



La propuesta de Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura a la luz del estándar internacional

Segundo trámite constitucional

Autor

Matías Meza-Lopehandía G.
Email:
mmezalopehandia@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3965

Comisión

Elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, en el marco de la discusión del proyecto que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Boletín N.º 11.245-17).

Nº SUP: 115709

Resumen

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura establece la obligación estatal de crear un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, de carácter autónomo frente al Estado, con facultades para visitar sin previo aviso lugares de detención, con garantías de confidencialidad para los informantes, y con atribuciones para hacer recomendaciones para prevenir la tortura.

El estándar internacional en la materia establece ciertos parámetros orgánicos y de funcionamiento del Mecanismo Nacional, que incluyen la independencia funcional, del personal y su articulación con el Subcomité contra la Tortura de Naciones Unidas.

El proyecto en discusión propone designar al INDH como MNPTT apoyándose en su carácter de institución autónoma. Ahora bien, de acuerdo con el estándar internacional, podrían requerirse medidas adicionales para garantizar tal independencia del organismo. En particular, en relación con la asignación específica de recursos y su administración; la dependencia jerárquica de su personal y de los expertos y expertas del Mecanismo; la elaboración de su plan de trabajo aparte de la programación de visitas de inspección y de hacer propuestas y observaciones a la legislación vigente.

Por otra parte, el proyecto ofrece una serie de definiciones de los conceptos que configuran el alcance de las atribuciones del Mecanismo. Entre ellos, tortura, privación de libertad y lugar de privación de libertad. Estas siguen de cerca las definiciones clave de la Convención contra la Tortura, aunque con ciertas innovaciones, algunas de las cuales generan dudas respecto al alcance del mandato del Mecanismo.

Introducción.....	2
I. El deber de mantener un mecanismo nacional de prevención de la tortura.....	3
1. Organismo de visitas.....	4
1.1. Facultad de visitar y obtener información.....	4
1.2. Protección de informantes y reserva de la información.....	4
2. Estructura orgánica del MNPT.....	5
2.1. Independencia funcional.....	5
2.2. Independencia del personal.....	6
3. Mecanismos para el diálogo con la autoridad.....	6
4. Articulación con el Subcomité.....	7
5. Articulación con la sociedad civil.....	7
II. Breve descripción del proyecto que designa al INDH como Mecanismo Nacional de Prevención	7
III. Análisis del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados a la luz del estándar internacional.....	8
1. MNPT y sus atribuciones.....	8
1.1. Acceso a la ficha clínica.....	9
1.2. Excepción a la obligación de denuncia.....	10
2.1. Presupuesto propio (asignación específica).....	11
2.2. Personal propio.....	12
2.3. Personal de apoyo.....	14
2.4. Dependencias propias.....	15
2.5. Autonomía operativa.....	15
3. Definiciones conceptuales.....	17
3.1. Tortura: la cuestión del agente.....	17
3.2. Trato o pena cruel, inhumana o degradante.....	19
3.3. Privación de libertad.....	19
3.4. Lugar de privación de libertad.....	19
4. Articulación con la sociedad civil.....	20

Introducción

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, ha solicitado a la BCN actualizar el informe que ésta presentara durante el primer trámite constitucional, en relación con el proyecto que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Boletín N.º 11.245-17)¹.

El mencionado informe presentaba el estándar internacional en la materia, para luego contrastarlo con los contenidos del proyecto original del Ejecutivo. La presente versión sigue un esquema similar, realizando el mismo ejercicio, pero ahora utilizado el texto del Proyecto de ley aprobado en primer trámite por la Cámara de Diputados².

Por lo anterior, se comienza describiendo la obligación de crear un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura a partir de lo señalado en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, en las directrices generales del Subcomité para la Prevención de la Tortura contemplado en dicho Protocolo, y en las recomendaciones específicas que éste ha hecho a Chile. Luego, se analiza el contenido del Proyecto a la luz de dicho estándar.

I. El deber de mantener un mecanismo nacional de prevención de la tortura

El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe la tortura tanto a nivel convencional, como de *ius cogens*³. Además está tipificada como delito de lesa humanidad tanto en el plano internacional como en el interno⁴, y también como delito ordinario en el Código Penal⁵.

Como toda obligación de derechos humanos, la proscripción de la tortura exige a los Estados algo más que abstenerse de torturar: éstos deben tomar medidas positivas para evitar que se torture.

En este sentido, la [Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984](#) (CCT), establece una serie de deberes para los Estados parte que van más allá de la mera abstención. Entre ellos, se contempla la tipificación del delito de tortura, la persecución extraterritorial del delito, la formación apropiada para el personal que interactúe con personas privadas de libertad, la reglamentación adecuada de prácticas de interrogatorio y condiciones de custodia, las garantías de investigación de denuncias y la reparación de daños.

Adicionalmente, la comunidad internacional adoptó en 2002 el [Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes](#) (PF), abierto a la ratificación de los Estados parte de la CCT⁶. Se trata de un instrumento que busca la prevención de la tortura a través de dos mecanismos: (i) visitas periódicas a los lugares de detención y (ii) la

¹ Cfr. BCN, 2017.

² [Oficio N° 13.719](#) del 16 de enero de 2018.

³ BCN, 2016. El *ius cogens* o derecho internacional general es aquel que emana de principios universalmente aceptados y es inderogable por los estados.

⁴ [Estatuto de Roma](#) y la [Ley N.º 20.357](#) de 2009, respectivamente.

⁵ Art. 148 [Código Penal](#).

⁶ Ratificado por Chile en 2008 (Decreto Supremo N.º 340 de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores).

elaboración de recomendaciones para superar las condiciones que la hacen posible. Su objetivo principal está plasmado en su artículo 1:

El objetivo del presente Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

De esta manera, lo que se busca establecer es un mecanismo de prevención de la tortura complejo, con una instancia internacional, que es el Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT), y otra nacional, que son los mecanismos nacionales de prevención de la tortura (MNPT). Estos últimos son el foco de este informe.

1. Organismo de visitas

La obligación matriz en materia de MNPT es la de establecer, designar o mantener uno o más órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (en adelante, todos estos tratos abarcados en el concepto de tortura).⁷

Conforme a lo señalado por el SPT, el Mecanismo debe crearse mediante un procedimiento participativo, que incluya a los actores interesados de la sociedad civil, y concretarse en un texto constitucional o legislativo, que establezca claramente su mandato y facultades⁸.

El organismo debe estar facultado para visitar cualquier lugar de detención, esto es, cualquier lugar bajo jurisdicción o control del Estado, donde se encuentren (o puedan encontrarse) personas privadas de libertad, por orden o instigación de la autoridad o con su consentimiento o aquiescencia⁹.

Cabe tener presente que el Protocolo establece tres indicadores concurrentes para identificar una situación como privación de libertad para estos efectos: (i) detención, encarcelamiento o custodia de una persona en un establecimiento público o privado; (ii) por orden de una autoridad pública; y (iii) que la persona no pueda salir libremente del lugar¹⁰.

1.1. Facultad de visitar y obtener información

La facultad de visitar los establecimientos incluye acceso a la información sobre (i) el número de personas privadas de libertad; (ii) el número de lugares de privación de libertad; (iii) la localización de lugares de privación de libertad; y (iv) el trato y condiciones de detención. Asimismo, la facultad de visitas supone la libertad de (v) entrevistarse privadamente con quien requiera el MNPT; (vi) seleccionar los lugares a visitar y personas a entrevistar; y (vii) mantener contactos con el SPT¹¹.

⁷ Art. 3 y 17 PF.

⁸ NN.UU., 2010..

⁹ Art. 4.1 PF.

¹⁰ Art. 4.2. PF.

¹¹ Art. 20 PF.

En relación con la facultad de realizar visitas, el SPT ha señalado en sus directrices que el Mecanismo debe tener una planificación que le permita, con el tiempo, visitar todos los lugares de detención, de forma adecuada y con la frecuencia suficiente para ser efectivo¹².

1.2. Protección de informantes y reserva de la información

Para garantizar el funcionamiento del sistema de visitas, el Protocolo prohíbe a la autoridad sancionar, o permitir o tolerar la sanción o cualquier perjuicio, a cualquier persona u organización que haya entregado información al MNPT, sea ésta verdadera o falsa¹³. La información confidencial recogida por el Mecanismo, tendrá el carácter de reservada, por lo que no puede publicarse sin la autorización de la persona interesada¹⁴.

2. Estructura orgánica del MNPT

El artículo 18 del Protocolo establece que debe garantizarse la independencia de los MNPT en dos dimensiones: (i) funcional; y (ii) respecto del personal. Además, se establece la necesidad de tener a la vista los Principios de París sobre instituciones nacionales de derechos humanos¹⁵.

2.1. Independencia funcional

En esta materia, el SPT ha señalado que el Mecanismo “debe gozar de una *total autonomía financiera y funcional* en el ejercicio de las funciones, que se le encomiendan en el Protocolo Facultativo”¹⁶.

En este sentido, el organismo internacional indica que cuando el Mecanismo esté alojado en otro órgano, debe contar con una dependencia separada, y con su propio presupuesto y personal¹⁷. En su informe sobre la visita que realizó a Chile en 2016, el SPT se explayó sobre los requisitos que el Estado debía cumplir para designar al INDH como MNPT. Señaló que “el MNPT debe actuar de forma independiente, no sólo del Estado, sino también del INDH” y para ello “el Estado parte debe garantizar una asignación específica de fondos para el MNPT”¹⁸. Asimismo, estableció que el MNPT no debía quedar sujeto a ninguna forma de subordinación al INDH, por lo que debía incluirse un organigrama que garantice “autonomía operativa con respecto a sus recursos, su plan de trabajo, conclusiones, recomendaciones y contacto directo y confidencial con el SPT”¹⁹. En síntesis, el MNPT debe contar con recursos asignados directamente e infraestructura propia, además de plena autonomía operativa.

El SPT no explicita las razones que justifican la exigencia de independencia del MNPT respecto del INDH. Esta podría tener su origen en los diversos mandatos internacionales de ambos organismos, los que podrían colisionar bajo ciertas circunstancias. Conforme al Protocolo, el objetivo del MNPT es la prevención de la tortura; mientras que conforme a los [Principios de París](#), las Instituciones Nacionales de

¹² NN.UU., 2010.

¹³ Art. 21.1 PF.

¹⁴ Art. 21.2 PF.

¹⁵ “Las instituciones nacionales de derechos humanos (INDHs) son organismos nacionales cuyo principal objetivo es servir como puente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional, o sea, ayudar a la implementación de las normas internacionales en el ámbito local.” (BCN, 2015:7).

¹⁶ NN.UU., 2010: párr. 12; énfasis añadido

¹⁷ NN.UU., 2010.

¹⁸ SPT, 2017:párr.16.

¹⁹ ídem: párr. 17.

Derechos Humanos se enfocan en la promoción y protección de los derechos humanos en general, lo que puede incluir la recepción de denuncias y deducción de acciones legales²⁰.

Por otro lado, el Protocolo establece que el Estado debe garantizar la aptitud técnica de los expertos que lo conforman, tener en cuenta el equilibrio de género y la representación étnica y de minorías en su interior²¹. A este respecto, el SPT ha hecho extensivo este mandato de diversidad y calificación, especialmente jurídica y sanitaria, a todo el personal que trabaje en el Mecanismo²².

2.2. Independencia del personal

Independencia de los miembros y del personal

El artículo 18 del Protocolo señala que los Estados deben garantizar, además de la independencia funcional del MNPT, “la independencia de su personal”. Esto significa que deben asegurarse las condiciones para que el MNPT pueda actuar sin la interferencia de las autoridades, sean administrativas, gubernamentales, policiales, judiciales o partidistas²³.

A este respecto, el SPT ha llamado la atención sobre la cuestión de los conflictos de intereses, señalando que el Estado debe “abstenerse de nombrar miembros que ocupen cargos que puedan suscitar conflictos de intereses”, y al mismo tiempo, los miembros del MNPT, deben abstenerse de ocupar cargos que pueden activar dichos conflictos²⁴.

Inamovilidad de los miembros

El artículo 35 del Protocolo establece que debe reconocerse a los miembros del MNPT, al igual que a los del Subcomité, “las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones”. El Protocolo especifica qué tipo de estatus debe otorgarse a los miembros del SPT, pero no respecto de los del MNPT.

Las Directrices ofrecidas por el SPT ayudan a colmar este vacío. Al respecto, señalan que la ley debe establecer la duración del mandato de los miembros del MNPT, la cual puede ser prorrogable y debe ser suficientemente extenso para garantizar su funcionamiento independiente. Asimismo, se indica que la legislación debe establecer las causales para la destitución anticipada de sus miembros y aclara que deben reconocerse los privilegios e inmunidades necesarios para su funcionamiento, tanto para los miembros del MNPT como para su personal²⁵.

3. Mecanismos para el diálogo con la autoridad

El Protocolo establece las competencias mínimas que debe tener el MNPT, además de las relativas a las vistas: (i) hacer recomendaciones a las autoridades para mejorar las condiciones de los privados

²⁰ En el caso del INDH chileno, cfr. arts. 2 y 3.5 Ley 20.405.

²¹ Art. 18 PF.

²² NN.UU., 2010.

²³ Para la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT, 2013), lo anterior implicaría que el MNPT no debería aceptar miembros que ocupen o hayan ocupado recientemente cargos en el gobierno, en el sistema procesal penal o en las fuerzas de orden y seguridad, ni tener vínculos personales con ellos.

²⁴ NN.UU., 2010:párr. 18.

²⁵ NN.UU., 2010.

de libertad y (ii) hacer propuestas en materia legislativa²⁶. En este ámbito, el MNPT debe realizar un informe anual²⁷, a lo que el SPT agrega la elaboración de informes de visita, y cualquier otro informe que considere necesario para cumplir con su misión²⁸.

Como contrapartida, el Estado tiene la obligación de (i) examinar estas recomendaciones; (ii) entablar un diálogo con el MNPT sobre la eventual implementación de medidas de prevención; y (iii) publicar y difundir los informes anuales que elabore el MNPT²⁹.

Ahondando en las obligaciones del Estado, el SPT señala que éste debe informar al Mecanismo de todo proyecto de ley que le incumba, y tomar en consideración sus propuestas. Asimismo, debe asegurarse que los informes anuales sean comunicados al Congreso y al SPT³⁰.

4. Articulación con el Subcomité

Como se indicó más arriba, los MNPT tiene derecho a mantener contacto con el Subcomité. Asimismo, conforme al artículo 11.b del FP, el SPT tiene facultades para mantener contacto directo con ellos y asesorarlos. Además, el artículo 16 del Protocolo lo faculta para dar a conocer a los MNPT sus comunicaciones confidenciales con el Estado.

De esta manera, se establece un vínculo directo, sin la mediación del Estado, entre el ámbito nacional y el internacional del mecanismo de prevención de la tortura establecido en el Protocolo.

5. Articulación con la sociedad civil

Como se ha señalado anteriormente, el SPT recomienda una amplia y representativa participación social en la creación del MPT. Asimismo, señala que la selección y nombramiento de los miembros del mecanismo debe llevarse a cabo de la misma manera.

Aunque el Protocolo nada señala en esta materia, sí remite a los [Principios de París](#), como elementos que deben tenerse “debidamente en cuenta” al establecer el Mecanismo³¹. Conforme a éstos, la composición de la institución y el nombramiento o elección de sus miembros, “deberán ajustarse a un procedimiento que ofrezca garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos”³².

II. Breve descripción del proyecto que designa al INDH como Mecanismo Nacional de Prevención

De acuerdo al Mensaje del Proyecto, éste busca cumplir con las obligaciones internacionales de Chile en materia de prevención de la tortura. En particular, el establecimiento del sistema de visitas

²⁶ Art. 19 PF.

²⁷ Art. 23 PF.

²⁸ NN.UU, 2010.

²⁹ Arts. 22 y 23 PF.

³⁰ NN.UU, 2010.

³¹ Art. 18.4 PF.

³² Principio B.1.

contemplado en el Protocolo Facultativo, que busca precisamente la prevención de la tortura y la disuasión a través del diálogo constructivo entre las instancias que crea y el Estado.

El Mensaje identifica al propio Protocolo y las Directrices del SPT como el marco normativo de la obligación de establecer un MNPT. De acuerdo a esto, indica que:

El compromiso que asumen los Estados que ratificaron el Protocolo es dotar a estos mecanismos de independencia funcional y de su personal, facilitar los recursos necesarios para realizar su tarea y dotar a los expertos y las expertas que los integran de las necesarias inmunidades para cumplir su misión³³.

En esta línea, se identifica al INDH como una institución nacional de protección y promoción de los derechos humanos, que cuenta con “independencia funcional, financiera y personal”, lo que justificaría designarlo como MNPT.

Para garantizar la independencia de éste frente al propio INDH, el proyecto original propone la creación de un Comité de expertos y expertas (Comité del Prevención contra la Tortura), designado por el Consejo del INDH a partir de ternas elaboradas por el Consejo de la Alta Dirección Pública, que estará a cargo de planificar, organizar y ejecutar las visitas y elaborar los informes y recomendaciones. Además este órgano contará con personal de apoyo propio.

El proyecto además provee definiciones para los conceptos de tortura, tratos crueles, privación de libertad y lugar de privación de libertad, para orientar el trabajo del MNPT.

III. Análisis del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados a la luz del estándar internacional

En la primera sección de este informe se expuso el estándar internacional en materia de establecimiento del MNPT, a partir de lo establecido en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y de las directrices generales ofrecidas por el Subcomité para la prevención de la Tortura creado por ese Protocolo, y teniendo a la vista las recomendaciones específicas evacuadas respecto del Estado de Chile.

A continuación, conforme a lo solicitado, se ofrece un análisis de los principales aspectos del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados (en adelante, pley o proyecto indistintamente), contrastándolo con el estándar descrito.

1. MNPT y sus atribuciones

Como se ha visto, la principal obligación que emana del PF es la creación y mantención de un MNPT. El proyecto propone la designación del INDH como tal, el cual actúa en este ámbito exclusivamente a través de un Comité de Prevención contra la Tortura (CPCT), conforme a los tratados internacionales ratificados, el texto constitucional y la demás normativa vigente.³⁴

³³ Mensaje, 2017:6.

³⁴ Art. 1 pley.

Éste tiene atribuciones para visitar libremente, sin notificación previa, los lugares de detención entendidos conforme a la definición provista en el proyecto³⁵. Además, se contempla expresamente la facultad para requerir durante las visitas toda la información necesaria para el cumplimiento de su mandato, incluyendo explícitamente los mínimos establecidos en el artículo 20 del PF, esto es, el número de privados de libertad, el número y localización de los lugares de privación de libertad, y en general, información sobre las condiciones de la privación de libertad³⁶.

De acuerdo al Proyecto aprobado por la Cámara, la información recogida por el MNPT, tiene el carácter de reservada, incluso para los funcionarios del INDH que no se desempeñan como personal de apoyo del mecanismo³⁷.

1.1. Acceso a la ficha clínica

En este punto, cabe tener presente que el proyecto regula explícitamente el acceso a la ficha clínica de personas privadas de libertad, incorporando dos excepciones a las reglas generales que regulan la materia.

En primer lugar, conforme a dichas reglas generales, para que un tercero acceda a una ficha clínica requiere que la autorización del titular conste en escritura pública³⁸. El proyecto parece eximir al Comité de dicha formalidad, pues sólo exige el consentimiento de la persona privada de libertad. En segundo lugar, se autoriza al Comité a acceder aún sin su consentimiento cuando éste estuviere impedido de otorgarlo³⁹.

Aquí debe tenerse presente que podrían ejercerse presiones sobre los privados de libertad para que no otorguen el consentimiento exigido, lo cual en la práctica podría quedar fuera del concepto de impedimento. Por ello, la protección de la privacidad de los privados de libertad debe ser ponderada con la necesidad de otorgar facilidades al Comité para cumplir con su mandato. En este sentido, pueden tenerse presentes otros mecanismos que ayudan a preservar la reserva de los antecedentes, sin que sea necesario obtener el consentimiento del privado de libertad.

La divulgación no autorizada de los antecedentes de la ficha clínica por un funcionario público podría ser castigada con el tipo penal de divulgación de secreto contemplado en el artículo 247 del Código Penal⁴⁰. Ahora bien, para adoptar este tipo de solución, podría requerirse una mención explícita, en particular porque el artículo 12 del proyecto, que establece el deber de reserva de la información recogida por los expertos y expertas del Comité y el personal de apoyo, señala que la violación de éste da origen a la negligencia manifiesta e inexcusable que habilita para la desvinculación anticipada, sin

³⁵ Art. 3.b pley.

³⁶ Arts. 3.e y 3.f pley.

³⁷ Art. 12 pley.

³⁸ Art. 13.b Ley N° 20.548.

³⁹ "Artículo 3.- Funciones y atribuciones. El Comité de Prevención contra la Tortura ejercerá las siguientes funciones y atribuciones: [...] e) Requerir durante la visita a los lugares de privación de libertad, [...] información relativa [...] a la ficha clínica de las personas privadas de libertad *previo consentimiento de éstas o sin él cuando se trate de personas que estén impedidas de otorgarlo [...]*" (énfasis añadido).

⁴⁰ Este se sanciona con penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

mencionar la realización del tipo penal de divulgación de secreto. Dicha mención podría ser una exigencia del principio de tipicidad.

Como se ha señalado el citado artículo 12 señala que la "violación de esta reserva dará origen a negligencia manifiesta e inexcusable de sus funciones de acuerdo a lo señalado en el artículo 5". Este artículo a su vez remite a los artículos 6 y 7 de la [Ley N° 20.405 de 2009](#) que crea el INDH. Sin embargo, la causal de negligencia manifiesta e inexcusable está consignada sólo en el artículo 7° de dicho cuerpo normativo. La técnica legislativa podría depurarse en este punto.

1.2. Excepción a la obligación de denuncia

El proyecto establece una excepción al deber de denuncia que tienen los funcionarios públicos respecto de los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones⁴¹, aplicable exclusivamente a los miembros del CPCT y su personal de apoyo. Conforme a ésta, "*no estarán obligados* a denunciar los crímenes o simples delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones"⁴².

La misma disposición justifica esta excepción "con el propósito de resguardar los fines del Comité contra la Tortura", esto es, su carácter preventivo⁴³. En este sentido, como se explicitó durante la discusión en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, lo que se busca es evitar que la denuncia de hechos constitutivos de tortura se vea inhibida por la amenaza de ser denunciado por otros delitos⁴⁴.

Ahora bien, la redacción del artículo parece dejar abierta la puerta a la denuncia, pues releva a los funcionarios del Mecanismo de la obligación de denuncia, pero no prohíbe que realicen dichas denuncias, lo que podría tener un efecto inhibitorio. Por otra parte, el proyecto establece un deber de reserva sobre la información recabada, por lo no queda claro si prevalece la facultad de denunciar o este deber de reserva, o si ambos deben compatibilizarse, como en el caso de las contraexcepciones que se examinan a continuación.

El proyecto contempla dos excepciones respecto a esta excepción a la obligación de denuncia. La primera se refiere al deber de denunciar "aquellos hechos que revistan riesgo vital para las personas privadas de libertad". La segunda exige la denuncia de los casos de tortura que conozcan en el

⁴¹ Art. 175.b [Código Procesal Penal](#) y 61.k del [Estatuto Administrativo](#).

⁴² Art. 11 pley. Énfasis añadido.

⁴³ En la discusión dada al interior de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, se explicitó que esta excepción buscaba no inhibir la denuncia de hechos constitutivos de tortura por la amenaza de ser denunciado por otros delitos. El Diputado Bellolio explica: "cuando las personas van a un recinto penitenciario, pueden tomar conocimiento de otro tipo de delitos, como por ejemplo, constatar que reclusos tengan teléfonos celulares o drogas. Si no se les exceptúa de la denuncia estarán obligados a hacerlo y el mismo que denuncia que sufrió torturas, deberá ser denunciarlo por tener ese teléfono celular o drogas" (Almendras, 2017:33).

⁴⁴ El diputado Bellolio señaló que "cuando las personas van a un recinto penitenciario, pueden tomar conocimiento de otro tipo de delitos, como por ejemplo, constatar que reclusos tengan teléfonos celulares o drogas. Si no se les exceptúa de la denuncia estarán obligados a hacerlo y *el mismo que denuncia que sufrió torturas, deberá ser denunciarlo por tener ese teléfono celular o drogas* [...] al no exceptuar la denuncia implicaría necesariamente que uno de los funcionarios, al tomar conocimiento de la comisión de torturas, debe inmediatamente denunciar los otros delitos, es decir, *no puede escoger hacer la denuncia y omitir la denuncia de posesión de armas*, por ejemplo" (Almendras, 2017:33 y 35; énfasis añadido).

ejercicio de sus funciones, de acuerdo a la definición ofrecida en el propio proyecto⁴⁵. La disposición señala que en estos casos, prevalecerá la reserva de información en la denuncia, incluyendo la prohibición de hacer públicos datos personales sin el consentimiento del interesado⁴⁶. Esto podría implicar que, para que la denuncia sea eficaz, deba realizarse con el consentimiento de la víctima, pues de otro modo, al tener que respetar la reserva, la denuncia carecería de suficientes antecedentes para comenzar una investigación.

En síntesis, el proyecto asigna al MNPT la función de denunciar penalmente aquellas conductas constitutivas de torturas o que puedan poner en peligro la vida de las personas privadas de libertad. Respecto de otro tipo de delitos, los funcionarios del MNPT están facultados, pero no obligados, a denunciar, siempre respetando su deber de reserva. Con todo, la obligación general de denuncia se mantiene vigente respecto de todos los demás funcionarios públicos.

2. Autonomía funcional y del personal

Como se ha visto, el Proyecto designa al INDH como MNPT, apoyándose en la autonomía que dicha institución goza respecto del poder constituido. Esto, por cuanto su dirección recae sobre un Consejo de conformación pluralista, que incluye representantes designados por los distintos poderes del Estado, los decanos de la Facultades de Derechos del Consejo de Rectores y la propia sociedad civil, que elige a cuatro de sus once miembros a través de las organizaciones de derechos humanos inscritas en el registro respectivo. En este punto, cabe tener presente que algunas de dichas organizaciones pueden estar vinculadas a lugares de privación de libertad, particularmente en materia de infancia.

Por otra parte, el INDH no tiene dependencia formal, cuenta con personalidad jurídica de derecho público y patrimonio propio, que incluye un aporte anual establecido en la Ley de Presupuesto⁴⁷.

El carácter autónomo del INDH, consistente con los Principios de París que rigen a las instituciones nacionales de derechos humanos, está refrendado por su calificación con institución tipo “A”, de acuerdo a la tipología del el Comité Internacional de las Instituciones Nacionales para la Promoción de la Protección de los Derechos Humanos⁴⁸.

Ahora bien, a la luz de lo señalado por el SPT respecto de la designación del INDH como MNPT, se verifica en qué medida el proyecto aprobado por la Cámara consagra la autonomía del MNPT frente al propio INDH. En particular, se han identificado cinco indicadores: (i) presupuesto propio en asignación específica; (ii) personal propio; (iii) dependencias propias; (iv) autonomía operativa (uso de recursos, plan de trabajo, recomendaciones) y (v) contacto directo con el SPT⁴⁹.

2.1. Presupuesto propio (asignación específica)

⁴⁵ Más adelante se verá que la Como se verá más adelante, esta definición es ligeramente distinta a la del Código Penal. Esto significa que existiría una obligación de denunciar hechos que podrían no ser tortura desde el punto de vista penal, sino que, por ejemplo, lesiones leves.

⁴⁶ La regla general sobre prohibición de divulgación de datos personales sin autorización de su titular está en el artículo 4° de la [Ley N° 19.628](#).

⁴⁷ Arts. 1 y 13.1 Ley N.º 20.405.

⁴⁸ BCN, 2015.

⁴⁹ NNUU, 2010; SPT, 2017.

El artículo 4° transitorio del proyecto establece las normas presupuestarias. Respecto del primer año, se establece que se financiará con cargo a la asignación 50.01.03.24.03.133, esto es, la que corresponde al INDH⁵⁰, complementada por los recursos que le asigne el Ministerio de Hacienda con cargo a la partida del Tesoro Público. Para el primer año de vigencia del Mecanismo, la Dirección de Presupuestos deberá identificar en el presupuesto del INDH la porción necesaria para el funcionamiento de aquel⁵¹.

Para los años siguientes, la norma indica “se estará a lo que considere la Ley de Presupuestos respectiva”. ¿Es esto suficiente para dar por cumplida la exigencia de asignación presupuestaria específica? Cabe recordar que el objeto de este estándar es garantizar una actuación independiente del órgano frente al Estado, y frente al propio INDH.

La distribución del presupuesto de la Nación se hace siempre a partir de una Ley propuesta por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados sobre una base anual. La iniciativa, periodicidad y cámara de origen son exigencias constitucionales⁵². Aunque lo anterior no impide necesariamente que una ley especial establezca un guarismo específico o una proporción presupuestaria determinada, ésta siempre podría ser modificada por una ley posterior, como sería la propia Ley de Presupuestos.

Considerando lo anterior, la manera de asegurar un presupuesto mínimo para una repartición, no es estableciendo en la ley que lo crea una cantidad específica de recursos, sino que se utilizan otros mecanismos.

Una posibilidad es establecer una planta de empleados con sus grados y jerarquías que permita un funcionamiento básico a la institución⁵³. De esta manera se obliga a los legisladores futuros a asignar al menos el presupuesto anual necesario para financiar dicha planta. Esto además, ofrece la ventaja de otorgar un grado significativo de inamovilidad al personal de apoyo, pues les hace aplicable el Estatuto Administrativo en sus relaciones laborales.

Ahora bien, como se verá en el siguiente apartado, el proyecto no establece personal de planta, sino que entrega la atribución de contratar personal al INDH.

Otro mecanismo para garantizar una asignación presupuestaria específica es, justamente, establecer que la Ley de Presupuesto debe destinar una suma en forma exclusiva al MPT⁵⁴. En la práctica, esto significa que la Ley de Presupuestos incluya una glosa especial en el presupuesto del INDH⁵⁵.

⁵⁰ DIPRES, 2018:30.

⁵¹ De acuerdo al informe financiero del proyecto, el mayor gasto fiscal anual estimado es de \$1.067.784.000, más \$100.800.000 por concepto de selección vía Servicio Civil de los expertos y expertas. Además, se incluye un personal de apoyo que llega hasta 11 personas al tercer año.

⁵² Art. 67 CPR.

⁵³ Al fijar el personal de planta que permita el funcionamiento básico del organismo debe tenerse presente que el personal a contrata no puede ser superior al 20% del total de cargos de la planta (art. 10 de la [Ley N.º 18.834](#) sobre Estatuto Administrativo)

⁵⁴ Como se señaló arriba, el inciso final del artículo cuarto transitorio establece que para el primer año, la DIPRES modificará el presupuesto del INDH “*identificando el presupuesto necesario para el funcionamiento*” para el MNPT.. Esta misma técnica podría utilizarse para garantizar la asignación específica.

⁵⁵ Por ejemplo, la Ley N° 19.253, que crea, entre otras cosas, la Corporación Nacional Indígena (CONADI) y el Fondo de Tierras y Aguas, establece respecto de este último que “[l]a Ley de Presupuestos de cada año

La redacción propuesta en el proyecto no establece con claridad esta cuestión, dejando abierta la posibilidad que el presupuesto del MNPT quede incluido en forma agregada el ítem del INDH, quedando así su asignación concreta en manos de éste último, lo que podría obstaculizar su autonomía presupuestaria.

2.2. Personal propio

Como se ha visto, al designar al INDH como MNPT, el proyecto crea un “Comité de Prevención contra la Tortura” que tiene la competencia exclusiva para llevar a cabo el mandato internacional.

Conforme al artículo 5° del Proyecto, dicho Comité estará compuesto por 9 expertos y expertas⁵⁶, escogidos por el Consejo del INDH de entre la terna que les presente al efecto el Consejo de Alta Dirección Pública. Duran en sus cargos cuatro años y pueden ser nombrados para un nuevo periodo⁵⁷.

Las y los miembros del Comité tienen dedicación exclusiva y están regidos por el Código del Trabajo en sus relaciones laborales, sin perjuicio de las normas que dicte el INDH para regular nombramientos, provisión de cargos, carrera, calificaciones y capacitaciones⁵⁸.

Es posible preguntarse qué implicancias tiene que los miembros del Comité queden al alero del Código del Trabajo, a la luz del estándar internacional que se busca satisfacer. Particularmente en relación con la idea central de la relación laboral regida por dicho Código, que es la de subordinación o dependencia y su compatibilidad con la independencia del personal⁵⁹.

A este respecto, cabe tener presente que el proyecto establece un grado significativo de inamovilidad en el cargo para las expertas y expertos del Comité, pues establece causales taxativas de cesación en el cargo. En concreto, el proyecto establece directamente dos causales: el cumplimiento del plazo del nombramiento (4 años) y cumplimiento de 75 años de edad.⁶⁰ Además, remite a las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en los artículos 6° y 7° de la Ley N.º 20.405 del INDH⁶¹.

dispondrá anualmente de una suma destinada exclusivamente al Fondo de Desarrollo Indígena”. Esto se concreta en un ítem específico (01.043), del subtítulo “transferencias de capital” (33), del capítulo CONADI (06.01), de la partida del Ministerio de Desarrollo Social (partida 21).

⁵⁶ El Proyecto original proponía un Comité integrado “por un *mínimo* de nueve integrantes”. Esta formulación fue defendida por la Subsecretaria Frías, en atención a que “con el tiempo puede ser posible que se requiera contar con expertos con conocimientos especializados en una zona o en otras disciplinas”. Finalmente, el adjetivo “mínimo” fue suprimido a propuesta de la Comisión de Hacienda, porque, en palabras del diputado Melero, “podría significar un número desproporcionado de expertos” (Velásquez, 2018:17).

⁵⁷ La redacción de la norma no deja claro si hay o no límite a la cantidad de veces que una persona puede ser nominada en el cargo.

⁵⁸ Art. 5 del pley, que remite al artículo 12 de la Ley N.º 20.405, que su vez refiere al Código del Trabajo y al artículo 8.9 de la Ley N.º 20.405 en relación con art. 12 inciso primero del mismo cuerpo legal.

⁵⁹ Art. 3.b. Código del Trabajo dispone: “Para todos los efectos legales se entiende por: [...] b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo[...].”

⁶⁰ Esta regla es llamativa, ya que en general, el establecimiento de una edad máxima para determinados cargos está asociado a cargos con fuerte inamovilidad, de larga duración o de duración indefinida. En Chile, el cargo de más corta duración que tiene este límite, es el de Contralor, cuyo mandato es por 8 años. En el caso de los expertos y expertas, pareciera que la evaluación de la edad y capacidades del candidato corresponde realizarlo en el proceso de selección, sobre todo considerando que el mandato es de solo 4 años.

⁶¹ La remisión a la ley del INDH presenta algunos problemas, debido a la redacción de dichas normas. El artículo

De esta manera, el proyecto hace inaplicable a los miembros del Comité las causales de terminación de contrato establecidas en el Código del Trabajo, lo que despeja el problema de la causal de despido por “necesidades de la empresa” contemplada en este último, cuya aplicación a los miembros del Comité podría ser incompatible con la independencia requerida para el ejercicio del cargo.

Ahora bien, la sujeción de la relación laboral al Código del Trabajo implica que el empleador tiene potestad de mando sobre el trabajador, derivada de sus facultades de administración. Así por ejemplo, el artículo 12 de dicho cuerpo legal, establece que el empleador puede alterar la naturaleza de los servicios, el sitio donde aquellos deben prestarse y la distribución de la jornada de trabajo dentro de ciertos parámetros.

En este caso, pareciera que el empleador de los miembros del Comité sería el propio INDH. Esto, no sólo porque es el organismo encargado de nominar a los expertos y expertas, sino que también aprueba sus estatutos y contrata el personal de apoyo del Comité⁶². Además, éste debe rendirle cuentas semestrales al INDH⁶³, y sus actividades distintas a las vistas, como las propuestas de modificaciones legales y la celebración de convenios de colaboración y cooperación, requieren aprobación del Instituto⁶⁴.

Se podría entender que estas son las únicas potestades que el INDH tiene sobre el Comité, en función de la independencia con que este debe contar respecto de aquel. Sin embargo, el proyecto no contiene una disposición donde se pueda afirmar esta interpretación. De hecho, la única mención a la independencia del organismo está en el artículo 5°, y está redactada como un mandato hacia el Comité, no hacia el INDH: “[e]l Comité deberá regirse por los principios de independencia de su personal, autonomía funcional, confidencialidad en sus actuaciones y reserva respecto de la información obtenida en ejercicio de sus funciones”⁶⁵.

En síntesis, los miembros del Comité cuentan con una inamovilidad significativa en su cargo, pero tienen una relación de subordinación respecto del INDH, producto del contrato de trabajo, que podría ser incompatible con la autonomía exigida por el estándar internacional. En este sentido, la separación entre el personal del Instituto y el del Comité dispuesta en el artículo 5°, parece necesaria para garantizar la independencia del personal de éste último, pero no parece resolver la cuestión de la subordinación.

6° de la Ley 20.405 se refiere a “la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes que se establecen *en esta ley*” (énfasis añadido). Sin embargo, el proyecto analizado establece sus propias causales de inhabilidad e incompatibilidad, por lo que sería necesario ajustar la redacción para evitar equívocos. Por su parte, el artículo 7° se refiere a la remoción de los consejeros por parte de la Corte Suprema, por incapacidad sobreviniente o “negligencia manifiesta e inexcusable en el ejercicio de sus funciones”. Las causales de remoción son ser declarado interdicto, acusados por crimen o simple delito o acogidos a suspensión condicional de procedimiento, ser condenado por dichos delitos, ser declarado en quiebra (no rehabilitados) y los que hayan recibido órdenes religiosas mayores (art. 256 del Código Orgánico de Tribunales).

⁶² Art. 5 pley.

⁶³ Art. 3.n. pley.

⁶⁴ Art. 3.i. y 3.m. pley.

⁶⁵ Énfasis añadido.

2.3. Personal de apoyo

Como se ha señalado, el proyecto faculta al INDH para “contratar al personal de apoyo del Comité”, pero no establece su número ni sus funciones⁶⁶. Tampoco indica cuál es el régimen jurídico con el que los trabajadores se vincularán con el Comité ni con el INDH.

El proyecto no le otorga personalidad jurídica al Comité ni le reconoce atribuciones en relación con el personal de apoyo de su trabajo, por lo que no puede ejercer como empleador. Por su parte, el hecho de que el proyecto señala expresamente que es el INDH el que contrata, permite inferir que el empleador de dicho personal es el Instituto. En consecuencia, el régimen laboral debería ser el del Código del Trabajo, por cuanto la Ley N° 20.405 establece que “[l]as personas que presten servicios en el Instituto se regirán por el Código del Trabajo”, sin perjuicio de las atribuciones del Consejo para regular ciertas materia⁶⁷.

En este caso, el régimen del Código del Trabajo opera sin excepciones. Esto significa que todas sus causales de terminación de la relación laboral, incluyendo las necesidades de la empresa (servicio), resultan aplicables. Esto parece difícilmente compatible con la directriz del SPT en orden a que los privilegios e inmunidades necesarios para el funcionamiento del MNPT deben extenderse también al personal de apoyo en función de la autonomía del MNPT frente al INDH.

A pesar que el propio Mensaje el Proyecto establece que el personal de apoyo tendrá “capacidad para actuar sin interferencia de las autoridades estatales, incluso las demás del propio INDH” y que reconoce que las Directrices del SPT exigen que el Mecanismo cuente con su propio personal, pareciera que el proyecto no logra hacer esto efectivo⁶⁸.

2.4. Dependencias propias

Las Directrices generales del SPT señalan que las funciones del MNPT “deben tener lugar en una dependencia o un departamento distintos” a los del organismo que lo aloja, en este caso, el INDH. De este modo, el estándar mínimo es que se cree una “departamento” o unidad de trabajo separada del resto del personal del INDH, a lo que se puede agregar, una localización física distinta para el personal.

El proyecto no dispone la separación física, pero si establece ciertas reglas que, en la práctica obligan a la creación de una unidad especial del personal del MPN. En particular, el inciso sexto del artículo 5 establece que aquellos no pueden desarrollar labores propias de las otras funciones del Instituto, y a la inversa, los trabajadores del INDH, “no podrán integrar el personal de apoyo del Comité de Prevención contra la Tortura ni ejercer sus funciones”.

⁶⁶ Art. 5 pley.

⁶⁷ La redacción taxativa de este artículo parece descartar la posibilidad de aplicar el Estatuto Administrativo, que permitiría la vinculación de personal a contrata.

⁶⁸ Mensaje, 2017:10.

2.5. Autonomía operativa

De acuerdo a las directrices del SPT, el MNPT debe contar con autonomía financiera y funcional, lo que se concreta en cuatro niveles de autonomía operativa (i) manejo de recursos; (ii) plan de trabajo; (iii) conclusiones, recomendaciones; y (iv) contacto directo y confidencial con el SPT.

El artículo 5° del proyecto establece la “autonomía funcional” como uno de los principios rectores del Comité. Ahora bien se trata de un mandato dirigido al Comité, y no al INDH, que es el organismo que naturalmente puede afectar su autonomía, dado que aquel se encuentra bajo su alero.

Administración de recursos

La cuestión de la administración de los recursos del MNPT no es abordada explícitamente en el proyecto. De hecho, éste no contempla atribuciones otorgadas al MNPT en tal sentido, por lo que es necesario reconstruir el modo en que esta cuestión se resuelve⁶⁹.

De acuerdo su artículo 5, las normas de funcionamiento del Mecanismo son propuestas por éste al INDH, que es la instancia que en definitiva las aprueba o rechaza. Además, el MNPT tiene la obligación de entregar un informe semestral al INDH sobre "gestión y funcionamiento", lo que podría implicar que el primero tiene la gestión de los recursos y el segundo vigila su adecuada ejecución⁷⁰. Ahora bien, como se ha señalado, no existe una obligación de asignar un presupuesto desagregado al MNPT.

Lo anterior parece indicar que el control que ejerce el MNPT sobre su propio presupuesto es, al menos, poco claro.

Plan de trabajo

Respecto del plan de trabajo, el artículo 3 establece las funciones y atribuciones del Comité. En particular, respecto de las visitas, señala explícitamente que podrá “[r]ealizar visitas periódicas preventivas no programadas y de monitoreo a los lugares de privación de libertad *que determine libremente*”⁷¹. Esto supone que es el Comité el que determina la programación de la tarea principal de su misión.

Las letras (l) y (m) se refieren a la facultad de realizar capacitaciones a entidades públicas y privadas y de celebrar convenios de colaboración y cooperación respectivamente. Ambas atribuciones se ejercen “a través” del INDH. Esta mediación parece ser una necesidad emanada del hecho que el MNPT no tiene personalidad jurídica propia. Ahora bien, esto podría implicar una restricción a su autonomía para establecer su plan de trabajo, en la medida en que no hay una norma explícita que obligue al INDH a realizar las capacitaciones solicitadas o celebrar los convenios propuestos. En otras palabras, no está claro si el INDH debe actuar como simple mandatario, o como superior jerárquico.

⁶⁹ Ni el artículo 3, sobre funciones y atribuciones del MNPT, ni el 5, sobre su integración (que contiene normas sobre su funcionamiento), se refieren a la cuestión.

⁷⁰ Art. 3.n. pley.

⁷¹ Art. 3.b pley; énfasis añadido.

Facultad de emitir conclusiones y recomendaciones

El proyecto contempla dos tipos de atribuciones en materia de conclusiones y recomendaciones. Respecto de las primeras, el Comité opera con plena autonomía. En cuanto a las segundas, actúa mediado por el INDH.

En el primer tipo está la facultad matricial de hacer “las recomendaciones pertinentes a las autoridades competentes del servicio responsable del lugar de privación de libertad”⁷². Además, está la facultad de responder a los órganos del Estado que lo requieren en ámbito de su *expertise* y la de elaborar su informe anual público con recomendaciones específicas para la prevención y erradicación de la tortura⁷³.

En este último punto, cabe recordar que de acuerdo al propio Protocolo, estos informes deben ser difundidos por el Estado, lo cual podría incorporarse en el proyecto como obligación del MNPT.

Estas atribuciones están complementadas por el deber de las autoridades competentes de considerar las atribuciones e informes elaborados por el Comité, y de entablar un diálogo para su implementación, lo cual está en línea con el estándar internacional⁷⁴.

En el segundo grupo de atribuciones está la facultad de proponer modificaciones legales o reglamentarias a las normas relativas a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes al Consejo del INDH, para que éste las someta a consideración del Presidente o Presidenta de la República, a través del Ministerio de Justicia y DD.HH. Esta mediación del INDH puede explicarse porque este último tiene el deber legal de promover el ajuste de la legislación a los estándares internacionales⁷⁵.

Ahora bien, como se ha señalado, el artículo 14 del Protocolo establece que los MNPT deben tener la atribución de hacer “propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia”, por lo que la mediación del INDH podría ser incompatible con el estándar de autonomía exigido por el SPT.

Contacto directo y confidencial con el SPT

El artículo 3 del proyecto señala:

El Comité ejercerá las siguientes funciones y atribuciones: [...] h) *Mantener contacto y colaborar* el Subcomité para la Prevención de la Tortura, y con los Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura que establezcan los Estados Parte del Protocolo Facultativo⁷⁶.

⁷² Art. 3.g. pley.

⁷³ Arts. 3.j. y 3.k. pley.

⁷⁴ Art. 13 pley.

⁷⁵ Art. 3.4 Ley N.º 20.405.

⁷⁶ Énfasis añadido.

La disposición se refiere al contacto directo y a la colaboración con el SPT, sin la mediación del INDH, pero omite la referencia a la confidencialidad de las comunicaciones, que puede ser necesaria conforme al artículo 11 del Protocolo⁷⁷.

3. Definiciones conceptuales

El artículo 2 del proyecto ofrece definiciones para los conceptos de (i) tortura; (ii) trato o pena cruel, inhumano o degradante; (iii) privación de libertad; y (iv) lugar de privación de libertad. Estas son relevantes, pues definen los contornos del mandato y actividad del MNPT. En palabras del Ejecutivo, “servirán como elementos orientadores para el cumplimiento del objetivo de prevención de la tortura que llevará adelante el Instituto a través de su Comité de expertos y expertas”⁷⁸.

3.1. Tortura: la cuestión del agente

El proyecto define la tortura reproduciendo parte del tipo recientemente incorporado al [Código Penal](#)⁷⁹. A su vez, éste sigue de cerca la definición provista por la Convención contra la Tortura, con ciertas modificaciones. Algunas de éstas son menores, como la inclusión de los sufrimientos sexuales como forma de apremio y la incorporación de una lista abierta de formas de discriminación que motivan el acto sancionado.

Por su parte, la definición del proyecto omite la exclusión de los efectos inherentes de las penas y actos legítimos de autoridad incluidos en la Convención y agrega, junto al Código Penal, los métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o disminuir su voluntad o capacidad de discernimiento. Adicionalmente, la propuesta excluye la participación de un agente del Estado.

Esta última cuestión, dada su relevancia, se examina a continuación en detalle.

La Convención exige la participación de una persona en ejercicio de funciones públicas, sea directamente o mediante terceros que actúan a instigación suya, o con su consentimiento expreso o tácito. El Código Penal hace lo mismo, aunque en un inciso distinto a aquel donde describe la conducta castigada, que es el inciso replicado por el proyecto. Por esto, la propuesta no establece requisito para el agente, a pesar de reproducir el tipo del Código Penal.

Al respecto cabe consignar dos cosas. Primero, que el Protocolo se inscribe en la misma lógica de la Convención, en el sentido de restringir el foco de su aplicación a la tortura entendida como una conducta desplegada desde el o al amparo del Estado. Primero, porque se apoya en la definición de tortura de la Convención; y segundo, porque acota la competencia de los mecanismos de prevención a las personas privadas de libertad “por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito”, aun cuando admite que el lugar de detención puede ser una institución privada⁸⁰.

⁷⁷ "Artículo 11. El mandato del Subcomité para la Prevención será el siguiente: [...] b) Por lo que respecta a los mecanismos nacionales de prevención: [...] ii) Mantener contacto directo, *de ser necesario confidencial*, con los mecanismos nacionales de prevención y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a aumentar su capacidad.". Énfasis añadido.

⁷⁸ Mensaje, 2017:8.

⁷⁹ Art. 150 A CP.

⁸⁰ Art. 4 PF.

Lo segundo es que, aunque el Mensaje no explica los alcances de esta opción por eliminar la calidad especial del agente, ésta podría estar amparada en la propia Convención contra la Tortura, la que señala que su definición de tortura “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”⁸¹.

Esta opción del legislador podría tener como consecuencia la ampliación del mandato del MNPT para conocer situaciones estrictamente privadas, sin mediación estatal, como por ejemplo, los hogares de ancianos, o en general, en los entornos de atención de salud. Esto estaría conteste con las recientes tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, en orden a concebir la tortura fuera del contexto tradicional del interrogatorio, castigo o intimidación de detenidos⁸².

Si esto es así, esto debería tener un correlato en el presupuesto otorgado al organismo, toda vez que debe organizar su trabajo para alcanzar a visitar todos los lugares de detención en un tiempo razonable y en forma periódica.

A continuación se verificará si esta ampliación del mandato del MNPT es concordante con el resto las definiciones del proyecto.

3.2. Trato o pena cruel, inhumana o degradante

La Convención contra la tortura define este concepto en términos negativos, señalando que es aquel acto “que no llegue a ser tortura” (art. 16.1)⁸³. El proyecto agrega una elemento positivo, entendiéndolo como aquel acto que, sin ser tortura, “vulnere el derecho a la integridad o la dignidad de las personas privadas de libertad”, enfatizando así los bienes jurídicos protegidos (art. 2b).

3.3. Privación de libertad

Como se señaló arriba, los elementos de la privación de libertad del Protocolo son (i) retención de una persona en un establecimiento público o privado; (ii) por orden de autoridad pública; y (iii) que la persona no pueda salir libremente del lugar⁸⁴.

En el proyecto, el 2 la define como:

c) Privación de libertad: cualquier forma de arresto, detención, prisión preventiva, cumplimiento de penas privativas de libertad, custodia o cualquier otra medida que *impida el libre desplazamiento físico de una persona, ya sea por orden de una autoridad pública o con su consentimiento expreso o tácito, en una institución pública o privada*⁸⁵.

⁸¹ Art. 1.2 CCT.

⁸² CDH, 2013

⁸³ El legislador nacional ha entendido la noción de “tratos [...] que no lleguen a ser tortura” de la CCT como aquellos que no la alcancen en intensidad. Esto se desprende del artículo 150 D del CP, que tipifica los apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. El Código exige también aquí la participación de un agente estatal. En cambio, en el derecho internacional, el Relator Especial contra la Tortura ha entendido que pueden calificarse como actos crueles, inhumanos y degradantes en el sentido del artículo 16 de la Convención, aquellos que no cumplan con alguno de los cuatro elementos de la definición (dolores graves, intención, propósito y participación del Estado) (AGNU, 2008; CDH, 2013)

⁸⁴ Art. 4.2. PF.

⁸⁵ Énfasis añadido.

Como puede apreciarse, la disposición propuesta prescinde del tercer elemento del Protocolo, esto es, la involuntariedad el encierro. Esto podría ser consistente con la idea de ampliar el ámbito de la competencia del Comité a situaciones que se pueden producir, por ejemplo, en los entornos de atención de salud. Sin embargo, al requerir una orden de la autoridad, o su consentimiento o aquiescencia de la autoridad, se excluiría buena parte de los casos en que podría pretenderse ampliar el alcance del mandato.

3.4. Lugar de privación de libertad

El alcance de esta definición es fundamental, porque establece el límite de la principal competencia del MNPT, esto es, las visitas a lugares de privación de libertad.

El Protocolo Facultativo define el concepto de “lugar de detención” con base en tres elementos.

El primero, es que debe tratarse de un lugar sometido a la jurisdicción y control del Estado. Esto incluye instituciones privadas, lo que se confirma con la definición de privación de libertad, que las contempla explícitamente. El segundo elemento, es que debe tratarse de un lugar donde hayan (o puedan haber) personas privadas de libertad. Finalmente, dicha privación de libertad debe ser producto de la “orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito”⁸⁶.

Por su parte, el proyecto define el “lugar de privación de libertad” como:

[T]odo inmueble o mueble, incluidos los medios de transporte, administrado o dirigido por el Estado *o por particulares, ya sea por orden de una autoridad pública o con su consentimiento expreso o tácito*, en que se encuentren o pudieren encontrarse personas privadas de libertad como resultado de una orden de arresto, detención, prisión preventiva, cumplimiento de penas privativas de libertad, custodia o *cualquier otra medida que impida su libre desplazamiento físico*.

La definición propuesta en el proyecto contiene todos los elementos establecidos en el Protocolo. Sin embargo, los relaciona de un modo distinto. En particular la participación (directa o indirecta) de la autoridad pública parece vincularse con la administración del lugar de detenciones y no con la orden de privación de libertad de una persona. Además, la propuesta contempla la posibilidad de que dicha privación no emane de una orden, sino que de “*cualquier otra medida que impida su libre desplazamiento físico*”

Estas diferencias en la definición podrían tener consecuencias que no están del todo claras.

Por un lado, la definición establece explícitamente que el encierro pueda ser producto de medidas que no constituyan una orden emanada de la autoridad. Lo central sería que dicha medida impida el libre desplazamiento de la persona. En consecuencia, el MPN tendría competencia para visitar no solo centros de reclusión, sino también hospitales, hogares de ancianos, etcétera. Ahora bien, dicha competencia quedaría limitada por el modo de administración del establecimiento. Éste debe ser

⁸⁶ Art. 4.1.

estatal, o particular “por orden de una autoridad pública o con su consentimiento expreso o tácito”, lo que podría interpretarse como establecimiento privado autorizado (expresa o tácitamente) por el Estado.

En síntesis, las definiciones conceptuales ofrecidas en el proyecto, tienden a ampliar el ámbito de competencia del MPN, aunque con algunas inconsistencias. Por una parte, la definición de tortura no exige la mediación de un agente del Estado, lo que parece concordar con la tendencia internacional ha entender la tortura fuera de los contextos tradicionales de detención e interrogatorios. Sin embargo, la definición de privación de libertad, vuelve a requerir la participación, directa o indirecta de un agente público. La definición cardinal del proyecto, esto es, la de lugar de privación de libertad, limita la exigencia de participación estatal a la administración del recinto, estableciendo un parámetro no contemplado en el estándar internacional.

4. Articulación con la sociedad civil

El SPT recomienda una participación social representativa, tanto en la creación como en el nombramiento de los miembros del mecanismo.

Respecto de lo primero, el Mensaje no alude al proceso de elaboración del anteproyecto, por lo que no se tiene información sobre la participación de la sociedad civil en el mismo.

En cuanto al nombramiento y selección de los miembros del Comité, el proyecto descansa en el carácter pluralista del Consejo del INDH, que incluye a representantes elegidos por las organizaciones de defensa de derechos humanos. Es esta instancia la que elige por mayoría simple a los expertos y expertas que integrarán el Mecanismo.

Por su parte, el proyecto autoriza al Consejo Consultivo Nacional del INDH (CCN) a participar en la confección del perfil profesional de los candidatos⁸⁷.

Asimismo, el proyecto establece expresamente que la selección del personal debe considerar “el equilibrio de género, enfoque multidisciplinario y la adecuada representación de los grupos minoritarios” (art. 5°). Cabe tener presente en este punto, que el PF agrega además la representación de los “grupos étnicos”. Si bien estos pueden entenderse comprendidos entre los grupos minoritarios, los principales grupos étnicos del país son los pueblos indígenas, los que tienen un estatus internacional distinto al de las minorías⁸⁸. Por ello, podría ser objeto de evaluación legislativa mencionar a los pueblos indígenas como uno de los grupos desaventajados cuya representación debe ser considerada a la hora de nombrar a los expertos y expertas.

⁸⁷ Conforme al artículo 11 de la Ley N.º 20.405, el CCN es un órgano asesor del Consejo Nacional, en el que están representados “los organismos sociales y académicos dedicados a la promoción y defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

⁸⁸ Consejo de Derechos Humanos, 2010

Bibliografía

- Almendras, H. (2017). INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS RECAÍDO EN EL PROYECTO QUE DESIGNA AL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS COMO EL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. BOLETÍN N° 11.245-17. Disponible en: <http://bcn.cl/265fc> (julio, 2018).
- APT. (2013). Membership of National Preventive Mechanism: Standards and experiences. Disponible en: <http://bcn.cl/21kir> (julio , 2018).
- AGNU. (2008). La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Nota del Secretario General. Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/63/175. Disponible en: <http://bcn.cl/260rz> (agosto, 2017).
- BCN. (2015). Instituciones nacionales de derechos humanos y actores no estatales: derecho internacional y legislación extranjera. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/21hze> (julio, 2018).
- (2016). Tipificación del delito de torturas: derecho internacional y legislación extranjera. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/21hlu> (julio, 2018).
- (2017). La propuesta de Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura a la luz del estándar internacional. Elaborado por Matías Meza-Lopehandía G. Disponible en: <http://bcn.cl/25yue> (julio, 2018).
- Consejo de Derechos Humanos. (2010). Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías. Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas. E/CN.4/Sub.2/2000/10. Disponible: <http://bcn.cl/21ozg> (agosto, 2017).
- DIPRES. (2018). Ley de presupuestos del sector público año 2018. Disponible: <http://bcn.cl/24vvm> (julio, 2018)
- Mensaje (2017). Mensaje de la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Disponible en: <http://bcn.cl/21kxk> (julio , 2018).

- NN.UU. (2010). Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. CAT /OP/12/5. Disponible en: <http://bcn.cl/21i68> (julio, 2018).
- (2013). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. A /HRC/22/53. Disponible en: <http://bcn.cl/21opt> (agosto, 2017).
- SPT. (2017). Visita a Chile del 4 al 13 de abril de 2016: observaciones y recomendaciones dirigidas al Estado parte. Informe del Subcomité, CAT/OP/CHL/1. Disponible en: <http://bcn.cl/25yvm> (julio, 2018).
- Valásquez, P. (2018). Boletín N° BOLETÍN N° 11245-17. INFORME DE LA COMISIÓN DE HACIENDA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE DESIGNA AL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS COMO EL MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Disponible en: <http://bcn.cl/2654y> (julio, 2018).

Disclaimer

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)