**INFORME
COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y
CIUDADANÍA**

BOLETÍN 13.941-17

**PRESOS DE LA REVUELTA ¿SE JUSTIFICA UNA SOLUCIÓN
POLÍTICA?**

Claudio Nash (PH. D.)

Académico Facultad de Derecho
Universidad de Chile

1. La pregunta que quiero abordar en esta comisión es ¿se justifica una medida política (ley) para resolver la situación de las personas perseguidas penalmente por actos de violencia en el marco de la revuelta de octubre de 2019?
2. Mi respuesta es que sí se justifica, ya que frente a un problema político como lo es la deslegitimación de la actuación del Estado por haber infringido estándares mínimos en materia de derechos humanos, es recomendable utilizar herramientas propias de la solución de conflictos (justicia transicional) para restablecer el imperio del derecho y la paz social.

ANTECEDENTES GENERALES

3. Desde la creación del Estado moderno (s. XVII) una de sus características ha sido concentrar el uso de la fuerza, y se ha aceptado, bajo la lógica del pacto social, que es el Estado quien detenta el uso de la fuerza legítima que tiene, como una de sus principales manifestaciones, la titularidad del ius puniendi, esto es, el uso legítimo del sistema punitivo para mantener el orden social.
4. Empero, esta no es una concesión absoluta, sino que está sujeta a que la autoridad utilice la fuerza y, particularmente, el derecho penal dentro de ciertos rangos de legitimidad. Estos se expresan como límites al poder del Estado y una de sus manifestaciones más importantes es la del respeto de los derechos humanos.
5. Cuando el Estado actúa al margen de estos parámetros mínimos, su actividad pierde legitimidad y el uso de la persecución penal se

transforma en un acto ilegítimo que debe ser corregido a través de los instrumentos propios de un estado de derecho, incluida la actuación política. Esto es lo que el profesor Ferrajoli ha llamado la “disolución del derecho penal”.

NATURALEZA DEL PROBLEMA

- 6. La situación que ha motivado este proyecto de ley es política y humanitaria y se caracteriza por una respuesta estatal al margen de los parámetros mínimos de legitimidad que configuran los derechos humanos.**
7. En consecuencia, son tres las cuestiones que nos interesa resolver en este sentido: a) el contexto en el que se utiliza la persecución penal; b) la legislación aplicable y, c) la violación de derechos humanos.
8. Sobre el **CONTEXTO**, lo relevante para el caso chileno es determinar la naturaleza política de la revuelta de octubre de 2019. Este fue, en general, un movimiento social de protesta contra el modelo imperante y, en particular, un acto de protesta en contra del gobierno de turno. La respuesta del poder público, el Estado, fue la violencia represiva que generó un grave cuadro de violaciones graves, masivas y sistemáticas de derechos humanos; esta represión se dirigió contra un grupo particular, jóvenes que se manifiestan políticamente contra el sistema y contra el gobierno. En consecuencia, este es un conflicto de orden político y no meramente una cuestión de orden público y, en consecuencia, la evaluación de la actividad del Estado debe darse en dicho contexto para así poder establecer la legitimidad de la respuesta estatal.
9. En un contexto de conflicto político es posible que se produzcan actos de violencia e incluso actos delictivos. Estos se conocen en los instrumentos internacionales como delitos conexos con los políticos y como delitos comunes con consecuencias políticas. Por tanto, el hecho de que estemos ante delitos con motivación política o delitos comunes cometidos en el marco de una acción política, no exime la obligación de que la actuación del Estado deba darse dentro de los márgenes del Estado de Derecho.
10. Sobre la **LEGISLACIÓN APLICABLE**, en el caso que nos ocupa la legislación utilizada no solo ha sido la ordinaria (penal), sino que también se ha recurrido a legislación especial con clara connotación política (ley de seguridad interior del Estado, ley de control de armas) y legislación especial que tiene una clara motivación política (ley anti barricadas). Las legislaciones especiales a los que ha recurrido la autoridad le permiten una persecución más dura y con penas más altas. En consecuencia, se ha optado por una persecución agravada con motivación política.

11. ¿Por qué afirmamos que es una agravamiento de la base normativa con motivación política? Porque en eventos similares, de graves alteraciones al orden público, el poder estatal y, particularmente el gobierno, no han usado el instrumento penal con la misma intensidad, no se ha aplicado la legislación especial ni se ha buscado un castigo anticipado a través de figuras cautelares especialmente gravosas.
12. Finalmente, en cuanto a las VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS, lo que debemos establecer es si las instituciones -al parecer neutrales- que se han utilizado para la persecución de quienes son imputados de supuestos delitos en el marco de la revuelta han sido aplicadas en forma diferenciada por razones políticas. En efecto, para establecer la discriminación en la persecución penal lo que corresponde es determinar si esta se ha aplicado en condiciones de igualdad o en términos más gravosos.
13. **¿Cuáles son las cuestiones que nos deben preocupar para establecer si estamos ante un “juicio justo”?** Me parece que en el actual contexto son tres las cuestiones centrales: el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal y el debido proceso. Todo ello, en relación al principio de igualdad y no discriminación.
14. En cuanto a la **integridad personal**, es importante tener en consideración que los presos de la revuelta han sido encarcelados en el marco de un contexto por el uso sistemático de tratos crueles, inhumanos y degradantes e incluso tortura. Son frecuentes las denuncias de quienes han sido perseguidos penalmente de actos de golpizas, amedrentamiento y amenazas. Eso configura un contexto de violencia institucional con un serio impacto en la integridad física, psíquica y moral. Sin investigación oportuna de acuerdo con el reciente informe de CEJA (organismo especializado en el tema procesal penal de la OEA).
15. En cuanto a la **libertad personal**, tenemos tres aspectos que considerar: (i) las condiciones de la privación de libertad, (II) la prisión preventiva, y (iii) la proporcionalidad de las penas. En todos estos temas hay ejemplos de claros incumplimientos de estándares internacionales para legitimar restricciones a la libertad personal.
16. En relación con el **debido proceso**, la actuación del Estado ha tenido un impacto en el derecho a un debido proceso; sí, se ha afectado el derecho a la presunción de inocencia, a ser juzgado en un plazo razonable y a las debidas garantías (derecho de defensa).

17. **¿Por qué habría una motivación política?** La determinación de las condicionantes políticas se deben establecer a partir del contexto (no vamos a encontrar una orden explícita, un memo en este sentido como algunos absurdamente pretenden). Así, nos encontramos con que el Presidente de la República ha declarado la guerra en un contexto de conflictos políticos y sociales; las autoridades políticas han presionado constantemente a las autoridades judiciales e incluso al parlamento; las autoridades encargadas de la persecución penal han actuado con parámetros diferenciados dependiendo de las motivaciones políticas de la persecución; el poder judicial también ha actuado con parámetros diferenciados agravados respecto de los opositores al sistema. El elemento común a todo esto ha sido el tema político.
18. **¿Es grave este trato político diferenciado?** Es tan grave que puede configurar un crimen de lesa humanidad. En efecto, tal como lo establece el art. 7 numeral 1 letra h¹, puede constituir un crimen de lesa humanidad la “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos”.²

EL DEBER DE ACTUACIÓN DEL ESTADO

19. **¿En este escenario, cuál debe ser el actuar del Estado?** El Estado debe adoptar medidas que tiendan a la pacificación. Así, frente a un contexto donde hay persecución con connotaciones políticas que han implicado la vulneración de derechos humanos, el Estado está obligado a cesar su actuar ilícito y reparar a las víctimas. Esto implica el deber de adoptar medidas de carácter interno que sean eficaces para corregir la actual situación.

¹ Artículo 7 Nº 1, ltra h): Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte” (Estatuto de Roma, 1998).

² “Específicamente, y sin perjuicio de otros crímenes que la Fiscalía pueda determinar en una etapa posterior, la Fiscalía ha concluido que la información disponible en esta etapa brinda un fundamento razonable para creer que, al menos desde abril de 2017, autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno han cometido los crímenes de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, con arreglo al apartado e) del párrafo 1 del artículo 7; tortura, conforme al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7; violación y/u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, con arreglo al apartado g) del párrafo 1 del artículo 7; y persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, de conformidad con el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma” (Fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda. Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020 – Venezuela I, 14 de diciembre de 2020, párr. 204)

20. En contextos de violencia política como el que hemos descrito, el Estado debe recurrir a instrumentos especiales, propios de la solución de conflictos. En este sentido, recurrir a instrumentos de la **justicia transicional** parece una opción correcta. Dichos instrumentos apuntan fundamentalmente a tres aspectos: el primero establecer la verdad de los hechos ocurridos, cuestión que el proyecto de ley propuesto en ningún caso impide; segundo, adoptar medidas para que los crímenes de lesa humanidad cometidos sean efectivamente sancionados, cuestión que el actual proyecto respeta; tercero, la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos que es el centro del proyecto.
21. En cuanto a la **reparación** de las víctimas de violación de derechos humanos, una medida fundamental es el cese de la violación cuando ésta aún se está cometiendo y la restitución al estado anterior de la violación cuando ésta ya se ha consumado. De esta forma, el proyecto de ley en estudio apunta a resolver ambos aspectos. Es un proyecto que permite restablecer la situación al estado anterior en términos jurídicos aunque no humanos, pero también permite cesar la persecución deslegitimada por parte del Estado en contra de las personas que participaron en el levantamiento popular de octubre de 2019.
22. **¿Genera una medida de este tipo impunidad?** No, las personas han sido perseguidas y duramente castigadas, desde el momento de su detención, han sido privadas de libertad por periodos prolongados, han sido encarceladas en duras condiciones (en medio de la pandemia se han visto agravadas estas condiciones) han sido acusadas públicamente de delinquentes, sin que hayan sido condenadas. En definitiva, el Estado ya ha castigado y lo ha hecho duramente.

INDULTO O AMNISTÍA

23. Ante la incapacidad y/o falta de voluntad de los primeros llamados a resolver el tema: ejecutivo y judicial; la actuación del poder legislativo es fundamental. De ahí que la propuesta de una ley en la materia sea una medida acertada.
24. La opción debió ser, técnicamente, una amnistía en los términos de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1977,³ pero esto envía un mensaje doloroso para los familiares de las víctimas de la dictadura y es comprensible haber buscado otra vía. Lamentablemente,

³ "Artículo 6 N° 5: A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado" (Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los Conflictos armados sin Carácter internacional (Protocolo ii), del 8 de junio de 1977)

esta actuación de buena fe y humanitaria por parte de los impulsores del proyecto ha sido utilizada de mala fe por diversos sectores. Esta comisión no puede caer en ese juego y debe mirar por el bien común.

25. De ahí que el **indulto general**, sin ser el mecanismo ideal, es el idóneo el para resolver esta situación y restituir el estado de derecho que se ha roto por el actuar politizado del Estado en la persecución de quienes participaron en la revuelta de octubre de 2019.

Santiago, 25 de Enero de 2021