograrlo, es necesario que se siga un procedimiento que asegure el debido proceso, de modo que pueda saberse a ciencia cierta quiénes fueron los verdaderos partícipes en tales hechos. Ello no sucede en el caso de los militares acusados de delitos de lesa humanidad, quienes son juzgados según el sistema procesal penal antiguo, pues este no parte de la base de la presunción de inocencia, y no condena con una prueba que evidencie la culpabilidad más allá de toda duda razonable.

<sup>45</sup> También se han presentado recursos por otras cuestiones, como se aprecia en Rol 2928-15, el cual fue rechazado por cuestiones formales.

Según afirmamos, los militares son, prácticamente, los únicos juzgados en un sistema procesal que fue casi transversalmente vituperado. Esta aplicación constituye una de las pocas discriminaciones *de jure* que existe en Chile, por lo que, de no ser reformado, enladrará la historia de los procesos seguidos en el marco de la justicia transicional chilena. Este artículo no discute la necesidad de procesar a las personas que cometieron graves violaciones de derechos humanos, pero cuestiona que no se les juzgue con el procedimiento aplicable a la generalidad de los chilenos, pues ello no solo es exigido por el principio de igualdad, sino que también, en este caso, por el debido proceso y la necesidad de contar con un juicio que permita realmente determinar la responsabilidad penal.

Por ello, consideramos que el desafío actual más apremiante en materia de justicia transicional es buscar la igualdad en la determinación de quiénes han cometido acciones que hagan merecer su sanción. Si no se trata de lograr esta igualdad, puede darse la sensación de que los procesos seguidos en contra de militares tienen un cariz vindicativo, en vez de uno que busque aplicar la justicia en forma desapasionada. Entendemos que lo que planteamos en este artículo no es un asunto popular, pero el modo como se trata a aquellos a quienes la sociedad desprecia, es el que mejor revela si nuestra vocación de promoción de los derechos humanos es real.

## REFERENCIAS

- Código de Procedimiento Penal. (1906), 12 de junio.  
 Código Penal. (1874). 12 de noviembre.  
 Código Procesal Penal. (2000). 12 de octubre.  
 Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).  
 Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. (2013).  
 Corte IDH *Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008). Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 182.
- *Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (2012). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 257.
  - *Castañeda Gutman vs. México* (2008). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 184.
  - *Castillo Petrucci vs. Perú* (1999). Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 52.
  - *García y Familiares vs. Guatemala* (2012). Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 258.
  - *“Masacre de Mapiripán” vs. Colombia* (Caso de la) (2005). Sentencia, Serie C N° 134.
  - *Yatama vs. Nicaragua* (2005). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 127.
- Corte Suprema de Estados Unidos. *Lawrence vs. Texas* (2003). 123 S. Ct. 2472.
- Dulitzky, Ariel E. “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile* 2007, N° 3, pp. 15-32.
- Harris, D. J., O’Boyle, M., Bates, E. P. y Buckley C. M. (2014): Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford.
- López Blanco, J. L. “Derechos Humanos de los Militares. Infracciones a Garantías Constitucionales en Procesos Penales” 2014. Recuperado el 4 de diciembre de 2015 de <http://aldiachile.microjuris.com/2014/10/22/columna-derechos-humanos-de-los-militares-infracciones-a-garantias-constitucionales-en-procesos-penales/>
- Núñez Poblete, M. “Sobre la Doctrina del Margen de Apreciación Nacional. La Experiencia Latinoamericana Confrontada y el *Thelos* Constitucional de una Técnica de Adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Núñez Poblete, M. y Acosta Alvarado, P. A. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 3-49.
- Olsen, T. D., Payne, L. A. y Reiter, A. G. *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*, United States Institute of Peace Press, Washington D.C. 2010.
- Peña G., C. “Defensa Penal y Democracia”, *Revista* 93, 10 *Años Reforma Procesal en Chile*, 2010, N° 4, año 1, pp. 55-59.
- Paúl Díaz, Á. “Análisis Sistemático de la Evaluación de la Prueba que Efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Chilena de Derecho*, 2015, vol. 42, N° 1, pp. 297-327.
- Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal. (1995). Boletín N° 1630-07. Recuperado el 17 de diciembre de 2015 de <http://www.senado.cl/app-senado/templates/tramitacion/index.php>
- Riego R., C. “El Proceso de Reforma del Procedimiento Penal Chileno”, en Hurtado Pozo, José, *La Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*, Pontificia Universidad Católica de Perú - Universidad de Friburgo, Suiza, Lima - Friburgo, 2004, pp. 373-400. Recuperado el 29 de enero de 2016 de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2004\\_18.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_18.pdf)
- Tribunal Constitucional *Rol 1389-09* (2009): Requerimiento de inaplicabilidad de Enrique Figueroa Lea-Plaza.
- *Rol N° 2392-12* (2012) Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Marcos Silva Bravo.

- *Rol 2928-15* (2015): Requerimiento de inconstitucionalidad de Pedro Alcayaga Zúñiga. Recuperado el 8 de enero de 2016 de <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>

San Juan, P. y Durante, N. “Justicia antigua verá causa por caso colusión entre CMPC y SCA”, en *La Tercera*, 2015. Recuperado de <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/12/655-660135-9-justicia-antigua-vera-causa-por-caso-colusion-entre-cmpc-y-sca.shtml> (fecha de última visita: 15 de diciembre de 2015).

**PAULA BADILLA ACEITUNO**

Abogada asesora área internacional, Consejo Nacional de la Infancia.

# EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

## EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL

El desarrollo de los derechos del niño, especialmente durante el siglo XX, ha ido de la mano de las diversas visiones que han existido respecto de la infancia. En la mayoría de los casos, los instrumentos internacionales que fueron firmados reflejaban el estado de discusión en torno al rol que se le asignaba a los niños en la sociedad en un determinado momento. Este es también el caso de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la que, negociada en el contexto de Naciones Unidas, refleja una dualidad en torno a la concepción de los derechos de la infancia en el momento de su negociación, dualidad que persiste hasta el día de hoy.

En el presente artículo se examinará la evolución de la regulación de los derechos del niño y la forma en que esta refleja la visión imperante sobre la infancia. Así también, se presentará la forma en que la Convención de los Derechos del Niño da cuenta de esta visión, particularmente en lo relativo al niño como sujeto de derechos y a la discusión existente en torno a la forma en que este grupo puede hacerlos exigibles.

### INTRODUCCIÓN

La irrupción de los derechos humanos en la arena de la comunidad internacional, principalmente durante la segunda mitad del siglo XX, fue y sigue siendo uno de los cambios más transformadores de la realidad global, cuestionando de manera transversal la distribución de poder que ponía al Estado como centro de toda discusión, y trasladando la preocupación hacia los individuos y los grupos de personas que, hasta ese momento, vivían a merced de la voluntad política imperante, sin contar con derechos exigibles a la autoridad. Como señala el Profesor Antonio Cassese: “La

llegada de los derechos humanos a la escena internacional es, de hecho, un evento notable porque es una teoría subversiva destinada a fomentar la tensión y el conflicto entre los Estados. Esencialmente está destinado a romper el velo que en el pasado protegió a la soberanía y que le dio a cada Estado la apariencia de una estructura titánica completamente armada, percibida por los otros Estados solo ‘como un todo’, cuyo mecanismo interno no podía ser manipulado”<sup>1</sup>.

Los niños, como uno de los grupos protegidos desde la perspectiva de los derechos humanos, han

<sup>1</sup> Cassese, A. *International Law*, p. 375.

sido en términos normativos y políticos uno de los grupos más complejos de abordar, dado que su caracterización como personas en desarrollo entraña una multiplicidad tanto en los tipos de derechos que se le reconocen —de protección, provisión y participación<sup>2</sup>—, como en los sujetos respecto de quienes se pueden hacer exigibles —Estado, padres y familia, comunidad.

De esta forma, el objetivo de este artículo será presentar la evolución normativa de los derechos de los niños, a la luz de los derechos humanos, la vinculación que existe entre esta evolución con los cambios de perspectiva en relación a la infancia que han existido durante el siglo XX y la forma en que estos se reflejan en el máximo instrumento de protección internacional de la infancia: la Convención de los Derechos del Niño.

#### HISTORIA DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

En relación a la historia del desarrollo normativo de los derechos de los niños y niñas, es necesario hacer dos distinciones. En primer lugar, hay que diferenciar dos etapas, de modo que en la primera queda comprendida el desarrollo de las regulaciones nacionales en materia de infancia —lo que se condice con una primera mirada respecto de la realidad de niños y niñas—, y una segunda etapa en la que se engloba la elaboración de una serie de instrumentos internacionales durante el siglo XX, los que reflejan la evolución de una perspectiva distinta con relación a la infancia. Por otra parte, la segunda distinción se refiere a las notas diversas que es posible encontrar entre el desarrollo de la normativa internacional de los derechos humanos, con la de los derechos del niño, lo que es también muestra de las diferencias y particularidades del sujeto regulado.

En cuanto a la primera etapa de regulación en materia de infancia, tal como lo señala Liebel, las primeras normas fueron de origen estatal y surgieron durante el siglo XIX, ante todo como una forma de protección frente a la explotación laboral que sufrían principalmente en las fábricas y la industria

2 Liebel, M. “Sobre la historia de los Derechos de la Infancia”, p. 46.

de la minería. Estas normas, sin embargo, “no se fundamentaron en la idea de que los niños tenían derechos sino que reflejaban el interés de cuidar y educar a la infancia en su calidad de potencial para el futuro tanto para el Estado como también para la economía”<sup>3</sup>.

La idea de los niños como titulares de derechos, sin embargo, si bien aún no se reflejaba en la normativa interna, comienza a tener asidero en publicaciones de diversos autores, entre los que destacan el revolucionario francés Jules Valles y la estadounidense Kate D. Wiggin quien en 1982 publicó el libro *Children's Rights*. “Según la autora, los niños —en cuanto seres humanos— se pertenecen a sí mismos y uno de sus derechos inalienables es a tener infancia”<sup>4</sup>. Esta noción fue materializada por Eglantyne Jebb, británica fundadora de la organización no gubernamental *Save the Children* —quien promovió la idea de generar un Código para los Niños que sirviera como una definición de los deberes que los adultos tienen para con los niños, cuyo cumplimiento debía ser resguardado por el Estado. Esta idea llevó a la adopción de la Declaración de Ginebra, la que fue presentada en febrero de 1924 ya firmada por todos los miembros de la Unión *Save the Children* y puesta a disposición para la firma de los representantes de gobierno de diversos países, principalmente europeos. Finalmente, en septiembre de 1924, la Asamblea de la Liga de las Naciones adoptó una resolución respaldando la Declaración de Ginebra y señalando que, en adelante, los Estados miembros de la Liga debían seguir los principios contenidos en esta en su relación con niños y niñas<sup>5</sup>.

La Declaración es considerada como uno de los primeros documentos de derechos humanos concebidos al alero de la Liga de las Naciones, a pesar de ser un documento breve que solo contiene cinco principios. Así, este instrumento señala que:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

3 *Ibidem*, p. 26.

4 Rojas, J. “Los Derechos del Niño en Chile: Una aproximación histórica, 1910-1930”, p. 130.

5 Veerman, P. *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, pp. 156-157.

2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado debe ser recogido y ayudado.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Todas estas normas tienen un foco prioritario en el bienestar de los niños y niñas y tal como señala Pupavac “simboliza las esperanzas internacionales de que los niños tuvieran una infancia sana y segura, más que encarnar una normativa internacional”<sup>6</sup>.

Tras la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de Naciones Unidas, la Asamblea General adoptó la Resolución 1.386 (XIV), denominada Declaración de los Derechos del Niño. Este instrumento, si bien breve, significa un avance en materia de derechos del niño, pues es el primero que contiene un enfoque de los niños como sujetos de derechos, incorporando normas de no discriminación, el interés superior del niño, la protección de los niños con discapacidad y fortaleciendo la idea del desarrollo y bienestar de los niños, tanto físico como emocional. Además, el respaldo de la Asamblea General a este instrumento es de gran relevancia, puesto que subraya la necesidad de contar con una Declaración específica en materia de infancia, independiente de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, reconociendo así la diferencia existente entre estos dos ámbitos normativos y la necesidad de reforzar la naturaleza y obligatoriedad de determinados derechos en favor de los niños<sup>7</sup>.

Durante las siguientes dos décadas surgieron nuevas miradas sobre la infancia, especialmente

desde la academia y la sociedad civil. Una de las perspectivas más destacadas de la época es la que surge en Estados Unidos, conocida como el Movimiento por la liberación de los niños, siendo Richard Farson uno de sus principales exponentes. En este sentido, como explica Archard, este movimiento era visto como parte de una reacción general de liberación de la humanidad, especialmente vinculada a las acciones de liberación de las mujeres. Así, la premisa básica del movimiento es que la distinción entre niños y adultos es una forma de discriminación, que los niños poseen los mismos derechos que los adultos, y que estos derechos pueden distinguirse entre los que garantizan a los niños un cierto tipo de tratamiento —como los derechos a la salud, la educación y protección contra la violencia—, de los que son derechos propios de los niños y que pueden ejercer directamente si así lo quieren, como el derecho a trabajar, votar y viajar<sup>8</sup>.

Estas nuevas miradas, y el *lobby* que las organizaciones de la sociedad civil hicieron para instalar el tema de la infancia en la agenda internacional, llevaron a la Asamblea General de las Naciones Unidas —en el año 1976— a declarar 1979 como el Año Internacional del Niño (Resolución 31/169, 1976). En este mismo contexto, Polonia, el año 1978, presentó a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de Naciones Unidas una propuesta de resolución para aprobar un texto virtualmente igual al de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, pero esta vez como un instrumento vinculante. La propuesta de Polonia fue enviada a distintos Estados miembros de Naciones Unidas, a organismos internacionales y a organizaciones de la sociedad civil, tras lo que se acordó la necesidad de ampliar la discusión en torno a un instrumento internacional de derecho de los niños, que fuese al menos equivalente a los pactos y convenciones ya desarrolladas a la fecha en materia de derechos humanos<sup>9</sup>.

6 Pupavac, V. “Children’s Human Rights Advocacy”, p. 198.

7 UNICEF, *State of the World’s Children: Celebrating 20 Years of the Convention on the Rights of the Child*, p. 5.

8 Archard, D. *Children: Rights and Childhood*, pp. 70-71.

9 Office of the High Commissioner on Human Rights, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, pp. 53-68.

De esta forma, y tras una segunda propuesta del Gobierno de Polonia, en octubre de 1979 comienza la discusión para elaborar una convención internacional de los derechos del niño.

## LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Si bien las negociaciones para redactar la Convención de los Derechos del Niño comenzaron en 1979, no fue sino hasta 1989 que su texto quedó a disposición para la ratificación de los Estados miembros de Naciones Unidas. Tal como lo señala Liebel: “Uno de los motivos por el que los debates y las negociaciones tardaron tanto tiempo fue que había que encontrar compromisos internacionales entre conceptos muy diferentes de lo que se entendía por infancia y familia, de la relación entre niños y adultos o de política social y poder estatal”<sup>10</sup>.

De esta forma, una de las grandes dificultades a las que se enfrentaron tanto los grupos de trabajo encargados de presentar las propuestas, como los Estados para avanzar en la fijación del texto, tenía que ver con generar un instrumento que pudiese abordar las diversas temáticas asociadas a la infancia, en circunstancias en que no existía un consenso sobre qué es la infancia, y en el que las diferencias de opinión respecto a esto no solo tenían que ver con la diversidad geográfica y cultural, sino también con la visión política subyacente entre países similares en su tradición cultural. El resultado de la convergencia de estos distintos factores, así como la discusión en relación a la concepción de los niños como sujetos de protección versus sujetos de derecho, llevaron al desarrollo de un instrumento internacional amplio, que aborda tanto derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales y que, además, da muestras de incorporar la visión del niño como sujeto de derechos, pero entendiendo también que la realidad propia de la infancia impone un ejercicio de estos derechos de modo distinto al de los derechos contenidos en otros instrumentos de derechos humanos.

La Convención de los Derechos del Niño contiene 54 artículos. Además de establecer los derechos

del niño, crea un comité de expertos —el Comité de los Derechos del Niño (artículo 43)—, el que estará encargado de examinar el progreso de los Estados en el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención. En este proceso de examen a los Estados parte de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño<sup>11</sup> ha identificado nueve grupos de derechos:

1. Medidas generales de aplicación (arts. 4, 42 y 44, párr. 6, de la Convención).
2. Definición de niño (art. 1).
3. Principios generales (arts. 2, 3, 6 y 12).
4. Derechos y libertades civiles (arts. 7, 8 y 13 a 17).
5. Violencia contra el niño (arts. 19; 24, párr. 3; 28, párr. 2; 34; 37 a) y 39).
6. Entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (arts. 5; 9 a 11; 18, párrs. 1 y 2; 20; 21; 25 y 27, párr. 4).
7. Discapacidad, salud básica y bienestar (arts. 6; 18, párr. 3; 23; 24; 26; 27, párrs. 1 a 3; y 33).
8. Educación, esparcimiento y actividades culturales (arts. 28 a 31).
9. Medidas especiales de protección (arts. 22, 30, 32, 33, 35, 36, 37 b) a d), y 38 a 40). (para. 17 a 41).

Por otra parte, UNICEF<sup>12</sup> hace una clasificación de los derechos de la Convención, con respecto a la posición que tiene el niño o la niña para su exigibilidad y ejercicio. Así, los dividiría entre los principios guías (artículos 1, 2, 3, 6 y 12), que representarían los requisitos subyacentes para el ejercicio de todos y cada uno de los derechos contenidos en la Convención; los derechos de supervivencia y desarrollo (artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 18, 20, 22-31 y 42), referidos a la provisión y acceso a una serie de prestaciones; los derechos de protección de cualquier daño (artículos 4, 11, 19-22, 32-41); y los derechos de participación (artículos 4 y 12-17), que resguardan el derecho a

11 UN Comité de los Derechos del Niño. *Directrices específicas respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados parte en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

12 UNICEF, *Rights under the Convention on the Rights of the Child.*

10 Liebel, op. cit., p. 42.

expresar su opinión y que esta sea considerada en los asuntos que le competen.

La Convención de los Derechos del Niño es hoy el instrumento internacional de derechos humanos más ratificado, contando con la ratificación de todos los Estados miembros de Naciones Unidas, con excepción de Estados Unidos y Somalia.

#### EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS Y SUJETO DE PROTECCIÓN

Como se señaló con anterioridad, la regulación de los derechos del niño presenta una serie de dificultades. La primera, y más relevante de ellas, dice relación con una suerte de doble estado por parte del titular de estos derechos. El Profesor Michael Freeman<sup>13</sup> ha conceptualizado esto como una diferencia entre ser *human beings* y ser *human becomings*, señalando de esta forma la distinción que se debe hacer entre una serie de derechos que los niños pueden ejercer directamente y otros para cuyo ejercicio debe mediar la intervención de un tercero, ya sean sus padres, cuidador o incluso el Estado. Esta realidad con la que debe enfrentarse cualquier desarrollo en materia de derechos de los niños, genera también una diferencia con el desarrollo de la normativa de los derechos humanos, pues estos parten de la base de que el titular de estos derechos es una persona capaz, autodeterminada y que puede ejercerlos de manera autónoma, lo que no ocurre en todos los casos en la situación de los niños<sup>14</sup>.

De esta forma, como señala Freeman, la Convención de los Derechos del Niño es el instrumento internacional de derechos humanos que mejor recoge esta doble situación de los titulares de los derechos, estableciendo de esta forma, por un lado, normas que resguardan derechos que pueden ser ejercidos directamente por los niños —como el derecho a expresar su opinión y participar de los procesos que le afectan—, y por otro, normas que aseguran la protección y provisión de determinadas prestaciones como la educación, la salud, la protección de la violencia, todo ello enmarcado

en el principio del interés superior del niño<sup>15</sup>. No obstante, esta distinción no puede mermar de manera alguna el reconocimiento de los niños como sujeto de derechos. En este mismo sentido, el juez Antônio Cançado Trindade, en su opinión concurrente a la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala: “El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho”<sup>16</sup>.

La Convención de los Derechos del Niño, como se dijo, reconoce esta realidad, incorporando en la parte final del artículo quinto el concepto de la evolución de las facultades del niño y el ejercicio propio de los derechos. El artículo quinto establece: “los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Estos dos conceptos destacados han sido reconocidos como claves en la Convención. Así, por un lado, a través del concepto de la evolución de las facultades, se enfatiza que el desarrollo del niño hacia la adultez debe ser respetado y promovido en todas las etapas de la infancia, y por otro, con la frase “para que el niño ejerza los derechos” se refuerza la idea del niño como sujeto titular de los derechos contenidos en la Convención, señalando de esta forma que las acciones tanto de los Estados, así como de los padres y la comunidad deben estar orientadas a fortalecer la posición del niño para ejercer los derechos que le son reconocidos<sup>17</sup>.

En su Observación General N° 7, el Comité de los Derechos del Niño ha explicado que: “el artículo 5 se basa en el concepto de “evolución de las facultades” para referirse a procesos de maduración

13 Freeman, M. *The Human Rights of Children*.

14 Pupavac, op. cit., p. 200.

15 Freeman, op. cit., p. 19-20.

16 Corte IDH, Opinión consultiva n° 17. párr. 53.

17 UNICEF, Convención sobre los Derechos del Niño.

y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor. Respetar las facultades en desarrollo de los niños pequeños es esencial para la realización de sus derechos, y especialmente importantes durante la primera infancia [...]. El artículo 5 contiene el principio de que padres (y otros) tienen responsabilidad de ajustar continuamente los niveles de apoyo y orientación que ofrecen al niño. Estos ajustes tienen en cuenta los intereses y deseos del niño, así como la capacidad del niño para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior [...]. Los padres (y otros) deberían ser alentados a ofrecer una “dirección y orientación” centrada en el niño, mediante el diálogo y los ejemplos, por medios que mejoren la capacidad del niño pequeño para ejercer sus derechos, en particular su derecho a participar (art. 12) y su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14)”<sup>18</sup>.

Entender al niño, en primer lugar, como sujeto de derechos permite sacar de la órbita únicamente privada y/o familiar todo lo relativo a su desarrollo y protección, de modo que ya no se deben entender como propiedad u objeto del ejercicio de los derechos de los adultos que los tienen a su cargo, sino como personas íntegras con derechos propios, cuya titularidad les permite ejercerlos de manera autónoma —independiente de la voluntad del adulto responsable— cuando esta forma de ejercicio vele por su interés superior. Esta idea es, sin duda, la base conceptual en virtud de la cual se debe desarrollar toda la normativa de los derechos del niño, pues solo entendiéndolos como sujetos titulares de estos derechos tiene sentido generar un sistema que los resguarde. Por otra parte, sin embargo, es clave entender el ejercicio de estos derechos como un ejercicio proveniente de personas cuyas facultades se están desarrollando y, por tanto, la forma y los medios por los cuales pueden dar vida a esta titularidad, debe ser acompañada y

18 UN. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, párr. 17.

promovida de manera progresiva por los adultos que lo tengan a cargo, por la comunidad y por el Estado, de modo de ir fortaleciendo su rol como un agente social.

#### EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A EXPRESAR SU OPINIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL NIÑO SUJETO DE PROTECCIÓN Y SUJETO DE DERECHO

El Comité de los Derechos del Niño ha identificado cuatro artículos de la Convención de los Derechos del Niño como principios generales de esta, cuya aplicación debe informar la aplicación de los demás artículos, siendo garantía del cumplimiento efectivo de estos<sup>19</sup>. De este modo, los principios generales de la Convención estarían contenidos en el artículo 2, que establece la obligación del Estado de respetar los derechos de la Convención, asegurando su cumplimiento sin distinción alguna (no discriminación); el artículo 3 párrafo 1, que establece el interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a ellos; el artículo 6, que reconoce el derecho intrínseco a la vida y la obligación de los Estados a garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo de los niños; y el artículo 12, que establece el derecho del niño a expresar su opinión y a que esta se considere debidamente.

Entre estos cuatro principios generales, hay dos que para Michael Freeman<sup>20</sup> reflejan la dualidad normativa de la Convención de los Derechos del Niño, en relación a la visión del niño como sujeto de protección y sujeto de derecho, estos serían el interés superior del niño y el derecho a expresar su opinión.

El artículo 3, párrafo 1, señala “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior

19 UN. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, párr. 12.

20 Freeman, op. cit.

del niño”. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida [...]. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho<sup>21</sup>.

Para Freeman, el interés superior del niño sería la manifestación de una mirada paternalista en la Convención<sup>22</sup>, lo que se explica pues esta es una garantía en favor del niño, pero ejercida por un tercero y cuya determinación puede ir incluso en contra de lo que el propio niño manifiesta como opinión, teniendo la autoridad la obligación de dar cuenta justificadamente de por qué tomó dicha decisión de esa forma. En este sentido, si bien una interpretación adecuada debe entender la aplicación del interés superior del niño como una garantía de la implementación de la Convención y un límite al

21 UN. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, párr. 6.

22 Freeman, op. cit., p. 12.

poder interpretativo que la autoridad puede hacer a las normas de esta, lo cierto es que este derecho/principio interpretativo/norma procedimental está necesariamente orientada a ser aplicado por un tercero, no sujeto titular de este derecho, en cuyo ejercicio —aún de manera excepcional— puede contradecirse la voluntad del este.

De esta forma, ya en los principios generales de la Convención es posible encontrar una norma que refleja la idea de los niños como sujetos de protección que, aunque titulares de derechos, pueden requerir para su ejercicio de un tercero que actúe como representante y respecto de quien se establece como límite la consideración primordial de aquello que —en base a criterios que han sido desarrollados tanto por las autoridades nacionales, como por la academia y los organismos internacionales como el Comité de Derechos del Niño— se ha entendido como la forma más beneficiosa de dar cumplimiento a las normas de la Convención.

Por otra parte, el artículo 12 de la Convención establece:

1. Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, 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.

Respecto a este artículo, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que “es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos, apunta a la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto pero, por el otro, es sujeto de derechos”<sup>23</sup>. Luego, el Comité agrega: “El artículo 12 pone de manifiesto que el niño tiene derechos que ejercen influencia en su vida, que no son únicamente los

23 UN. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*, párr. 1.

derechos derivados de su vulnerabilidad (protección) o su dependencia respecto de los adultos (provisión). La Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, y la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados parte pone de relieve esta condición del niño, que está expresada claramente en el artículo 12<sup>24</sup>.

El artículo 12 establece una garantía en favor del niño, y una obligación como contrapartida para el Estado en relación a las oportunidades que se le deben dar al niño para participar e influir en los procesos que le afecten. En este sentido, es crucial el hecho de que la Convención no haya establecido ningún límite de edad, pues esto permite concluir que es un derecho que el niño puede ejercer en cualquiera de sus etapas de desarrollo, en la medida en que sea capaz de formarse un juicio propio, y que recaería en el Estado la obligación de adaptar los procesos en virtud de los cuales se consulta esta opinión al niño. Además, este derecho se contempla tanto para los procesos que afecten individualmente al niño, tal como lo señala el número 2 del artículo 12, pero también tiene una dimensión colectiva, en la medida de que la opinión de los niños debe ser también escuchada y debidamente considerada en los procesos que le afecten como grupo. De esta forma, por medio de la incorporación de este derecho a la Convención y su reconocimiento como uno de los principios generales de esta, se hace manifiesta la intención de reconocer al niño como sujeto de derechos —tal como señala el Comité— capaces de ejercerlos en todas las etapas de su vida, y de forma directa, sin la intermediación de terceros. Esta premisa, si bien respecto de algunas de las normas de la Convención solo puede ser cumplida de manera progresiva y en la medida que los propios adultos reconozcan la facultad a los niños (Estados/padres/comunidad), en la redacción del derecho a ser escuchado se erige como una garantía inderogable y exigible en la aplicación de la Convención como un todo y que, como se señaló, las modalidades para su ejercicio deben ser adaptadas a los niños, sin que esta necesidad de adaptación de los procesos pueda ser señalado como un obstáculo para su cumplimiento.

24 *Ibidem*, párr. 18.

## CONCLUSIONES

El desarrollo de los derechos del niño ha vivido diversas etapas, las que han tendido al reconocimiento cada vez más generalizado del niño como sujeto de derechos. Este reconocimiento, sin embargo, aún no es global, y las particulares condiciones que se deben tener en cuenta a la hora de determinar la forma en que un niño puede hacer exigible sus derechos, han abierto una serie de críticas y desconfianza al concepto mismo del niño como sujeto de derechos. Sin embargo, la comunidad internacional reconoce hoy como norma de *jus cogens* el respeto por los derechos humanos, los que —a su vez— se sostienen sobre la base de la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas. Entender a los niños como sujetos de derechos, no es sino afirmar que —independiente de su edad— todas las personas son iguales y que, aun cuando existan diferencias en la forma en que los derechos pueden ser ejercidos, no por ello estos le dejan de ser reconocidos.

Avanzar en el reconocimiento y la implementación de los derechos del niño es, entonces, avanzar en el respeto de los derechos humanos de un grupo específico de personas que no son el futuro, ni valen por lo que van a llegar a ser, sino que representan hoy uno de los grupos que la comunidad internacional —en el desarrollo de los derechos humanos— ha decidido proteger.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. G. Res. 169. Parágrafo 1. 31<sup>th</sup> sesión. Doc. A/RES/31/169. (Septiembre 21, 1976)
- Archard, D. *Children: Rights and Childhood*. Nueva York: Routledge, 2004.
- Cassese, A. *International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Freeman, M. "The Human Rights of Children". *Current Legal Problems*, 2010, 63 (1), 1-44.
- Liebel, M. & Martínez, M. "La Convención de 1989". En: *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica* (41 a 55). Lima: IFEJANT, 2009.
- Liebel, M. "Sobre la historia de los Derechos de la infancia". En: *Infancia y Derechos Humanos. Hacia una ciudadanía participante y protagónica* (23 a 40). Lima: IFEJANT, 2009.
- Office of the UN High Commissioner for Human Rights. . *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Volume 1. Nueva York: United Nations, 2007.

- Pupavac, V. "Children's Human Rights Advocacy". En *Human Rights. Politics and Practice* (197-216). Great Britain: Oxford University Press, 2013.
- Rojas, J. "Los Derechos del Niño en Chile: Una aproximación histórica, 1910-1930". *Historia*, 2007, 40, 129-164.
- UNICEF. *State of the World's Children: Celebrating 20 Years of the Convention on the Rights of the Child*. Nueva York: UNICEF, 2009.
- *Rights under the Convention on the Rights of the Child*. 2014. Recuperado de [http://www.unicef.org/crc/index\\_30177.html](http://www.unicef.org/crc/index_30177.html)
- Veerman, P. *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- UN. Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°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 ( Noviembre 27, 2003).
- *Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. CRC/C/GC/7/Rev.1 (Septiembre 20, 2006).
  - *Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12 (Julio 20, 2009).
  - *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 (Mayo 29, 2013).
  - *Directrices específicas respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados parte en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño*. CRC/C/58/Rev.3 (Marzo 3, 2015).

## CLAUDIO NASH R.

Doctor en Derecho. Académico de la Universidad de Chile. Presidente de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano.

## CONSTANZA NÚÑEZ D.

Abogada de la Universidad de Chile. Instructora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asistente de Investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Directora Ejecutiva de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano.

# EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

## DIAGNÓSTICO Y DESAFÍOS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CHILE

El presente artículo aborda la educación en derechos humanos como una obligación para los Estados que emana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como tal, impone al Estado la necesidad de desarrollar programas que permitan cumplir con los objetivos de la Educación en Derechos Humanos (EDH). En base a esta premisa, el artículo revisa el estado de la cuestión en la enseñanza de las carreras de derecho en Chile, planteando que existen múltiples desafíos para la inclusión de estos tópicos en las mallas curriculares, proponiendo una determinada tipología de aspectos que deben ser considerados para considerar como satisfactoria la EDH en la enseñanza del derecho.

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca analizar el actual estado de la Educación en Derechos Humanos (en adelante, EDH) en las carreras de derecho, problematizando acerca de los principales desafíos al respecto. Para ello, se propone una conceptualización de la EDH y se expone cómo esta no solo se constituye en una necesidad en una sociedad democrática, sino que también es una obligación para los Estados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH).

En este sentido, la investigación expuesta no solo tiene por objetivo realizar un balance de la incorporación de la EDH en la educación formal, sino también dotar de un sustento teórico y normativo a lo que se ha planteado como uno de los pilares para la transformación de las prácticas estatales.

En efecto, resulta particularmente interesante ver cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), ha dispuesto como medida de reparación (garantía de no repetición), la EDH para funcionarios estatales<sup>1</sup>. Detrás de este mandato está la noción de que la EDH tiene,

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo: Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 271; Corte IDH. Caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 409; Corte IDH. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 178 y; Corte IDH. Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 543, entre otras.

por una parte, un potencial transformador de las prácticas estatales para el respeto y garantía de los derechos humanos y, por otra, que el desarrollo de estos programas es parte del cumplimiento de una obligación estatal de garantía de los derechos humanos.

## 2. CONTENIDOS Y OBJETIVOS DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Existen diversas maneras de aproximarse a la EDH y desde las cuales la doctrina ha desarrollado teorías acerca de cómo generar metodologías, estrategias y herramientas de aprendizaje en la materia<sup>2</sup>.

La tendencia generalizada en América Latina y, particularmente impulsada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), es entender a la EDH como un horizonte ético y una práctica social. Como horizonte ético, la EDH es concebida como un “hecho intencionado de cara a la construcción social y política [de un] proyecto humanizador, decantado en la historia y devenir del pensamiento humano”<sup>3</sup>. Como práctica social, la EDH es una “fuerza movilizadora como posibilidad a fabricar y apropiar, como potencia dotadora de sentido”<sup>4</sup>. En definitiva, la EDH como horizonte ético plantea una forma de concebir la relación con otros/as a partir de ciertos mínimos en que está basada la dignidad humana y, como práctica social, implica actuar en y para los/as otros/as desde este horizonte ético en todas las facetas de la vida y relaciones sociales. Estas dimensiones de la EDH cuestionan una visión limitada de la educación basada en la transmisión “bancaria” de conocimientos (en palabras de Freire<sup>5</sup>) y suponen posicionar a los individuos como agentes activos en el proceso de generación y difusión de conocimientos y experiencias.

En esta conceptualización, la EDH tiene tres objetivos: formación de sujetos de derechos, construcción de ciudadanía y prevención de violación de

derechos humanos<sup>6</sup>. Forma sujetos de derechos en la medida en que la EDH transforma a las personas en individuos capaces de hacer exigencias para hacer vigentes los derechos humanos y otorga competencias lingüísticas para actuar directamente<sup>7</sup>; construye ciudadanía en la medida en que otorga herramientas para la participación en democracia; y, previene violaciones de derechos humanos cuando aquellos/as llamados a respetar y garantizar los derechos humanos son conscientes y conocen sus obligaciones.

Pese a que la conceptualización descrita explica la EDH desde una dimensión amplia que va más allá de la educación en el ámbito del derecho, esta conceptualización requiere ser especificada para no confundir objetivos y contenidos de otras áreas. Por ejemplo, de la educación religiosa o de la formación en valores. La pregunta que debemos hacernos es cuál es la dimensión específica de la EDH que la caracteriza y diferencia de otras aproximaciones y análisis de las relaciones en sociedad.

La característica central de la EDH es que esta se plantea como una herramienta de transformación y empoderamiento de los/as ciudadanos/as frente al Estado. El contenido de los derechos humanos, a diferencia de otros órdenes de conducta humana, está marcado por un claro componente ético relacionado con la dignidad humana, pero también por constituir derechos subjetivos exigibles directamente al Estado.

Desde esta perspectiva, a diferencia de la educación en valores, si bien la EDH tiene una dimensión ética que la funda e inspira, es además una herramienta para formar ciudadanos/as conscientes de la existencia de derechos exigibles, con obligaciones correlativas para el Estado.

Pese a lo señalado, tomar en consideración el factor de conceptualización como práctica social, permite explicar los aspectos metodológicos que deben ir asociados a la EDH. En efecto, la EDH debe estar presente tanto en el currículum explícito (mallas curriculares, que deben incluir

2 Véase, al respecto, el estudio de Tibbitts, F. “Nuevos modelos de educación en derechos humanos”.

3 Ruiz, I. y Gándara, M. “Educación en y para los derechos humanos”.

4 *Ibidem*, p. 10.

5 Freire, P. *Pedagogía del oprimido*.

6 Provea *La educación en derechos humanos: una herramienta para la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC*.

7 Magendzo, A. *La pedagogía de los Derechos Humanos*.

contenido acerca de qué son los derechos humanos, cuáles son, quiénes son los destinatarios de las obligaciones y cómo deben ser exigidos o garantizados), como en el currículum oculto. El currículum oculto es aquella preocupación de que ciertos temas estén vigentes en la cultura educativa, en su clima organizacional, en el sistema de relaciones personales<sup>8</sup>. Se destaca, particularmente en la EDH, la necesidad de que exista una coherencia entre el currículum declarado-intencionado y los mensajes que se entregan desde la disciplina<sup>9</sup>.

Desde esa perspectiva, la necesaria conjugación entre una visión basada en pautas de comportamiento con un claro contenido ético y la centralidad de la exigibilidad, deben inspirar los objetivos de la EDH. Es en base a estos parámetros que debe ser evaluada la inclusión de la EDH en las carreras de derecho.

### 3. EDH COMO OBLIGACIÓN DEL ESTADO EN EL DIDH

Más allá del marco conceptual descrito, lo cierto es que la EDH forma parte del contenido sustantivo del derecho a la educación consagrado en pactos internacionales y, como tal, constituye una obligación del Estado en el marco del DIDH.

El derecho a la educación, tal y como está consagrado en diversos pactos internacionales sobre derechos humanos, se plantea no solo en términos imperativos (definiéndose en términos de su respeto y garantía por parte de los Estados), sino que también reconoce una finalidad intrínseca a su reconocimiento y protección. Este derecho señala como finalidad “el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Magendzo, A. “Educación en derechos humanos en el ámbito formal”. p. 3.

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> Artículo 26 Declaración Universal de Derechos Humana-

Como indica L. Bolívar, de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a la educación es el único al que se le otorga una finalidad, en este sentido, si bien todos los derechos son indivisibles e interdependientes, la identificación de ciertos objetivos como parte integral del derecho a la educación, lo convierte en un derecho que, más allá de su contenido específico, tiene importantes implicaciones para el disfrute de los demás derechos<sup>11</sup>.

En la Observación General (OG) N°13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), que desarrolla el contenido del derecho a la educación, precisa que la EDH forma parte esencial del derecho a la educación. En efecto, esta OG indica como una de las características fundamentales del derecho a la educación, que esta sea “aceptable”, es decir, que la forma y el fondo de la educación sean pertinentes, culturalmente adecuados y supeditados a los objetivos de la educación que ya hemos descrito<sup>12</sup>. Como bien señala el IIDH, la doble relación es clara: “la educación es un derecho que los estados deben garantizar y, a la vez, un objetivo de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos”<sup>13</sup>.

La relevancia de esta relación es que si el contenido del derecho a la educación tiene como parámetro de cumplimiento la EDH, los Estados están obligados a garantizar este contenido. Asimismo, resulta clave el desarrollo de la EDH como contenido del derecho a la educación, cuando este derecho se constituye también en un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. En efecto, no solo la instrucción en temas como la historia,

---

nos. En el mismo sentido véase: Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), Protocolo de San Salvador (artículo 13), Convención sobre Derechos del Niño (aunque con precisiones respecto de niños/as, artículo 29) y Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (artículo 5).

<sup>11</sup> Bolívar, L. “El derecho a la educación”.

<sup>12</sup> Comité DESC, Observación General N°13, *El derecho a la educación*, párr. 6.

<sup>13</sup> IIDH *Propuesta curricular y metodológica para la incorporación de la educación en derechos humanos en la educación formal de niños y niñas entre 10 y 14 años de edad*. p. 20.

la economía o el lenguaje permite a las personas ejercer de mejor forma sus derechos y participar en sociedad, sino que también la educación —con el componente de la EDH— puede contribuir sustancialmente en la formación de personas capaces de valorar los derechos humanos, otorgar sentido a sus principios y actuar en su defensa.

Pacheco lo expresa de la siguiente manera: “cuando se cumple a cabalidad el derecho a la educación [...] el mismo se beneficia de ello. Porque se trata de un derecho cuya violación se nutre de sí misma y cuya realización reafirma su cumplimiento, no solo en el beneficio directo sino en quienes se relacionan con él”<sup>14</sup>. Esta relación, trae consigo importantes consecuencias.

Como principal consecuencia, como ya adelantábamos, la EDH pasa a tener una dimensión de exigibilidad. La EDH pasa a ser una obligación para los Estados y no un contenido meramente programático. En efecto, al ser una de las características del derecho a la educación (en cuanto “aceptabilidad”), la inclusión de la EDH en los indicadores de cumplimiento del derecho a la educación permite evaluar su nivel de desarrollo en los Estados, lo que facilita el monitoreo y, ante el incumplimiento de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, su exigibilidad judicial y administrativa. Esta, que es una consecuencia teórica desde el punto de vista del derecho, tiene consecuencias prácticas relevantes.

En efecto, en un adecuado desarrollo del derecho a la educación se juega una parte importante de la sostenibilidad democrática de una sociedad. Un/a ciudadano/a cuyo derecho a la educación es garantizado por el Estado, será un/a ciudadano/a instruido/a y tendrá mayores condiciones para ejercer sus derechos humanos de manera informada, pero también contribuirá a una sociedad donde la defensa de los derechos humanos, la prevención de sus violaciones y la intolerancia ante la injusticia formen parte de la conciencia colectiva.

En el área del Derecho, en particular, el conocimiento de los estándares internacionales de dere-

chos humanos es particularmente relevante, pues toda autoridad pública y, en particular, los operadores/as de justicia, tal como ha señalado la Corte IDH están llamados a ejercer un “control de convencionalidad” en el marco de sus competencias, lo que supone aplicar y adoptar decisiones conforme a las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado<sup>15</sup>. La ausencia de conocimiento en este ámbito, por tanto, incidirá directamente en la carencia de herramientas técnicas para ejercer correctamente el control de convencionalidad.

#### 4. EDH EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO<sup>16</sup>

En el presente apartado, analizaremos el estado actual de la enseñanza de los derechos humanos en el área específica del derecho. Para ello, realizaremos aclaraciones conceptuales previas (respecto a los contenidos mínimos de un programa de estudios en la materia), para luego analizar específicamente la incorporación de estos contenidos en las carreras de derecho en Chile.

##### 4.1 ACLARACIONES CONCEPTUALES PREVIAS

Para analizar el estado de la EDH en la enseñanza en derecho, debemos realizar algunas aclaraciones conceptuales previas. La formación en derechos humanos se puede impartir por parte de las facultades de Derecho, a través de las siguientes categorías de asignaturas:

a. *Asignaturas específicas sobre derechos humanos*, las que son incorporadas en la malla curricular, sea de manera obligatoria o electiva, cuyo contenido esencial verse sobre derechos humanos, independientemente de la nomenclatura que se utilice para caracterizarlos. Para ser consideradas

<sup>14</sup> Pacheco, F. *La relación de la educación en derechos humanos con el derecho a la educación*.

<sup>15</sup> Corte IDH *Cuadernillo de Jurisprudencia: Control de convencionalidad*. Véase también: Núñez, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*.

<sup>16</sup> Esta sección ha tenido en consideración el Informe elaborado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, bajo la dirección del Dr. Claudio Nash, en 2011 sobre la Educación en Derechos Humanos en las Facultades de Derecho de Chile. Véase: González, C.; Nash, C. y Nogueira, A. *Diagnóstico sobre la incorporación de los derechos humanos en Chile*.

asignaturas específicamente sobre derechos humanos, sus programas de estudio debieran abordar la teoría general de derechos humanos, instrumentos internacionales y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos. Además se considera que podrían referirse a grupos sociales en situación de vulnerabilidad y/o que son sujetos de convenciones internacionales sobre derechos humanos (mujeres, pueblos originarios, niñas/os o adolescentes, migrantes, minorías sexuales, privados de libertad, refugiados u otro).

b. *Asignaturas que, necesariamente, deben abordar materias sobre derechos humanos*, que corresponde a asignaturas que son generalmente obligatorias en la malla curricular de la carrera de Derecho y cuyos contenidos se vinculan directamente con los temas de derechos humanos. Tales asignaturas son Derecho Constitucional (específicamente aquellas asignaturas del ciclo de Derecho Constitucional que se refieren a los Derechos Fundamentales), Derecho Procesal Penal y Derecho Internacional Público. La necesidad de integración de derechos humanos en dichas asignaturas adquiere relevancia dada la creciente legislación internacional en relación a ciertos contenidos tratados en estos cursos, además de la intervención de los mecanismos nacionales e internacionales para la debida protección de derechos atinentes y la necesidad de cambios legislativos y judiciales para la plena vigencia de los derechos humanos en nuestro país.

c. *Otras asignaturas que aborden derechos humanos*, que corresponde a aquellas que tratan algunas temáticas vinculadas con los derechos humanos, sea por la vía de referirse a grupos sociales en situación de vulnerabilidad y/o que son sujetos de convenciones internacionales sobre derechos humanos (mujeres, pueblos originarios, niñas/os o adolescentes, migrantes, minorías sexuales, privados de libertad, refugiados u otros que se consideren relevantes para las instituciones integrantes del presente estudio), o bien, que tengan como ejes temáticos materias de derechos humanos, como por ejemplo, el principio de no discriminación, Derechos Económicos, Sociales, Culturales y/o Ambientales, entre otros.

Desde una lógica de una formación integral y transversal de formación jurídica en derechos humanos, todas estas asignaturas debieran referirse en sus programas de estudio, a tres categorías de contenidos:

- a) Teoría general de derechos humanos.
- b) Instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
- c) Jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

Nos parece que bajo el rótulo de “teoría general de derechos humanos” debieran considerarse, a lo menos, los siguientes elementos:

- Concepto y categorías de derechos humanos.
- Catálogo de derechos humanos y su interpretación.
- Evolución histórica del DIDH.
- Sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos.
- Obligaciones generales y límites en materia de Derechos Humanos.
- Relación del DIDH con otros sistemas internacionales humanitarios.
- Recepción del DIDH en el ámbito interno.
- Mecanismos de tutela de los Derechos Humanos en el ámbito interno: se aborda en el programa de estudios las acciones constitucionales como protección, amparo, recurso de amparo económico, recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otras.

Estos elementos debieran aparecer de la estructura de las asignaturas antes indicadas, en cualquiera de las tres partes que conforman, por lo general, un programa de estudio:

- i) Objetivos.
- ii) Contenidos.
- iii) Bibliografía.

#### 4.2 ESTADO ACTUAL DE LA EDH EN LAS FACULTADES DE DERECHO

Una de las primeras formas de aproximarse a evaluar el nivel de desarrollo de la formación en derechos humanos en las facultades de Derecho en Chile, es dilucidar si los derechos humanos forman parte de los objetivos generales de las

universidades analizadas y de sus respectivas facultades. Si bien uno puede ver que la formación en derechos humanos no es destacada mayormente en las misiones y visiones de las universidades, ni en las misiones, visiones y perfiles de egreso de sus facultades de derecho, sí se encuentra presente de manera indirecta en un porcentaje considerable de dichas universidades y de sus facultades. En efecto, hay una serie de menciones a la democracia, a la diversidad y pluralismo cultural, al patrimonio cultural, a la dignidad, a la libertad, a la igualdad y la no discriminación, al desarrollo de una sociedad más justa, a la inclusión de grupos económicamente vulnerables y al respeto y protección del medio ambiente, entre otros. Solo en un reducido número de perfiles de egreso de la carrera de Derecho se constataron referencias directas a la promoción de los derechos humanos y al Estado de Derecho. En ese sentido, al menos en el “currículum” explícito se hace mención a los objetivos de la EDH tal como la conceptualizamos al comienzo de este estudio.

Una segunda aproximación es analizar cuántas universidades ofrecen alguna asignatura específica sobre derechos humanos. La cifra a 2012 era que aproximadamente el 55% de las universidades ofrecían estas asignaturas, las cuales presentan, principalmente, las siguientes características generales:

- Son obligatorias solo en la mitad de los casos.
- Abordan escasamente algunos grupos en condición de vulnerabilidad.
- Presentan mayoritariamente un alto nivel de integración de las materias que debe contemplar la enseñanza de derechos humanos en el campo jurídico.

Las cátedras respectivas abordan la mayoría de las materias de la teoría general de los derechos humanos; todas ellas abordan instrumentos internacionales en alguna parte de su programa y la gran mayoría de ellas aborda también jurisprudencia internacional.

Por otra parte, este tipo de asignaturas son relevantes debido a que es a través de ellas que se abordan grupos en condición de vulnerabilidad. Es por ello que estimamos importante hacer los

esfuerzos necesarios para que todas las universidades acreditadas ofrezcan, al menos, una cátedra de este tipo que sea de carácter obligatorio. De no ser así, los/as alumnos/as de estas universidades podrían egresar de ellas sin haber siquiera visto gran parte de las materias de la teoría general de los derechos humanos, así como de temáticas referidas a grupos en condición de vulnerabilidad.

Creemos que es necesario profundizar en algunos argumentos sobre la importancia de estas asignaturas generales que contemplen los elementos que hemos señalado son los mínimos de una teoría general de los derechos humanos, conforme a lo que hemos visto en torno a la conceptualización de la EDH y su caracterización como obligatoria a la luz del DIDH.

Para lograr una formación básica en derechos humanos, es importante el tratamiento de temas como obligaciones generales y límites o sistemas de protección internacional. Uno de los principales obstáculos que existe en Chile para el respeto y protección de los derechos humanos es la gran cantidad de profesionales del derecho que aún no conciben los derechos humanos consagrados internacionalmente como directamente exigibles al Estado, ni que formen parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello que es relevante fortalecer el tratamiento de estas materias en este tipo de asignaturas.

Respecto al tratamiento de grupos en condición de vulnerabilidad, solo un grupo muy menor de asignaturas aborda alguno de estos grupos en los programas de estudio. De las que sí lo hace, un porcentaje considerable aborda temáticas relacionadas con mujeres, niña(o)s y/o adolescentes y/o pueblos originarios. Por otra parte, el tratamiento de estos grupos está casi completamente ausente en las asignaturas de Derecho Constitucional, Procesal Penal e Internacional Público.

En relación con los programas de las cátedras de Derecho Constitucional sobre derechos fundamentales de las universidades es posible destacar algunos elementos. En primer lugar, si bien estas asignaturas presentan mayoritariamente un bajo nivel de integración de los derechos humanos,

hay un porcentaje considerable de las asignaturas de Derecho Constitucional que presentan un nivel medio de integración. Si bien este panorama no es tan desalentador como respecto de otro tipo de asignaturas, es necesario preguntarse qué se podría mejorar para que estas asignaturas de Derecho Constitucional presenten un mayor nivel de integración en derechos humanos. Si bien la respuesta a esta pregunta puede variar según la cátedra analizada, en términos generales podemos ofrecer las siguientes observaciones:

- El porcentaje de cátedras de Derecho Constitucional que aborda la materia de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos es sumamente bajo. En este sentido, parece prioritario fortalecer este aspecto para que los profesionales del Derecho no entiendan los derechos humanos como algo teórico, sino que como normas directamente exigibles al Estado; el cual se encuentra sometido a obligaciones definidas y con estándares estrictos de cumplimiento, en donde es necesario que la autoridad justifique adecuadamente —si procede— la limitación del pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados internacionalmente.
- Sorprende el bajo porcentaje de cátedras de Derecho Constitucional que aborda la recepción del Derecho Internacional en el ámbito interno, puesto que es una materia propia del Derecho Constitucional y de la mayor importancia. La incorporación del Derecho Internacional en el ámbito interno es, finalmente, una decisión político-constitucional; de ahí la relevancia de que esta materia sea estudiada en las asignaturas de Derecho Constitucional.
- Si bien el tema de las acciones jurisdiccionales destinadas a la protección de derechos está presente en los programas, estas se agotan en el ámbito nacional y no se abordan herramientas internacionales. Nos parece recomendable avanzar en la enseñanza de los mecanismos internacionales de tutela de los Derechos Humanos para que los futuros abogados y abogadas conozcan la complejidad del sistema de protección de los derechos humanos, que tiene una manifestación interna y otra en sede supranacional.

- Un dato preocupante es la casi nula preocupación de las cátedras de Derecho Constitucional respecto de grupos en condición de vulnerabilidad de sus derechos. Este es un tema central para la discusión constitucional en sociedades complejas y excluyentes como la nuestra. Los debates sobre medidas de acción afirmativa o la efectividad de la protección constitucional de derechos humanos se juega precisamente en estos casos más complejos y su ausencia en la formación solo trae aparejada una ignorancia que tiene consecuencias en la forma en que los operadores del derecho abordan estos temas.

Respecto a las cátedras de Derecho Procesal Penal, estas asignaturas presentan mayoritariamente un bajo nivel de integración en derechos humanos. En realidad, las únicas materias de la teoría general de derechos humanos abordada por las cátedras de Derecho Procesal Penal corresponden al catálogo de derechos humanos y a los mecanismos de tutela de los derechos humanos en el ámbito interno. Cuando nos referimos al catálogo de derechos humanos, queremos decir que estas cátedras abordan ciertos derechos fundamentales íntimamente relacionados con este tipo de asignaturas como, por ejemplo, libertad personal y debido proceso.

Ahora bien, lo realmente preocupante es el escaso porcentaje de estas cátedras que incluye instrumentos internacionales y/o jurisprudencia internacional en alguna parte de sus programas de estudio, en circunstancias que el nuevo sistema procesal penal está dirigido a satisfacer dichos estándares en materia de derechos humanos<sup>17</sup>.

En este sentido, una buena manera de fortalecer la integración en derechos humanos que presentan estas cátedras consiste en incorporar el tratamiento de jurisprudencia internacional al abordar derechos fundamentales como libertad personal, integridad personal y debido proceso.

Finalmente, en relación con las asignaturas de Derecho Internacional Público, si bien la mayoría de

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo, el mensaje del CPP o los artículos 10 (cautela de garantías) y 373 letra a) (causales del recurso de nulidad).

las cátedras analizadas presenta un bajo nivel de integración en derechos humanos hay excepciones que incluso llegan a tener un muy alto nivel de integración.

Es interesante el caso de estas asignaturas de Derecho Internacional Público ya que a través de ellas se abordan importantes materias que hemos identificado como constitutivas de la teoría general de los derechos humanos. En efecto, la mayoría de las cátedras de Derecho Internacional Público aborda el tema de la recepción del Derecho Internacional en el ámbito interno. Mirando comparativamente con el tema constitucional, esto significa que, en la actualidad, la recepción del derecho internacional en el ámbito interno es un tema que las universidades prefieren abordar en las asignaturas de Derecho Internacional Público antes que en las asignaturas de Derecho Constitucional sobre derechos fundamentales, a pesar de lo dispuesto en el artículo 5° de nuestra Constitución Política.

Otro elemento a considerar consiste en que solo una parte de las cátedras de Derecho Internacional Público analizadas abordan en su programa de estudio los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Estimamos que en la actualidad esta es una de las materias que no debieran faltar en este tipo de asignaturas, especialmente cuando la respectiva universidad no ofrece un curso específico sobre derechos humanos con carácter obligatorio.

Finalmente, resulta interesante mencionar que prácticamente ninguna de las cátedras aborda un grupo en condición de vulnerabilidad, salvo el tema de refugiados. Creemos que esta iniciativa es sumamente interesante y podría ser replicada por otras cátedras, especialmente cuando las universidades respectivas no ofrecen cursos especializados sobre estas temáticas.

En definitiva, este panorama nos plantea dos preguntas para el porvenir: ¿cómo mejorar la formación en derechos humanos de nuestros futuros juristas? Y otra tan relevante como la anterior, ¿cómo lograr que los actuales operadores jurídicos conozcan e incorporen los temas centrales de derechos humanos en sus labores y superen así los vacíos de su formación general?

Un análisis que sobrepasa los objetivos de este artículo, es evidenciar si la EDH está presente no solo en el currículum explícito de las universidades, sino también en el currículum oculto. Es decir, si las prácticas y la convivencia universitaria responden a lógicas de respeto y garantía de los derechos humanos. Aquello forma parte importante de una incorporación coherente de la EDH en las carreras de derecho.

## 5. PRINCIPALES CONCLUSIONES Y DESAFÍOS

La incorporación en derechos humanos subyace solo de manera indirecta y bastante reducida en los objetivos generales de las universidades analizadas. Sin embargo, los derechos humanos han ido posicionándose en sus respectivas mallas curriculares.

Si bien los derechos humanos han pasado a formar parte de las mallas curriculares de las distintas facultades de Derecho del país, todavía esta incorporación es insuficiente en una serie de aspectos relevantes para una correcta formación en derechos humanos. Esto explica, en gran medida, el hecho de que la perspectiva de los derechos humanos muchas veces se encuentra ausente del debate jurídico interno y de las decisiones de nuestros tribunales de justicia.

Es interesante el hecho de que un alto número de universidades ha optado por ofrecer cursos específicos sobre derechos humanos, incluso con carácter obligatorio en gran parte de los casos. La existencia de este tipo de asignaturas es imprescindible puesto que presentan los más altos niveles de integración en derechos humanos y abordan una serie de materias que las asignaturas de Derecho Constitucional, de Derecho Procesal Penal y de Derecho Internacional Público no incorporan o lo hacen someramente.

En relación con las cátedras que abordan específicamente los derechos humanos, el desafío más urgente consiste en incorporar en mayor medida la temática de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos. Es necesario que los futuros profesionales del derecho comprendan que el Estado tiene obligaciones internacionales que vinculan a todos sus agentes.

Respecto a las cátedras de Derecho Constitucional, resulta prioritario mejorar la incorporación de la temática sobre la recepción del derecho internacional en el ámbito interno. Si bien las universidades abordan la temática de la recepción del Derecho Internacional en el ámbito interno a través de las asignaturas de Derecho Internacional Público, esta materia es, finalmente, una decisión político-constitucional; de ahí la relevancia de que esta sea estudiada en las asignaturas de Derecho Constitucional. En parte, estos resultados explican la dificultad que tienen los profesionales del Derecho en nuestro país para incorporar el DIDH a nivel interno puesto que, en su formación, los derechos humanos fueron incorporados como un elemento ajeno a nuestro ordenamiento jurídico interno.

En las asignaturas de derecho procesal penal existe una importante vertiente en la que mejorar la enseñanza en derechos humanos, cual es, a través de la incorporación de la nutrida jurisprudencia internacional sobre el contenido y la interpretación de los derechos que se abordan en esta asignatura, como el derecho al debido proceso, a la libertad personal, a la integridad personal, entre otros.

Respecto a las asignaturas de Derecho Internacional Público, nos parece básico que todas las cátedras aborden los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, más aún si no existe en la malla curricular una asignatura obligatoria sobre DIDH.

Nos parece que la experiencia empírica nos demuestra que son las asignaturas específicas sobre derechos humanos parecen ser la manera más efectiva de incorporar temáticas relacionadas con grupos en condición de vulnerabilidad, aunque no es posible sacar conclusiones absolutas al respecto, puesto que el presente análisis solo se circunscribe a cierto tipo de asignaturas que han sido individualizadas y no se incluyen otras que podrían abordar estos temas de manera especializada. Ahora bien, nos parece interesante destacar la experiencia de dos cátedras de derecho constitucional y una de derecho internacional público que abordan ciertos grupos en condición de vulnerabilidad, con el fin de evaluar la posibilidad de replicar esta experiencia en otras cátedras del mismo tipo.

Como señalamos al comienzo de este estudio, la EDH no solo forma parte de un objetivo formativo necesario en nuestras sociedades democráticas, sino también una obligación de los Estados como parte del contenido sustantivo del derecho a la educación. En ese sentido, el diagnóstico efectuado y las recomendaciones efectuadas al respecto, no solo buscan dar cuenta del panorama actual de la inclusión de la EDH en la educación formal del Derecho, sino también guiar caminos hacia los cuales debe transitar una educación que se haga cargo de las obligaciones del Estado en la materia y, en definitiva, surta un efecto de prevención de violaciones de derechos humanos, en la medida en que los/as profesionales del país encargados de operar con el derecho, conozcan y apliquen el marco normativo que obliga al Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bolívar, L. "El derecho a la educación". San José, Material XVIII Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos, 2010.
- Comité DESC, Observación General N°13, *El derecho a la educación*, 8 de diciembre de 2009.
- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia: Control de convencionalidad*. San José, 2015.
- Freire, P. *Pedagogía del oprimido*. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 1970.
- González, C.; Nash, C. y Nogueira, A. *Diagnóstico sobre la incorporación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile e Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.
- IIDH. *Propuesta curricular y metodológica para la incorporación de la educación en derechos humanos en la educación formal de niños y niñas entre 10 y 14 años de edad*. San José, 2006.
- Magendzo, A. *La pedagogía de los Derechos Humanos*. Lima, IPEDEHP, 2001.
- "Educación en derechos humanos en el ámbito formal". *Guía conceptual*. San José: IIDH, 2015.
- Núñez, C. "Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile". En: *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 2015, N°60.
- Pacheco, F. *La relación de la educación en derechos humanos con el derecho a la educación*. San José: IIDH, 2003.
- Provea. *La educación en derechos humanos: una herramienta para la exigibilidad y justiciabilidad de los DESC*. Caracas, Programa venezolano de educación-acción en derechos humanos, 2009.
- Ruiz, I. y Gándara, M. Educación en y para los derechos humanos. *Guía Conceptual*. San José: IIDH, 2015.
- Tibbitts, F. "Nuevos modelos de educación en derechos humanos". *Temas de Democracia*, 2002.

## CAMILA PALACIOS

Abogada de la Universidad Católica, Diplomada en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Ex asesora de la Unidad de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Abogada de Espacio Público.

# SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

## UNA HERRAMIENTA EFECTIVA EN LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Este trabajo se enmarca en la reciente promulgación de la ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos. En las siguientes páginas se intenta determinar si este nuevo órgano de la Administración del Estado se configura, tanto en su origen y en su diseño estructural, como una herramienta efectiva para la elaboración de políticas públicas dirigidas a la promoción y protección de los derechos humanos. Con tal objetivo se analizan tanto el Proyecto de Ley original (Boletín N° 8.207-07), como su tramitación y sucesivas modificaciones en el Congreso, así como el texto definitivo de la Ley N° 20.885, a la luz de los principios transversales de las políticas públicas con enfoque de derechos humanos. De este análisis se demuestra la efectiva necesidad de una Subsecretaría en el marco del proceso de institucionalización de los derechos humanos en Chile. Sin embargo, se establece no obstante que la eficacia de dicha institución en cuanto generadora de políticas públicas, dependerá, como se expone, del efectivo cumplimiento de los estándares internacionales que en este artículo se analizan.

### I. NECESIDAD DE UNA SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

Las obligaciones internacionales del Estado adquieren ciertas características particulares cuando se refieren a materias de derechos humanos, toda vez que el objeto de dichas obligaciones no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales<sup>1</sup>. Estas obligaciones vinculan al Estado en su totalidad, esto es, a todos los poderes públicos —Ejecutivo, Legislativo y Judicial— y demás autoridades

gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local<sup>2</sup>. En particular, cuando hablamos de obligaciones internacionales de derechos humanos, nos referimos a la obligación de respetar, garantizar y de no discriminar tales derechos.

La obligación de respetar consiste en cumplir directamente con la conducta establecida en cada norma convencional, esto es, no violar el derecho, ya sea absteniéndose de actuar o efectuando una prestación. Por su parte, la obligación de garantía

<sup>1</sup> Nash, C. “La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes”, p. 59.

<sup>2</sup> Comité de Derechos Humanos (CCPR). *Observación General N° 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto*.

se traduce en la obligación que asume el Estado de promover la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos que se les reconocen en los tratados internacionales de derechos humanos<sup>3</sup>. Para ello, el Estado debe crear condiciones efectivas de goce y ejercicio de los derechos humanos, adoptando todas las medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole que sean apropiadas para ello. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al señalar que la obligación de garantía: “(...) implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>4</sup>.

Entre las medidas que el Estado puede adoptar para dar cumplimiento a sus obligaciones jurídicas se encuentra el fortalecimiento de la institucionalidad de derechos humanos al interior de Estado. Ahora bien, cuando hablamos de institucionalidad en materia de derechos humanos, los estándares internacionales, específicamente los Principios de París<sup>5</sup>, han hecho un llamado a la creación de órganos autónomos e independientes de los demás poderes públicos, con el mandato —legal o constitucional— de promover y proteger los derechos humanos, y supervisar el actuar estatal en estas materias<sup>6</sup>. Así, se instauran mecanismos de control desde el Estado hacia el Estado de parte de instituciones nacionales de derechos humanos, las que pueden asumir la forma de una Defensoría del Pueblo u *Ombudsman*; Comisiones de Derechos Humanos o instituciones análogas. Por otra parte, correlativamente, se origina al interior de la administración del estado la necesidad de contar con una repartición específica en materia de derechos humanos, una entidad para y dentro del

gobierno, encargada de proponer y coordinar las políticas públicas en este ámbito<sup>7</sup>. En general, la tendencia mayoritaria en América Latina ha sido la de contar con una institucionalidad gubernamental, como una Secretaría o Subsecretaría y con una institución nacional de derechos humanos o defensoría del pueblo, como demuestra la tabla a continuación:

País	INSTITUCIONES NACIONALES DE DDHH	INSTITUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CON COMPETENCIA EN DDHH
Argentina	Defensoría del Pueblo	Secretaría de DDHH - Ministerio de Justicia y DDHH
Bolivia	Defensor del Pueblo	Viceministro de Justicia y Derechos Fundamentales – Ministerio de Justicia
Colombia	Defensor del Pueblo	Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario – Vicepresidencia del Gobierno
México	Comisión Nacional de DDHH	Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos – Secretaría de la Gobernación
Perú	Defensoría del Pueblo	Viceministerio de DDHH y acceso a la justicia – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Ecuador	Defensoría del Pueblo	Subsecretaría de DDHH – Ministerio de Justicia, DDHH y Cultos
Paraguay	Defensor del Pueblo	Dirección de DDHH – Ministerio de Justicia y DDHH
Uruguay	Instituto Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo	Dirección Nacional de DDHH – Ministerio de Educación y Cultura

Elaboración propia

Chile es uno de los países más atrasados en materia de institucionalidad de derechos humanos, toda vez que recién el año el 2010 se creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) y aún no cuenta con una entidad que cumpla las funciones de defensoría. En efecto, desde el regreso de la democracia, se observa una dispersión e intermitencia en el tratamiento institucional de esta materia, siendo abordada a través de simples programas o instancias gubernamentales con fines parciales y específicos de cobertura

3 Nash, op. cit.

4 Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 21 de julio de 1989, Serie C N° 4.

5 Aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1993.

6 INDH, Informe sobre Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, Sesión 179, p. 1.

7 Las primeras Defensorías del Pueblo surgen en los años 90, mientras que las Secretarías de Estado comienza a ser creadas en la década de los 2000.

en la protección de estos derechos<sup>8</sup>. Lo anterior ha sido un obstáculo en la creación de políticas de derechos humanos con una visión unitaria y coordinada por parte del Estado<sup>9</sup>.

En este contexto, la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos (en adelante, Subsecretaría) se constituye como una medida para dar cumplimiento a las obligaciones pendientes de derechos humanos, al establecer una institucionalidad específica que oriente, coordine y elabore las acciones de la Administración en estas materias. En palabras del juez de la Corte IDH, Eduardo Vio Grossi, “la creación de la Subsecretaría se inserta en un tendencia de Latinoamérica, que si bien puede ser imperfecta o disímil, sin duda es un aporte y un modelo a seguir”, y por ende debe ser mirada como parte del proceso de institucionalización de los derechos humanos en Chile<sup>10</sup>.

## II. LEY QUE CREA LA SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

### A. PRINCIPALES HITOS DE LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA

El Proyecto de Ley que creaba la Subsecretaría de Derechos Humanos y establecía adecuaciones en la Ley orgánica del Ministerio de Justicia (en adelante el Proyecto o Proyecto de Ley) ingresó al Congreso por Mensaje del ex Presidente Sebastián Piñera, el 20 de marzo de 2012. Como antecedente, se hizo presente que en ese momento no existía en nuestro país una instancia estatal unificada y con potestades transversales capaz de dar un tratamiento institucional y sistemático a los desafíos y exigencias en materia de derechos humanos. Se hacía necesario, por tanto, establecer un espacio de decisión específico dentro de la administración que pudiera generar una política país para la progresiva inclusión de los derechos humanos como un eje central en la tarea de gobernar. En términos orgánicos, el Proyecto establecía la creación de dos organismos: la Subsecretaría de

Derechos Humanos y el Comité Interministerial de Derechos Humanos (en adelante, Comité). Asimismo, se contemplaba el establecimiento de un instrumento que permitiera fijar la política país en la materia, esto es, el Plan Nacional de Derechos Humanos.

### PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL

Durante la discusión del Proyecto se invitó a más de 30 expertos, organizaciones civiles y académicas<sup>11</sup>, así como al INDH y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) para que expusieran sus planteamientos y observaciones. En general, todos los expositores apoyaron la iniciativa, coincidiendo en que la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos era un paso importante en la institucionalización de los derechos humanos en Chile. En este sentido, el INDH afirmó que el Proyecto “representa un valioso esfuerzo por fortalecer la institucionalidad política y gubernamental de derechos humanos, y responde a la necesidad de establecer con rango de ley un ente que desde el Poder Ejecutivo proponga y coordine las políticas públicas en este ámbito”<sup>12</sup>. Si bien el contenido del Proyecto no estuvo exento de críticas, se consensuó que los posibles problemas que pudieran surgir no eran insalvables ni debían ser un obstáculo para su existencia<sup>13</sup>. En efecto, muchas de las observaciones presentadas fueron recogidas por el Ejecutivo<sup>14</sup>, lo que tuvo como consecuencia una mejora sustancial de las disposiciones del Proyecto, las

<sup>8</sup> Boletín 8207-07, 2012.

<sup>9</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, p. 100.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>11</sup> Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos; Comisión Chilena de DDHH; Asociación de ex presos políticos y familiares de Chile; Centro de Derechos Humanos UDP; representantes de la Universidad Andrés Bello y Alberto Hurtado; Director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Amnistía Internacional; Corporación Humanas, Movilh, Museo de la Memoria; Corporación Parque por la Paz Villa Grimaldi; Red Latinoamericana de ONG(s) de personas con discapacidad y sus familias (RIADIS) y por la Unión Nacional de Padres y Amigos de Personas con discapacidad mental (UNPADE); Fundación SAVIA; Capítulo Chileno del *Ombudsman*; Observatorio Ciudadano; Comisión Ética contra la Tortura; Eduardo Vio Grossi, juez Corte IDH; Fundación Henry Dunant; entre otros.

<sup>12</sup> INDH, *op. cit.*, p. 27.

<sup>13</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *op. cit.*, p. 98.

<sup>14</sup> Indicación de fecha 24 de julio de 2013.

que fueron discutidas y aprobadas durante la discusión en particular por las Comisiones de Derechos Humanos y Constitución unidas del Senado.

Posteriormente, el Proyecto fue estudiado por la Comisión de Hacienda, cuya primera sesión se llevó a cabo el 9 de septiembre de 2013, coincidiendo con la campaña presidencial para el período 2014-2017, en las que fue electa la actual Presidenta, Michelle Bachelet. Cabe detenernos un momento en esta instancia, tanto en la discusión de fondo como en el contexto político en que esta se desarrolló, con el fin de evidenciar cómo ciertos aspectos políticos influyeron en la tramitación del Proyecto, en el articulado finalmente aprobado y eventualmente en la futura puesta en marcha y desempeño de la Subsecretaría.

En este contexto, y a más de un año de iniciado el debate, se dio a lugar un profundo cuestionamiento por parte de un sector político (DC, PS, PPD) en relación a la necesidad o conveniencia de crear una Subsecretaría de Derechos Humanos, aun cuando dicha iniciativa contaba con un amplio y transversal apoyo del Parlamento, la sociedad civil y el INDH. En particular, se objetó que una entidad del Estado tuviera competencias en materia de derechos humanos al ser este su principal infractor, señalándose que los organismos de derechos humanos debían ser independientes del Estado y que dichas funciones ya eran cumplidas por el INDH<sup>15</sup>. Con el objeto de esclarecer las dudas planteadas se invitó a exponer al INDH, quien reiteró que valoraban la creación de la Subsecretaría por ser una instancia que se requería dentro de la institucionalidad del país<sup>16</sup>. A su vez, se invitó a expertos de Naciones Unidas, quienes realizaron una exposición sobre el tratamiento institucional de los derechos humanos a nivel comparado, y enfatizaron que Chile era uno de los pocos países en Latinoamérica que no contaba con una institución de estas características a nivel gubernamental<sup>17</sup>. Sin perjuicio de la opinión de los expertos, no hubo convencimiento por parte de algunos parlamentarios respecto de la necesidad

de la Subsecretaría, aun cuando el Ejecutivo recalzó el apoyo del INDH, e hizo presente que el Programa de Gobierno de la recién electa Presidenta contemplaba la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos<sup>18</sup>.

#### SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL

Tras las elecciones de 2013, cambió la coalición política gobernante, y con ello a su vez el contenido del Proyecto. Así, el nuevo Ministro de Justicia informó que “desde que asumió en marzo de 2014 el actual gobierno estimó que el proyecto debe ser modificado en diversos órdenes de materias”<sup>19</sup>. En este contexto, el Ejecutivo presentó varias indicaciones sustitutivas<sup>20</sup>, las que en su mayoría consistieron en mejoras sustanciales al Proyecto, haciéndose cargo de muchos de los temas que el Gobierno anterior no había podido/querido incorporar. Sin embargo, dichas indicaciones también dieron al Proyecto un nuevo énfasis, ligado a la temática de violaciones sistemáticas a los derechos humanos y la necesidad de justicia y reparación por el daño causado. En esta línea, y a modo de ejemplo, el preámbulo de las indicaciones señalaba que “los crímenes de lesa humanidad ocurridos en el periodo de la Dictadura [...], no son solamente un asunto del pasado sino que conviven con nuestro presente y permean la construcción del futuro”. Este nuevo enfoque también se vio plasmado en el hecho de que en esta instancia solo se recibió a organizaciones de la sociedad civil vinculadas a las violaciones sistemáticas de derechos humanos<sup>21</sup>.

#### TERCER TRÁMITE CONSTITUCIONAL

En esta etapa del debate se acordó que la Comisión de Hacienda del Senado informara el Proyecto de Ley. Ahora bien, y continuando con los matices políticos, cabe resaltar que al volver el Proyecto a esta Comisión, se dio la situación inversa, esto es, ahora los Senadores de oposición (UDI y RN)

15 Biblioteca del Congreso Nacional, op. cit., p. 320.

16 *Ibidem*, pp. 323-324.

17 *Ibidem*, pp. 330-331.

18 *Ibidem*, p. 376.

19 *Ibidem*, p. 441.

20 Indicaciones de fecha, 26 de septiembre de 2014, 9 de julio de 2015 y 15 de julio de 2015.

21 Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, “Londres 38, Espacio de Memoria”, Corporación “Parque por la Paz Villa Grimaldi”.

objetaron varias de las disposiciones que habían sido consensuadas previamente, y criticaron que el Proyecto restringiera el ámbito de los derechos humanos un determinado período histórico<sup>22</sup>.

#### COMISIÓN MIXTA Y PROMULGACIÓN

Como consecuencia de las modificaciones rechazadas en la Cámara de origen, se constituyó una Comisión Mixta, cuyo Informe de 15 de septiembre de 2015 da cuenta de los acuerdos adoptados respecto de las últimas disposiciones en discordia, el cual fue aprobado en forma unánime tanto por el Senado como por la Cámara de Diputados.

Finalmente, y tras casi cuatro años de tramitación, con fecha 5 de enero de 2016, se publica la Ley N° 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos al interior del Ministerio de Justicia.

### B. CONTENIDO DE LA LEY

#### 1. ATRIBUCIONES DE LA SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS

Un planteamiento general durante la tramitación del Proyecto fue la necesidad de dotar a la Subsecretaría de funciones de carácter más propositivas y ejecutivas, así como de la suficiente potestad de exigibilidad respecto a otros órganos de la Administración. En efecto, en materia de políticas públicas la propuesta inicial era bastante restringida, encomendando a la Subsecretaría tan solo “proponer políticas públicas” y “promover la participación de los distintos órganos de la Administración del Estado en los procesos de elaboración de las políticas y planes a su cargo”. Recogiendo las observaciones sugeridas, se modificó el texto en el sentido de que la Subsecretaría no solo deberá “proponer”, sino también “diseñar y elaborar políticas, planes, programas y estudios referidos a la promoción y protección de los derechos humanos”, así como colaborar en su “fomento y desarrollo”. En cuanto a su relación con otras reparticiones, le corresponderá no solo “promover” sino también, “prestarles asistencia y coordinación técnica”. En este contexto, se aclara a su vez, que es competencia de la Subsecretaría la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos, así como coordinar su ejecución, seguimiento y

evaluación con los demás Ministerios. Finalmente, y con el objeto de dotar a sus propuestas de la Subsecretaría con un carácter más ejecutivo, estas deberán ser conocidas y aprobadas por el Comité Interministerial, cuando hayan de ser aplicadas intersectorialmente.

#### 2. ASISTENCIA JURÍDICA A VÍCTIMAS

Durante la discusión, se criticó que la Subsecretaría no se instalaría como un mecanismo de protección para los ciudadanos, al no contar con competencias para corregir, compensar o rectificar el daño causado en casos de denuncias de violación a los derechos humanos por parte de agentes del Estado<sup>23</sup>. A este respecto, el Ejecutivo afirmó que la asistencia jurídica a las víctimas de violaciones de derechos humanos serían cubiertas por el futuro Servicio Nacional de Asistencia Jurídica<sup>24</sup>. En relación a esta materia, se ha señalado que la necesidad de registrar, investigar y denunciar las situaciones de violaciones a los derechos humanos, se vincula más a la creación del *Ombudsman*, como una entidad autónoma e independiente del Gobierno<sup>25</sup>.

#### 3. VIOLACIONES SISTEMÁTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÍODO 1973-1990

##### 3.1 PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

Un punto determinante en el debate legislativo tuvo relación con el destino del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior (en adelante, Programa), y cómo este se vería afectado con la creación de la Subsecretaría. El INDH resaltó que el Programa debía mantener su integridad y funciones, recalcando que estas competencias debían extenderse a la atención de las víctimas sobrevivientes de tortura. Por parte de la sociedad civil hubo posturas divergentes, señalándose por algunos que todo lo relacionado con la

23 *Ibidem*, p. 43.

24 *Ibidem*, p. 180.

25 *Ibidem*, p. 107. Son varias las iniciativas legales que han tenido por objeto la creación de un Defensor del Pueblo, sin embargo ninguna de ellas ha sido aprobado a la fecha. Este tipo de institución debe cumplir con los Principios de París, por ello, como ocurre a nivel comparado, la institución más idónea para cumplir con este cometido es el INDH.

22 Biblioteca del Congreso Nacional, op. cit., p. 620.

reparación y la memoria debía concentrarse en el Programa, pues este posee la experiencia y especialidad necesarias; mientras que otros abogaron para que dichas funciones fueran traspasadas a la Subsecretaría (siempre que se dotara a esta de la infraestructura, recursos financieros y el personal necesarios). La postura del Ejecutivo sobre este punto, varió dependiendo del Gobierno de turno. Así, en una primera instancia se señaló que el Programa se mantendría dentro del Ministerio de Interior, y que la Subsecretaría no asumiría funciones de defensa jurídica, asumiendo un rol de coordinación y supervisión en esta materia. Luego, al asumir el nuevo Gobierno en 2014, se decidió finalmente traspasar íntegramente el Programa de Derechos Humanos a la Subsecretaría, pasando a ser esta la continuadora legal de todas sus atribuciones<sup>26</sup>.

### 3.2 CREACIÓN DE UNA COMISIÓN PERMANENTE DE CALIFICACIÓN

El Estado chileno tiene una deuda histórica en relación al reconocimiento y calificación de víctimas detenidas desaparecidas, ejecutadas políticas y sobrevivientes de prisión política y tortura, especialmente, debido a la falta de una instancia estable en el tiempo que pueda procesar todos aquellos casos que no fueron considerados en las distintas Comisiones creadas al efecto. Por lo mismo, se instó para que la Subsecretaría se constituyera como una entidad de calificación permanente. El Ejecutivo sugirió que sería más adecuado analizar esta proposición en un nuevo proyecto de ley, además de puntualizar que el Proyecto buscaba potenciar todo aquello que no tuviera incidencia presupuestaria, pues de lo contrario se entraría<sup>27</sup>. No obstante, se hizo presente que una tarea primordial de la Subsecretaría sería establecer la necesidad de estudiar la creación de una Comisión Permanente, además de ser un aspecto primordial a considerar por el Plan Nacional.

<sup>26</sup> Indicación de fecha 15 de julio de 2015.

<sup>27</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, op. cit., p. 442. Se recordó que la Comisión Valech II arrojó 22 mil casos de personas no calificadas para reparación, y resolver esas situaciones pendientes demandaría significativos recursos humanos y económicos.

### 4. RELACIÓN CON EL INDH

Un tema de conflicto durante la tramitación tuvo relación con la supuesta superposición de atribuciones entre la Subsecretaría y el INDH. En este sentido algunos parlamentarios criticaron que la Subsecretaría contemplaba una serie de funciones similares a las del INDH, produciendo una duplicidad de competencias o una merma de las facultades del Instituto, lo que “se prestaría para problemas cuando emitan juicios o propongan medidas contradictorias sobre una misma materia, siendo difícil conciliar las tareas de ambas entidades”<sup>28</sup>. A este respecto fue el mismo INDH quien explicó que las diferencias entre la Subsecretaría y el Instituto estaban dadas básicamente por su origen y naturaleza jurídica diversa, precisando que las funciones de ambos organismos no se superponen sino que se complementan. A mayor abundamiento señaló que la tarea de promoción que cumple el Instituto no se refiere solo a los organismos públicos, sino que incluye a entes privados, como universidades, organizaciones sociales, sindicatos, etc.<sup>29</sup>

### 5. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La lista de compromisos internacionales suscritos por Chile en materia de derechos humanos es extensa, y, sin embargo, no existe una política estatal unificada respecto del cumplimiento de estas obligaciones, ni una entidad a cargo de dicha coordinación. En este escenario, se hizo presente la necesidad de contar con una entidad encargada de: (i) la elaboración de informes en el marco de los mecanismos de rendición de cuentas del Sistema Universal e Interamericano, (ii) la defensa del Estado ante organismos internacionales y (iii) la implementación de sentencias y recomendaciones internacionales<sup>30</sup>.

El Proyecto original encomendaba a la Subsecretaría “recibir y procesar quejas y denuncias presentadas en contra del Estado” así como “coordinar su defensa con otros organismos públicos [...] y asumir la defensa técnica del Estado ante

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 338.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 98.

organismos internacionales con competencia en Derechos Humanos”. Esta redacción fue objeto de críticas debido a que se consideró que dichas funciones de defensa estatal, no se condecían con el rol promotor de los derechos humanos, además de señalarse que la representación internacional del Estado correspondía al Ministerio de Relaciones Exteriores. En consecuencia se modificó el articulado, restringiendo el rol de la Subsecretaría al marco de una asesoría y colaboración técnica, correspondiéndole en definitiva, “prestar asesoría técnica al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procedimientos ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos”, así como “colaborar [...] en la elaboración y seguimiento de los informes periódicos ante los órganos y mecanismos de derechos humanos, en la ejecución de medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, y en la implementación, según corresponda, de las resoluciones y recomendaciones originadas en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal de Derechos Humanos”.

## 6. PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El Proyecto original solo señalaba que la Subsecretaría colaboraría con el Comité Interministerial en la elaboración de un Plan Nacional de Derechos Humanos. En consecuencia, se criticó que el texto legal propuesto no especificara lineamientos básicos tales como, los objetivos del Plan o su procedimiento de elaboración, implementación y seguimiento. Asimismo se destacó la importancia de incorporar a la sociedad civil de manera formal en la elaboración e implementación del Plan, con el objeto de dotarlo de la legitimidad suficiente para convertirse en una herramienta eficaz para la promoción y protección de los derechos humanos.

La actual Ley establece que el Plan Nacional tendrá “una duración de 4 años y contendrá el diseño e implementación de las políticas encaminadas a la promoción y protección de los derechos humanos, debiendo considerar al menos: a) el señalamiento de los objetivos y las metas; b) la identificación de responsables; c) los recursos financieros

disponibles; d) los mecanismos de seguimiento y evaluación de resultados, a efectos de identificar las dificultades y adoptar las medidas correctivas o complementarias pertinentes”. En lo que refiere a la elaboración del Plan, el Ejecutivo aclaró que dicha función correspondía a la Subsecretaría —por ser la entidad técnica con la capacidad y personal suficiente—, sin perjuicio de que será el Comité Interministerial quien lo presente al Presidente de la República para su aprobación final. Con ello, agregaron, pretende dotar al Plan Nacional de un carácter vinculante para todos los organismos de la Administración<sup>31</sup>.

Ahora bien, y en lo que se refiere al contenido del Plan, la Ley establece los insumos mínimos que deberán considerarse al momento de elaborar el Plan, los que comprenden: (i) las prioridades sectoriales, intersectoriales y de política exterior propuestas por el Comité Interministerial; (ii) la opinión de la sociedad civil la que deberá considerarse de manera prioritaria; (iii) los informes, propuestas y recomendaciones del INDH; y (iv) el conjunto de obligaciones y compromisos internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos. A su vez, se establecen ciertas materias que deberán ser abordadas de forma prioritaria en el Plan, las que son: (i) promoción de la investigación, sanción y reparación de los crímenes de lesa humanidad, en especial aquellos comprendidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990; (ii) preservación de la memoria histórica de las violaciones a los derechos humanos; (iii) promoción de la no discriminación arbitraria; (iv) y promoción de la educación y formación en derechos humanos.

Respecto de las materias prioritarias a ser consideradas en el Plan, cabe recordar las objeciones planteadas por un sector político en relación al énfasis que se estaría dando en la Ley a ciertas temáticas relacionadas con violaciones sistemáticas cometidas en el pasado. Como respuesta, el Ejecutivo señaló que dicha prioridad no obedecía a decisiones políticas sino a compromisos adquiridos por el Estado ante organismos internacionales, motivado por la deuda que el país tiene en materia

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 179.

de investigación criminal respecto de los delitos de lesa humanidad<sup>32</sup>.

#### 7. COMITÉ INTERMINISTERIAL DE DERECHOS HUMANOS

En relación a las atribuciones del Comité Interministerial (en adelante, Comité), se señaló la importancia de que este fuera una verdadera instancia de información, coordinación y acuerdo entre los ministerios y servicios que lo integran. Para ello, en primer lugar, la Ley señala que a las sesiones del Comité deberá concurrir personalmente el Ministro respectivo, o en su defecto, su subrogante legal. Asimismo, durante la tramitación, se fortalecieron varias de sus competencias, en el sentido de que le corresponderá al Comité no solo “conocer”, sino también “acordar” (i) las propuestas de políticas públicas elaboradas por la Subsecretaría y que hayan de ser aplicables intersectorialmente y (ii) las prioridades sectoriales, intersectoriales y de política exterior a ser abordadas en la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos. Así también, deberá no solo “conocer” el Informe Anual de derechos humanos elaborado por el INDH, sino que además “elaborar” propuestas a partir de su contenido.

Finalmente, se amplió la integración del Comité, incorporando al Ministerio de Educación —por su relevancia en temas de promoción de los derechos humanos—, Defensa, así como al Director del INDH, Director de Presupuestos y a representantes de la sociedad civil, como invitados con derecho a voz.

#### 8. SOCIEDAD CIVIL

Durante el debate se recalcó la importancia de que la Subsecretaría estableciera mecanismos que permitieran al Ejecutivo no solo realizar una coordinación a nivel interno, sino también con quienes están fuera del Gobierno y pertenecen a la sociedad civil. En esta línea, se creó una nueva función en virtud de la cual corresponderá a la Subsecretaría “generar y coordinar instancias de participación y diálogo con organizaciones ciudadanas y con la sociedad civil en general, respecto de la adopción de políticas, planes y programas en materia de derechos humanos”. El INDH ratificó

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 522.

esta mejora, señalando que el texto original estaba concebido “hacia adentro”, en cambio, con esta modificación se reconocía que la promoción de los derechos humanos requiere la visión y participación de la sociedad civil y, por ende, dialogar con ella permanentemente<sup>33</sup>.

El rol de la sociedad civil también se ve fortalecido en virtud de la posibilidad de ser invitados, con derecho a voz, a las sesiones del Comité Interministerial, y al señalarse expresamente en la Ley que deberá considerarse de manera prioritaria su opinión en la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos.

#### 9. EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

En razón de que la mayoría de las infracciones a los derechos humanos son cometidas por agentes del Estado, se resaltó la importancia de fortalecer las atribuciones de la Subsecretaría en materia de capacitación de los funcionarios públicos. En consecuencia la Subsecretaría deberá “diseñar, fomentar y coordinar programas de capacitación y promoción de los derechos humanos para los funcionarios de la Administración del Estado, en particular, los integrantes de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y de Gendarmería”. A su vez, la promoción de la educación y formación en derechos humanos es una de las materias prioritarias que debe incorporar el Plan Nacional.

La principal crítica en relación a las atribuciones de capacitación, tuvo relación con la mención expresa en el articulado de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería, puesto que algunos parlamentarios consideraron que esta era peyorativa o derechamente discriminatoria<sup>34</sup>.

#### C. SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

El enfoque basado en derechos humanos es un marco conceptual que tiene por objetivo lograr que las distintas estrategias, políticas, programas, marcos normativos y actividades que realiza el Estado adopten los instrumentos internacionales de derechos humanos como guía para su la

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 444.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 465.

elaboración. Esta perspectiva postula que las políticas con enfoque de derechos humanos, no solo conducen a los Estados a dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales en la materia, sino que también dan resultados mejores y más sostenibles en materia de desarrollo humano<sup>35</sup>. Ahora bien, cualquiera sea la política, plan o programa que se quiera ejecutar, para que esta contenga un enfoque de derechos humanos, se deben considerar ciertos principios al momento de su elaboración, implementación y seguimiento.

En conformidad a lo señalado por Vázquez y Delaplace, los principios de aplicación transversal de las políticas con enfoque de derechos humanos, son los siguientes:

- a) Personas como sujetos de derechos humanos: las personas son identificadas como titulares de derechos, agentes activos de su propio desarrollo y no como receptoras pasivas de bienes y servicios.
- b) No discriminación: las medidas y políticas públicas deben hacer frente a las causas subyacentes y sistémicas de la discriminación, con el fin de promover una igualdad auténtica y sustantiva, así como prestar la debida atención a los grupos vulnerables o excluidos que requieren atención y acción prioritaria por parte del Estado.
- c) Participación: es fundamental asegurar que hayan procesos participativos que permitan que la sociedad civil contribuya con su asesoría técnica en la elaboración de políticas, así se aumenta el sentido de apropiación y de control sobre las actividades gubernamentales y se asegura que las intervenciones estén adaptadas a la situación de las personas que se supone que deben beneficiar.
- d) Coordinación interinstitucional: dado el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, en su realización se requiere un diseño y actuar coordinado entre los distintos poderes del Estado, y entre los distintos órganos de la administración, lo cual contribuye a romper el paradigma sectorial de la formulación e implementación de políticas públicas.

e) Transparencia y rendición de cuentas: el Estado debe establecer mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la información, con herramientas para medir y evaluar el impacto y los resultados obtenidos<sup>36</sup>.

A diferencia de las instituciones nacionales de derechos humanos cuyo marco normativo son los Principios de París, no existen estándares que establezcan cómo se debe estructurar o qué funciones debería cumplir una institución como la Subsecretaría, sin embargo, cualquiera sea la opción que se adopte, se debe velar por que el principio rector sea el fortalecimiento y protección de los derechos de las personas<sup>37</sup>. Con el objeto de determinar si la Subsecretaría de Derechos Humanos podrá constituirse como una herramienta efectiva en la elaboración de políticas públicas para la promoción y protección de los derechos humanos, se analizará a continuación si esta, tanto en su origen como en su diseño institucional, ha incorporado los principios transversales del enfoque de derechos humanos.

#### 1. PRINCIPIO DE COORDINACIÓN

Se ha señalado que la mayor precariedad dentro de la Administración en materia de derechos humanos se da por una falta de diálogo y coordinación entre las distintas iniciativas sectoriales —las que no siempre son concordantes entre sí—<sup>38</sup>, y no necesariamente, por la inexistencia de políticas públicas o programas en la materia. Por tanto, si bien la Subsecretaría debe diseñar y elaborar políticas destinadas a la promoción y protección de los derechos humanos, su trabajo debe concentrarse en su rol coordinador y de asesoría técnica, por cuanto el éxito de sus propuestas dependerá de que sean los diversos organismos de la Administración quienes lleven adelante y ejecuten dichas iniciativas. Es en este contexto donde cobra mayor relevancia la creación del Comité Interministerial, el cual, como instancia a nivel superior y con la fortaleza política suficiente, debe orientar y coordinar las políticas en materia de derechos

<sup>35</sup> ACNUDH, Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo, p. 15.

<sup>36</sup> Vázquez, D. y Delaplace, D. “Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos”.

<sup>37</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, op. cit., p. 74.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 63.

humanos a nivel país y velar porque las políticas sectoriales e intersectoriales propuestas por la Subsecretaría sean debidamente ejecutadas en sus respectivas reparticiones. Esta concepción, es consistente con varias de las observaciones al Proyecto, que resaltaban la importancia de no duplicar o afectar atribuciones de otros órganos y evitar una excesiva burocratización.

La coordinación intersectorial también cobra gran relevancia en los siguientes ámbitos:

- Cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado

En virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados tienen la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos de las personas, lo que se traduce, muchas veces, en la obligación de adecuar la legislación nacional a los estándares y disposiciones de dichas Convenciones. Por ello, resulta positiva la atribución de la Subsecretaría, en virtud de la cual deberá realizar el estudio crítico de la normativa interna para adecuar su contenido a los tratados internacionales. Esta labor involucra necesariamente la participación de un alto número de entidades estatales.

En este contexto, también es positivo que el Plan Nacional considere de manera prioritaria la promoción del cumplimiento de las sentencias internacionales de derechos humanos, instancia en la que la colaboración entre los diferentes poderes del Estado es fundamental, puesto que muchas veces el cumplimiento de dichas sentencias no depende exclusivamente de la Administración. Así, por ejemplo, cuando se ordena realizar actos o reparaciones que impliquen cancelar una sentencia nacional, se deberá coordinar con el Poder Judicial, y con el Poder Legislativo cuando se ordene de la modificación de normativa.

- Relación con el INDH

Como se ha señalado previamente, debido al particular rol que cumple el INDH, sus facultades no solo son diferentes sino que complementarias a las de la Subsecretaría de Derechos Humanos. En este sentido, el rol del INDH es ser un fiscalizador o

—mejor aún— colaborador crítico de la Administración, en la medida que también contribuye en el diseño y planificación de políticas públicas para la promoción y protección de los derechos humanos. Por su parte, el rol de la Administración es cumplir la obligación de elaborar, coordinar e implementar las referidas políticas públicas<sup>39</sup>. Para que esta dinámica sea efectiva, es fundamental que exista una colaboración constante y transparente entre ambas instituciones, y que la Subsecretaría tenga permanentemente en consideración las opiniones y propuestas que el INDH le comunique<sup>40</sup>. Ahora bien, ello no implica que siempre estarán de acuerdo. Si bien la Subsecretaría se constituye como un interlocutor del INDH al interior de la Administración, se debe tener presente que en última instancia quien decide es la autoridad política nombrada por el gobierno.

## 2. NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no discriminación obliga a los Estados a prestar la debida atención a la situación particular de las personas y grupos en situación de exclusión para lograr que sean tratados sobre una base igual y no sean desatendidos<sup>41</sup>. Para ello, como señala Abramovich, el Estado debe identificar los grupos que en un determinado momento histórico necesitan atención prioritaria o especial para el ejercicio de sus derechos, e incorporar en sus planes de acción medidas concretas para proteger a esos grupos<sup>42</sup>.

En relación a este punto, durante la discusión del Proyecto, algunos parlamentarios consideraron que la mención especial de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en el articulado sobre formación de funcionarios públicos era discriminatoria; y que las materias prioritarias del Plan Nacional relativas a la investigación y reparación de violaciones

39 Minuta Ministerio de Justicia para discusión en primer trámite constitucional en Comisión de Hacienda del Senado, 1 de octubre de 2013.

40 Ello, sin perjuicio de que el INDH siempre puede solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado de forma directa, en conformidad al artículo 4 de la Ley 20.405.

41 Vázquez, D. y Delaplace, D. op. cit., p. 41.

42 Abramovich, V. “Una aproximación al enfoque de derechos humanos es las estrategias y políticas del desarrollo”, p. 11.

sistemáticas del pasado, implicaba darle énfasis a un tipo de violaciones, víctimas y victimarios.

A este respecto, cabe señalar que si bien el contenido y alcance de los derechos humanos se encuentra recogido en variados instrumentos internacionales, que en definitiva, son reflejo del consenso universal en la materia, muchas veces ocurre que el lenguaje de los derechos humanos puede ser excesivamente político y poco neutral. Por ello, y reconociendo que Chile tiene una deuda histórica en materia de verdad, justicia y reparación, cabe tomar los resguardos necesarios para que las legítimas demandas de ciertos grupos no prevalezcan sobre las de otros grupos sociales en igual indefensión. En este contexto se debe llamar la atención al hecho de que, ni en el proceso de elaboración de la Ley, ni en sus disposiciones, se consideró un enfoque de género, la pertinencia de una consulta a los pueblos indígenas, o la mención expresa a ningún otro grupo vulnerable. Si bien, una de las materias prioritarias del Plan Nacional es la promoción de la no discriminación, dicho principio debió, como señala Nash, transversalizarse en la Ley e instaurarse como un principio rector del actuar de la Subsecretaría en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos<sup>43</sup>.

### 3. PARTICIPACIÓN

Es un aspecto positivo que durante el proceso de conformación de la Ley se haya invitado a la sociedad civil, y que, en general, se hayan incorporado al Proyecto la mayoría de las observaciones planteadas por organizaciones civiles, académicos y otros actores. A su vez, merecen reconocimiento las disposiciones que mandatan la consideración de la sociedad civil, tanto en las atribuciones de la Subsecretaría como en la elaboración del futuro Plan Nacional. A este respecto, se insta a que una vez que entre en funcionamiento la Subsecretaría, se instalen efectivamente y de forma permanente, mecanismos de participación y diálogo con la sociedad civil, herramienta esencial para identificar y priorizar las necesidades sectoriales.

### 4. TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Durante la discusión de la Ley, se señaló la importancia de que la nueva institucionalidad incluya mecanismos de medición y evaluación de las políticas públicas que se generen, con herramientas tales como indicadores de derechos humanos, para poder cuantificar los resultados obtenidos en base a metas predeterminadas<sup>44</sup>. A este respecto, la Ley no contempla mecanismos específicos en este ámbito, los cuales solo se establecen en el marco de la elaboración del Plan Nacional. Sin perjuicio de ello, y en vista a que actualmente existen iniciativas gubernamentales —en colaboración con el INDH y ACNUDH—, para desarrollar indicadores de derechos humanos, la Subsecretaría debería sumarse a este proyecto e instaurar dicho mecanismo para evaluar las políticas y demás propuestas que elabore.

El principio de transparencia también debe ser considerado en otros ámbitos del funcionamiento de la Subsecretaría, por ejemplo, en materia presupuestaria y de contratación de personal. En lo que se refiere a presupuesto, el principio de transparencia y rendición de cuentas dicta que durante todas las fases del proceso presupuestario debe existir información disponible para evaluar la asignación y ejercicio de los recursos<sup>45</sup>. En este contexto se deben sincerar ciertos compromisos en relación a futuras atribuciones que podrían ser incorporadas a la Subsecretaría, y que requerirían de una cantidad de presupuesto que no se condice con los informes financieros del Proyecto, tales como, encargarse de la calificación de víctimas y reparaciones, o ejecutar el compromiso de recurrir a todas las personas que prestaron declaración para consultar su voluntad para el levantamiento del secreto en el marco de las comisiones de verdad<sup>46</sup>.

Finalmente, hacer presente que un elemento esencial para el correcto funcionamiento de la Subsecretaría, es el contar con profesionales realmente idóneos para cada cargo y que cuenten con la

44 *Ibidem*, p. 101.

45 ACNUDH “Políticas Públicas y Presupuesto con Perspectiva de Derechos Humanos”.

46 Biblioteca del Congreso Nacional, *op. cit.*, p. 517.

43 Biblioteca del Congreso Nacional, *op. cit.*, p. 102.

debida especialización y compromiso en materia de derechos humanos. Si bien la autoridad máxima de la Subsecretaría corresponde a un cargo designado por el Presidente de la República, y por ende las prioridades programáticas del sector tendrán un componente político, el resto de los funcionarios cumplirá una labor técnica, y por ende su designación debe hacerse a través de procesos transparentes y con bases objetivas y preestablecidas.

##### 5. PLAN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración y el Programa de Acción de Viena sientan las bases para la creación de planes nacionales de acción y sistemas de indicadores basados en políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. En concreto, un Plan Nacional de Derechos Humanos es un documento comprensivo que establece la ejecución de una serie de acciones concretas y medibles que deben aplicarse en un marco temporal específico, con el fin de mejorar la promoción y protección de los derechos humanos en un país. Ahora bien, y como lo ha señalado ACNUDH, para que el Plan sea un instrumento efectivo que permita alcanzar objetivos concretos, es necesaria la participación y apoyo de los más altos niveles políticos, así como del presupuesto necesario para ejecutarlo. A su vez, y en vista a que es una iniciativa nacional, debe incluirse la participación de entidades público-privadas, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales y a la sociedad civil en su conjunto.

En el caso de Chile, la elaboración de un Plan Nacional de Derechos Humanos es un compromiso asumido por el Estado ante el Consejo de Derechos Humanos en el Examen Periódico Universal (2009). Sin duda, la creación de la Subsecretaría como órgano encargado de coordinar su elaboración, y su incorporación en un texto legal, es un primer paso en el cumplimiento de dicha obligación pendiente.

Respecto del articulado de la Ley, es un aspecto positivo que el Plan deba, junto con definir sus objetivos y metas, identificar a los órganos responsables de su ejecución, así como establecer mecanismos de seguimiento y evaluación de resultados.

Sin embargo, también merece ciertos reparos. En primer lugar, si bien la Ley dispone que el Plan deberá señalar los recursos financieros disponibles para su implementación, no se hace cargo de los recursos necesarios para su elaboración. De hecho, los informes financieros acompañados señalan que dicha función de la Subsecretaría no irrogará gastos adicionales. Considerando que en la elaboración de un Plan Nacional se debe realizar un diagnóstico previo, contar con instancias de participación y de difusión de información, y un profundo trabajo de estudio y sistematización de antecedentes, sin duda serán necesarios recursos específicos para este fin. Dicho proceso también requiere de tiempo suficiente, por ello es cuestionable que el primer Plan Nacional deba elaborarse en el plazo de un año desde la fecha de entrada en funcionamiento de la Subsecretaría, puesto que tanto esta como el Comité van a estar en proceso de instalación.

Finalmente, y respecto a la vinculatoriedad del Plan, cabe señalar que esta dependerá en gran medida del compromiso transversal de todas las instituciones y poderes del Estado con las medidas propuestas, puesto que solo de esta forma su contenido e implementación no podrá ser modificado por el gobierno de turno. Si bien, otra alternativa es que el Plan sea aprobado por ley, no parece ser la opción más eficiente si se consideran los tiempos que demora el Congreso en aprobar los proyectos. Lo anterior cobra relevancia, ya que lo más probable es que el Plan Nacional sea elaborado por un gobierno pero implementado por el siguiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. “Una aproximación al enfoque de derechos humanos es las estrategias y políticas del desarrollo”. *Revista de la CEPAL*, 2006, N° 88.
- ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) “Handbook on National Human Rights Plans of Action”. *Professional Training Series* 2002. No. 10. United Nations, New York and Geneva.
- Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2006.
  - Políticas Públicas y Presupuestos con Perspectiva de Derechos Humanos, Manual Operativo para servidoras y servidores públicos. Naciones Unidas, México, 2010.
  - Planes nacionales de Acción de Derechos Humanos: ingredientes para el éxito. Naciones Unidas, Chile, s/f.
- Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 20.885 que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, 2016.
- CCPR (Comité de Derechos Humanos). Observación General N° 31 Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto. 2004. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13
- Corte IDH *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, sentencia del 21 de julio de 1989. Serie C N° 4
- *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.
- INDH. Informe sobre Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos. Sesión 179, 2013.
- Nash, C. “La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes”. (C. N. Mujica, Ed.) *Derechos Humanos y Juicio Justo*. Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas -COLAM, Organización Interamericana Universitaria, 2009.
- OEA (Organización de los Estados Americanos). Convención Americana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 nov. 1969.
- ONU Derechos Humanos “En Chile, expertos de ACNUDH-México imparten capacitaciones sobre indicadores de derechos humanos”. 26 de septiembre de 2014. Recuperado de <http://acnudh.org/2014/09/en-chile-expertos-de-acnudh-mexico-imparten-capitaciones-sobre-indicadores-de-derechos-humanos/>
- Vázquez, D. y Delaplace, D. “Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos Sur*, 2011, V. 8 N° 14.

**ANDRÉS MAHNKE**

Defensor Nacional, Defensoría Penal Pública.

# LA DEFENSA PENAL PÚBLICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

## DEFENSOR INTERAMERICANO Y FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

El presente trabajo tiene un doble objetivo: por un lado, busca ofrecer argumentos que permitan comprender la función de la Defensoría Penal Pública (DPP) ligada directamente a la protección de los derechos humanos. Este modo de entender su función no solo se basa en las consideraciones que motivaron su establecimiento, sino también en los acuerdos de integración y protección de los derechos humanos firmados por el Estado y esta institución. Ejemplo paradigmático de ello es el surgimiento del defensor interamericano de derechos humanos, cargo que ha sido ocupado de manera paradigmática por los defensores penales públicos. El segundo objeto de este trabajo, siguiendo con lo dicho, es analizar la configuración institucional de la propia defensoría. Así, si la protección de los derechos humanos es tomada en serio, la autonomía constitucional de la DPP se presenta de manera inmediata como necesaria para su óptimo desempeño.

### I. CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La “justicia transicional” es un concepto jurídico-político que se ha identificado como el mecanismo empleado por las sociedades para enfrentar los legados de violencia del pasado y consolidar la democracia<sup>1</sup>. El modo en que se han adoptado estas medidas se encuentra íntimamente vinculado a las respuestas legales e institucionales cuyo

sentido tiende principalmente a enfrentar los crímenes cometidos por dictaduras militares y civiles. Es por esta razón que las modificaciones en los sistemas de justicia han adquirido una importancia vital, pues era del todo necesaria una adaptación de los órganos que intervenían en ella para dar respuesta a los problemas generados por estos regímenes represores.

El Estado de Chile, como un modo de asumir responsabilidad por los crímenes de lesa humanidad cometidos en la dictadura militar, ha adquirido un importante compromiso en democracia con el

---

<sup>1</sup> International Center for Transitional Justice, “Justicia transicional en América Latina: enfrentando los dilemas del presente a partir de los legados del pasado”.

fomento y la protección de los derechos humanos. Esto no solo se ha manifestado en la ratificación de importantes instrumentos internacionales, sino también en la modificación de su ordenamiento interno con miras a una recepción conforme a la tendencia humanitaria internacional. Un ejemplo de lo anterior puede hallarse en el artículo 5, inciso 2 de la Constitución política de la República, cuyo objetivo principal era asegurar que el Estado de Chile, al suscribir instrumentos internacionales, adquiriera una serie de obligaciones relevantes desde el punto de vista de los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado<sup>2</sup>.

No obstante, tanto el Estado como la ciudadanía han adquirido conciencia que la vulneración de los derechos humanos puede ocurrir no solo en gobiernos totalitarios, sino también en sistemas democráticos. Esto se ha manifestado en el alzamiento y defensa no solo de las garantías civiles y políticas, sino también de la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, como señala Piovesan<sup>3</sup>, en la protección de los derechos humanos existe una indivisibilidad, pues se ha comprendido que la garantía de los derechos civiles y políticos es condición para la observancia de los derechos sociales, económicos, culturales y viceversa. Cuando uno de ellos es violado, los demás también lo son. Ejemplos de esta tendencia se encuentran en el reconocimiento de la plurinacionalidad de algunos Estados de Sudamérica, la lucha por una educación pública de calidad en los últimos años en Chile, la igualdad de género, la diversidad sexual en el sistema jurídico, entre otras.

Conjuntamente, otro aspecto de este compromiso con los derechos humanos se encuentra en la modernización del sistema de justicia penal efectuada por Chile durante los años 90. Con el retorno a la democracia, se comenzó a debatir la necesidad de un cambio sustancial en el sistema procesal penal, en tanto el carácter inquisitivo que lo modelaba no estaría alineado con la garantía del debido proceso

y del Estado de derecho. Ejemplo paradigmático de lo anterior lo constituía la inobservancia de los derechos de los ciudadanos que eran imputados en la comisión de hechos delictivos<sup>4</sup>. De esta manera, nace la DPP, con el objeto de que en todas las instancias se apliquen plenamente los principios del proceso penal consagrados en las cartas de derechos humanos: que todo imputado sea tratado como inocente; que esté garantizado el juicio previo; que este cuente con igualdad de armas para sostener su punto de vista frente a las imputaciones que se le formulan; y que, cuando corresponda, se le aplique una sanción justa<sup>5</sup>.

Es por esta razón que una necesaria consecuencia de la recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho nacional fue la creación de leyes e instituciones encargadas de la protección de los derechos humanos, dentro de las cuales la DPP se alza como ejemplo paradigmático de dicha configuración.

No obstante, luego de quince años de la reforma procesal penal, aún existen aspectos de esta institución que no permiten del todo realizar el objetivo para el que fue creada. Entre ellos, el más importante es la ausencia de autonomía constitucional. La profunda dependencia de la DPP al gobierno de turno no solo limita la posibilidad de configurar una política de defensa penal estable en el tiempo, sino también —como veremos— afecta directamente el debido proceso y el derecho a la defensa. Lo anterior resulta más preocupante considerando tanto el surgimiento de la figura del defensor interamericano de derechos humanos, como los argumentos que señalan que los abogados de la defensoría penal son los más aptos para ocupar dicho cargo (en tanto defensores de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a la acción estatal).

El objetivo de este trabajo es, en consecuencia, manifestar cómo el acceso de la DPP al sistema interamericano de derechos humanos, a través del defensor público interamericano, se vincula

2 Nash, C. “El derecho a defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

3 Piovesan, F. “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”.

4 Sepúlveda, P. “Cultura legal, Reforma Procesal Penal y Defensoría Penal Pública en Chile: ¿Hacia una sociedad más democrática a través de un nuevo sistema penal?”.

5 Defensoría Penal Pública, Memoria Anual.

directamente con la consolidación de la protección de los mismos. Se sostendrá que con dicho vínculo, la autonomía constitucional de este órgano surge como exigencia inmediata para su consolidación y óptimo ejercicio.

## II. LA DEFENSA PENAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Este apartado busca ofrecer dos modos de comprensión del sentido de la DPP. Como se explicará, la comprensión actual del rol que la defensa penal pública cumple, pone obstáculo al ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso, junto a su comprensión como mecanismo autónomo de protección de garantías fundamentales. No obstante, si los compromisos internacionales y la protección de los derechos humanos son tomados en serio, la necesidad de que la DPP cuente con autonomía constitucional surge de manera inmediata. De esta manera, se buscará ofrecer argumentos que permitan sostener el cambio de estatuto de la institución si la protección de los derechos humanos se asume como finalidad principal.

### EL SENTIDO DE LA DPP Y LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES

La DPP es un servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio<sup>6</sup>. A diferencia de otras instituciones —como el Ministerio Público— la Defensoría no cuenta con autonomía constitucional, de modo que se inserta al interior de la administración del Estado como un servicio público descentralizado dependiente del Ministerio de Justicia. Su regulación, en consecuencia, se sujeta a las disposiciones del título II la ley 18.575, siendo el Defensor Nacional jefe superior del Servicio, nombrado por el Presidente de la República como funcionario de su exclusiva confianza.

La ausencia de autonomía institucional tiene una razón fundamental: la defensa penal pública ha sido entendida como una manifestación de la política social del Estado. El sentido otorgado a la institución, lo consideraba un sistema de protección de la población que, de otra manera, se en-

contraría desprotegida del ejercicio de su derecho a la defensa jurídica ante la persecución penal del Estado<sup>7</sup>.

Este modo de comprender la función de la defensa penal pública posee importantes consecuencias en lo que a derechos humanos se refiere. En efecto, una comprensión de la defensa penal que centra su atención en el carácter asistencial del servicio pierde de vista la directa vinculación que posee con la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales suscritos por Chile en la materia.

Así, garantizar el derecho a la defensa de las personas que carecen de recursos económicos constituye un requisito indispensable para la existencia del debido proceso y se encuentra en directa relación con la protección de los individuos frente al poder punitivo del Estado. Esto lo señala la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8.2.(e), que al regular las garantías mínimas que los Estados deben asegurar en sus legislaciones y prácticas internas, señala que toda persona tiene el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado”.

Por su parte, la Relatora Especial de Naciones Unidas, Gabriela Knaul<sup>8</sup> ha señalado que constituye un imperativo para la protección de los derechos humanos “velar porque los sistemas de asistencia letrada sean autónomos e independientes a fin de que sirvan a los intereses de quienes necesitan apoyo financiero para tener acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás”. La ONU<sup>9</sup> ha señalado también que “para garantizar el principio de igualdad de armas en materia penal se debería alcanzar la independencia de las defensorías de oficio de los Poderes Ejecutivos”.

En consecuencia, en tanto materia de Estado y garantía supranacional de carácter humanitario, la defensa penal debe ser comprendida como parte integrante de las garantías judiciales mínimas, reconocidas como un derecho humano fundamental

<sup>7</sup> Schubert, G. “Defensa pública y autonomía”

<sup>8</sup> Asamblea General, ONU, “Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, p. 13.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>6</sup> Artículo 1 de la Ley 19.718.

cuyo contenido se encuentra en el derecho a la defensa letrada y al debido proceso.

La Corte IDH<sup>10</sup> también lo ha entendido de esta forma al señalar: “La Corte reconoce que un rasgo distintivo de la mayoría de los Estados parte de la Convención es el desarrollo de una política pública e institucionalidad que garantiza a las personas que así lo requieran y en todas las etapas del proceso el derecho intangible a la defensa técnica en materia penal a través de las defensorías públicas, promoviendo de este modo la garantía de acceso a la justicia para las personas más desaventajadas sobre las que generalmente actúa la selectividad del proceso penal”<sup>11</sup>.

Si el surgimiento de las defensorías públicas, entonces, es entendido como una parte sustancial de la protección de los derechos humanos —como lo hace la Corte en este caso— inmediatamente se hacen manifiestas las consecuencias institucionales que genera. La más importante de ellas es, por supuesto, que el órgano público encargado de su ejercicio cuente con la independencia y autonomía propia del derecho que tutela.

Respecto a este tema, en el mismo fallo, la Corte IDH ha afirmado que —más allá del diseño institucional y orgánico propio de cada país— la Asamblea General de la OEA ha instado a los Estados a que “adopten acciones tendientes a que los defensores públicos oficiales cuenten con presupuesto adecuado y gocen de independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria y técnica” para garantizar “un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida”<sup>12</sup>.

Si se sigue la comprensión expuesta en este trabajo, la autonomía constitucional se sigue como una garantía institucional inmediata. Como señala Schubert: “Esta función pública no requiere de la supervisión inmediata del Ministerio de Justicia ni del Presidente de la República, sino que exige que

el Estado provea de los recursos necesarios y garantice la posibilidad de poder ejercerse”<sup>13</sup>.

Por otro lado, *a contrario sensu*, se hacen evidentes las eventuales vulneraciones a las garantías fundamentales a que podría dar lugar una concepción que prescinde de la autonomía constitucional o legal para esta institución. En primer lugar, si la DPP es entendida simplemente como un servicio público dependiente del Gobierno en el cargo, la protección de las garantías jurisdiccionales quedaría sujeta a las contingencias de la actividad política. El problema es que, precisamente, para evitar dicha eventualidad es que los derechos humanos han sido entendidos de aplicación universal e irrestricta, con independencia de la situación política, económica y social de un país<sup>14</sup>.

En segundo lugar, el ejercicio del derecho a la defensa debe ejercerse exclusivamente de acuerdo a las instrucciones del representado, con la sola limitación de la ley, la ética y la conformidad a la *lex artis*. No obstante, la dependencia institucional de la DPP no excluye la posibilidad que la relación cliente-abogado sea omitida para ser sometida a consideraciones de política pública, contingente o de cualquier otra naturaleza. Así, la eventual intromisión de consideraciones externas a los intereses del representado pone no solo en una incómoda posición al defensor público, sino también sujeta al derecho a la defensa a una inestabilidad que no es compatible con su estatus.

Producto de lo anterior, la desigualdad de armas a las que quedan sujetas las personas que acuden a la DPP pone en peligro los principios que inspiran a todo sistema adversarial. En efecto, la posibilidad de tomar decisiones y encausar la defensa se vería mermada por la eventualidad de que consideraciones externas irrumpieran en la defensa del imputado. Esto está lejos de suceder con el Ministerio Público, aspecto que atenta contra las iguales posibilidades de obtener una sentencia favorable.

En consecuencia, como se ha argumentado a lo largo de este capítulo, si la comprensión de la DPP se vincula con la tutela de los derechos humanos

10 Corte IDH, *Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*. p. 46.

11 *Ibidem*, párr. 156.

12 *Ibidem*, párr. 159.

13 Schubert, G. *op. cit.*, p. 10.

14 Ferrajoli, L. “Sobre los derechos fundamentales”.

—aspecto que, sin ir más lejos, motivó su creación— la autonomía constitucional no es una exigencia, sino un requisito esencial para su efectivo ejercicio.

### III. DPP Y SU POSICIONAMIENTO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Desde su creación, la DPP se ha integrado al ámbito internacional como un modo de hacer efectivo el cumplimiento de la función humanitaria que motivó su establecimiento. Un ejemplo de esto es el ingreso a la AIDEF. La Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) fue creada el 18 de octubre de 2003 en la ciudad de Río de Janeiro (República Federativa del Brasil), en ocasión de celebrarse el “II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas”. A su constitución concurrió Chile con su firma, a través de la DPP, junto a los siguientes países: Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela<sup>15</sup>.

Entre sus objetivos se encuentran: defender la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos y las garantías reconocidas en las normas e instrumentos internacionales, establecer un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional de las Defensorías Públicas de América y el Caribe; proveer la necesaria asistencia y representación de las personas y los derechos de los justiciables que permitan una amplia defensa, entre otras.

En septiembre del año 2009, la AIDEF celebró un acuerdo de entendimiento con la Corte IDH, que posteriormente repercutió en el proceso de modificación del Reglamento de la Corte IDH realizado en noviembre de ese mismo año. Así, con el objeto de poner en funcionamiento la figura del defensor interamericano, acordaron coordinar sus esfuerzos para garantizar el acceso a la justicia interamericana de aquellas personas que carecen de

representación legal y de este modo garantizar una efectiva defensa ante la misma<sup>16</sup>. El artículo primero de este acuerdo de entendimiento señalaba: “Primero: en aquellos casos en que presuntas víctimas que carecen de recursos económicos o de representación legal ante la Corte IDH, será la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas quien designe al defensor/a pública perteneciente a la AIDEF para que asuma su representación y defensa legal durante todo el proceso con el objeto que los derechos de esta sean efectivamente garantizados”.

De esta manera, quedaba a cargo de la AIDEF la designación del defensor que ejercerá las funciones de defensor interamericano en un caso particular de manera gratuita<sup>17</sup>. Este acuerdo se sustentaba en que para la efectiva defensa de los derechos humanos y la consolidación del estado de derecho es necesario, entre otras cosas, que se asegure a todas las personas las condiciones necesarias para que puedan acceder a la justicia, tanto nacional como internacional.

Bajo la misma comprensión, en el año 2013, la AIDEF celebró un acuerdo de cooperación con la CIDH, por medio del cual se establece un marco regulatorio para la promoción de la defensa pública interamericana de presuntas víctimas cuyos casos se encuentren en la etapa de fondo ante la CIDH, que no cuenten con representación legal y carezcan de recursos económicos suficientes para ello. Así, la CIDH puede solicitar a la AIDEF que designe a un Defensor Público Interamericano, miembro de dicha asociación, para que asuma la representación legal de manera gratuita ante la CIDH de aquellas presuntas víctimas.

Asimismo, también la AIDEF, el 7 de septiembre de 2010, realizó una solicitud de registro y participación en la OEA (de acuerdo con el artículo 6 de la CADH) como parte de las “Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA”. De esta manera, en tanto organización registrada en la Organización de Estados Americanos, la propia

<sup>15</sup> “Misión y Visión de la AIDEF”. Recuperado el 21 de diciembre de 2015 de [http://www.aidef.org/wtk/pagina/missao\\_visao](http://www.aidef.org/wtk/pagina/missao_visao)

<sup>16</sup> Consideraciones preliminares del “Acuerdo de entendimiento entre la Corte IDH y la AIDEF”, 25 de septiembre del año 2009.

<sup>17</sup> Nash, C. op. cit.

AIDEF emerge no solo como órgano de coordinación de las defensorías de toda América, sino también como un legítimo representante de la ciudadanía en la protección de los derechos humanos.

A esto se agrega, finalmente, la participación de la DPP en el Bloque de defensores públicos del Mercosur (BLODEPM) desde el año 2004. El BLODEPM es un órgano creado originalmente por los miembros plenos del Mercosur con la finalidad de promover el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas de los Estados de la región, a través de instancias de coordinación interinstitucional en beneficio de los derechos humanos de los ciudadanos que enfrentan la persecución penal.

En consecuencia, dado que la DPP forma parte de la AIDEF y otras organizaciones de defensorías de la región desde su constitución, sumado a los acuerdos de colaboración y al análisis normativo realizado, es posible sostener que el Estado debe establecer las condiciones que permitan a sus abogados ejercer la defensa de las presuntas víctimas en el sistema interamericano de derechos humanos. De lo contrario, si solo algunos miembros de la AIDEF se encuentran en condiciones de ejercer la defensa de las víctimas, no solo el acuerdo entre esta institución y la DPP se vería frustrado, sino también el Estado estaría impidiendo la defensa y representación más óptima para los ciudadanos ante la Corte IDH. Todo lo anterior se justifica en tanto la defensoría es quien ejerce paradigmáticamente la tutela de los derechos fundamentales por la acción del Estado en Chile.

A esto se agrega las obligaciones que tiene el Estado de Chile, en tanto parte de los tratados de protección de derechos humanos, de cumplir las obligaciones internacionales de buena fe. Así, como señala Nash “Si debemos mirar como un todo el diseño institucional de la Corte IDH y si el Estado de Chile es parte de este sistema, está vinculado a dicho diseño y por tanto, debe cooperar con este y facilitar la implementación de los mecanismos que el sistema ha creado, entre los cuales se contempla la figura del defensor interamericano”<sup>18</sup>.

En conclusión, tanto obligaciones adquiridas por el Estado de Chile, como miembro parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, como los acuerdos de cooperación que la DPP ha celebrado (AIDEF, BLODEPM, etc.) determinan el imperativo de generar las condiciones para su efectivo cumplimiento. Esto vale para repensar la forma en que actualmente se encuentra inserta la DPP en la administración del Estado, pues ¿en qué medida sería posible el cumplimiento de la tutela humanitaria si la institución encargada depende directamente de los gobiernos de turno?

#### IV. EL DEFENSOR PÚBLICO INTERAMERICANO

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, firmada en 1969 por los delegados de los Estados miembros de la OEA, es un instrumento internacional cuyo objetivo es plasmar en un texto legal las finalidades promovidas por la organización (democracia, derechos humanos, seguridad y desarrollo).

Para el cumplimiento de tales fines, el sistema interamericano contempla dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos, a saber, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— y la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH.

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, que tiene como funciones principales promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia<sup>19</sup>. Hasta noviembre de 2009, ejercía una doble función: (i) procesamiento y análisis de las peticiones individuales a fin de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos. La Comisión elaboraba informes —luego de investigar la situación— en el que podía formular recomendaciones al Estado responsable para el restablecimiento del goce de los derechos; (ii) luego de la investigación, la elaboración del informe y —en caso de que el mérito del asunto lo

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 36-37.

<sup>19</sup> Cordero, L. “Posibilidad de que defensores penales públicos participen en nombre de la AIDEF del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

permitiera— la presentación de la denuncia ante la Corte IDH, este órgano podía asumir la representación legal de las presuntas víctimas que carecieran de ella ante la Corte.

La Corte IDH, por su parte, es un órgano judicial autónomo de la OEA, cuyo mandato proviene de la Convención. El artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH señala que ella es “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente estatuto”. Ella emite sentencias sobre casos y opiniones consultivas. Solo los Estados parte de la Convención y la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte IDH<sup>20</sup>.

El 24 de noviembre de 2009 se realizó una reforma del reglamento que regula el funcionamiento de la Corte por medio de la cual la CIDH dejó de asumir la representación legal de las presuntas víctimas que carecen de ella. Dicha modificación estuvo motivada en el reparo de los Estados por el doble rol que desempeñaba este órgano —como órgano del sistema y representante de las víctimas— en el sistema, con la vulneración al principio del debido proceso que esto traía aparejado<sup>21</sup>. Conjuntamente, se buscaba garantizar que toda presunta víctima tuviera un abogado que hiciera valer sus intereses ante la Corte y evitara que las razones económicas impidan contar con representación legal<sup>22</sup>.

Ahora, el artículo 37 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala: “Artículo 37. Defensor Interamericano. En casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso”.

Tal como se desprende de la disposición citada, la designación del Defensor Público Interamericano originariamente era una facultad que ejercía de

oficio por el Tribunal. No obstante, con el convenio de entendimiento celebrado con la Corte IDH el año 2009, conforme a su artículo primero, es la AIDEF la organización que designa al DPI. El mecanismo para llevar a cabo la designación se inicia cuando la Corte IDH le comunica al Coordinador/a General de la AIDEF que alguna presunta víctima no cuenta con representación legal, para que se designe en 10 días al defensor/a que asumirá su representación y defensa legal, y el lugar donde se lo notificará. En caso de silencio se dispone que la Coordinación de la AIDEF asuma el caso y su oficina recibe las comunicaciones<sup>23</sup>.

En lo que respecta al valor de la defensa en el sistema interamericano, el acuerdo cuarto entre la AIDEF y la Corte IDH, establece la gratuidad de la representación legal ante la Corte. Así el defensor interamericano solo recibirá los gastos que la defensa le origine: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos sufragará, en la medida de lo posible, y a través del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, los gastos razonables y necesarios en que incurra la defensora o el defensor asignado [quien] deberá presentar ante la Corte todos los comprobantes necesarios que acrediten los gastos en que ha incurrido con motivo de la tramitación del caso ante esta”.

Finalmente, en lo que respecta a la capacitación del defensor interamericano, la AIDEF, todos los años con la participación de la CIDH, realizan programación de formación para defensores públicos en lo que respecta al funcionamiento y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana.

De esta manera, como una forma de dar eficacia al mandato de protección de los derechos fundamentales es que se consagró la figura del Defensor Interamericano en el nuevo artículo 37 del Reglamento de la Corte IDH. Esta disposición reafirma no solo el compromiso institucional de la Corte con una absoluta protección de los derechos humanos, sino también la relevancia de la garantía judicial del debido proceso y el derecho a la defensa en el sistema normativo de protección de los derechos humanos.

20 Ídem.

21 Aguilar, G. “El defensor público en el sistema interamericano”.

22 Nash, C. op. cit.

23 López, M. “La puesta en escena del defensor público interamericano”.

Teniendo en cuenta esta realidad institucional, las defensorías públicas interamericanas se agruparon en la AIDEF y tomaron acuerdos de participación en el sistema interamericano de derechos humanos. La tendencia de estas instituciones, en este sentido, se dirigió hacia la efectiva tutela de los derechos humanos, por medio del aseguramiento del derecho a la defensa y el debido proceso a todos los ciudadanos de los Estados de la región. Tales derechos, como se ha visto, pueden ser vulnerados en democracia si no se otorgan las garantías institucionales de independencia y autonomía que su protección requiere.

## V. NECESIDAD DE FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO

A lo largo de este trabajo, se han ofrecido argumentos para sostener que resulta necesaria la autonomía constitucional de la DPP si la protección de los derechos humanos es tomada como finalidad principal. Sin embargo, dicha configuración no solo resulta exigible para la protección de las garantías fundamentales en el derecho interno, sino también para la consolidación del propio sistema interamericano de derechos humanos.

En efecto, sabido es que cualquier denuncia realizada ante la CIDH y la Corte IDH compromete la responsabilidad internacional y patrimonial del Estado. De esta manera, las posibilidades de que un funcionario de la DPP realice una denuncia o acompañe a un usuario hasta la misma Corte IDH, tomando en cuenta la dependencia institucional de este órgano con el Estado, resulta sumamente compleja. Ya por directrices particulares, como por remociones internas, el abogado de la DPP no cuenta con la independencia necesaria para desempeñar su función tanto en el ordenamiento jurídico nacional como por el acceso a la justicia humanitaria.

Un ejemplo de lo expuesto precedentemente es el caso de Venezuela. En este país existe una importante dificultad para que funcionarios públicos y privados puedan acceder a la información del Estado. De este modo, las posibilidades de ejercer efectivamente la defensa en contra los intereses de este último ha mostrado dificultades que de-

jan en evidencia el punto que se ha sostenido en este trabajo. La falta de autonomía de las defensas penales públicas es una perturbación al derecho de defensa de las víctimas de vulneraciones a los derechos humanos en el sistema interamericano.

Este último punto resulta del todo relevante, pues compromete tanto la coherencia como la propia legitimidad del sistema interamericano en su conjunto. Así ¿en qué medida dicho sistema podrá constituirse como garante absoluto de los derechos humanos de las personas si los abogados no cuentan con una óptima independencia para ejercer su función? Y más allá aún ¿qué confianza tendrán las víctimas para acudir a este sistema de protección si el Estado que ha vulnerado sus derechos aún puede ejercer influencia en el modo en que debería ser reclamada su protección? Tales cuestionamientos, en definitiva, debilitarán no solo la propia función de la Corte IDH y la CIDH sino también la tutela efectiva de los derechos humanos en la región.

Estas razones justifican la necesidad de una reforma constitucional cuyo objeto sea establecer la autonomía constitucional de la DPP en Chile. Tal modificación, como se ha visto a lo largo de todo este trabajo, tiene como fundamento un cambio de paradigma en la comprensión de la defensa penal pública ligada íntimamente a la protección de los derechos humanos y, en definitiva, a las libertades de los ciudadanos de la región.

## VI. CONCLUSIONES: DESAFÍOS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Luego del análisis realizado en este trabajo, es posible concluir que las obligaciones que han sido adquiridas por el Estado de Chile —como miembro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— al firmar los principales tratados en la materia, han determinado la obligación del mismo del más irrestricto respeto y protección de los Derechos Humanos. Junto a esto, el acuerdo de cooperación firmado por la AIDEF con el Sistema IDH (y del cual forma parte la DPP) determina no solo la posibilidad sino también el imperativo de generar las condiciones para permitir el acceso más efectivo de los defensores

penales públicos al puesto de defensor interamericano de derechos humanos como un modo de hacer efectiva la protección a los derechos humanos ya aludida.

Luego, si para la normativa chilena no solo es posible sino también necesario generar las condiciones para el nombramiento de los defensores en dicho cargo, debía ofrecerse una interpretación del sentido de la DPP y el rol institucional que ocupa. Solo de esta manera podría apreciarse la existencia de una íntegra compatibilidad entre la función de defensor de derechos humanos y la de defensor penal público. Al respecto se sostuvo que una perspectiva que otorgue a la defensa penal un rol de colaboración directa en la protección del debido proceso y el derecho a la defensa, permite vincularla internamente con la tutela de los derechos humanos. Concediendo dicha función, la autonomía institucional aparece de inmediato como una exigencia mínima. La DPP necesita, en este sentido, de autonomía porque el cumplimiento de su deber como órgano encargado de tutelar la protección de los derechos humanos, tanto en el orden interno como en el internacional, exige una estructura que se aleje de los intereses contingentes del Estado.

Solo de esta manera, generando ámbitos de reparación real y efectiva tanto de víctimas como de las personas inocentes imputadas de delitos, la reforma procesal penal sería una fuerte respuesta en pro de la defensa del debido proceso y el Estado de derecho. Estos principios y valores, completamente ausentes en la justicia criminal y militar, no pueden soslayarse si la democracia y la paz social continúa representando el paradigma de desarrollo humanitario en la región.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, G. "El defensor público en el sistema interamericano". *Revista* 93, 2013, VIII, pp. 24-31. Recuperado de <http://www.dpp.cl/resources/descargas/revista93/revista93n8.pdf#page=26>
- Asamblea General ONU "Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados". En *Consejo de Derechos Humanos*, 2014. Recuperado el 18 de enero de 2016 de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10052.pdf?view=1>
- Asociación Interamericana de Defensorías Públicas "Acuerdo de entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas". Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/convenios/aidef2009.pdf>
- Cordero, L. "Posibilidad de que defensores penales públicos participen en nombre de la AIDEP del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Informe en Derecho solicitado por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, 2013. En proceso de publicación.
- Corte IDH. *Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*. Sentencia 5 de octubre de 2015. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf)
- Defensoría Penal Pública. *Memoria Anual*. Santiago, Chile: Defensoría Penal Pública, 2005.
- Ferrajoli, L. "Sobre los derechos fundamentales". En *E-journal*, 2006. Recuperado el 5 de enero de 2015 de <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>
- International Center for Transitional Justice "Justicia transicional en América Latina: enfrentando los dilemas del presente a partir de los legados del pasado". En *International Center for Transitional Justice*, 2009. Recuperado el 6 de enero de 2016 de <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-TransitionalJustice-in-Latin-America-2009-Spanish.pdf>
- López, M. (2013). La puesta en escena del defensor público interamericano. En Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Recuperado el 18 de enero de 2016 de <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/27038/28636>
- Nash, C. (2012). "El derecho a defensa ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Informe en Derecho solicitado por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública. En proceso de publicación.
- Norambuena, J. "Acerca de la posibilidad de que un funcionario de la Defensoría Penal Pública de Chile ejerza funciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como Defensor Interamericano nombrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como Defensor de un nacional en contra del Estado de Chile". *Informe en Derecho solicitado por el Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública*, 2013. En proceso de publicación.
- Organización de Estados Americanos. "Solicitud de participación de conformidad con el artículo 6 de las directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA. Asociación

- Interamericana de Defensorías Públicas”. Recuperado de <http://www.oas.org/consejo/sp/cumbres/sociedadcivil.asp#2009>
- Piovesan, F. “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos” En *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2004. Recuperado el 18 de enero de 2016, de [http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es\\_a03v1n1.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sur/v1n1/es_a03v1n1.pdf)
- Schubert, G. “Defensa pública y autonomía”. *Revista 93, Defensoría Penal Pública*, 2010, II, pp. 8 - 13.
- Sepúlveda, P. “Cultura legal, Reforma Procesal Penal y Defensoría Penal Pública en Chile: ¿Hacia una sociedad más democrática a través de un nuevo sistema penal?”. En *Acts Científica XXIX*, 2013. Recuperado el 6 de enero de 2016 de [http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT10/GT10\\_SepulvedaP.pdf](http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT10/GT10_SepulvedaP.pdf)
- Teitel, R. Genealogía de la Justicia Transicional. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. 2013. Recuperado el 6 de enero de 2016 de <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/59.pdf>

**Centro UC**

Estudios Internacionales

CEIUC