INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2009

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2009

ISBN 978-956-314-082-8

Director y editor general
Jorge Contesse Singh
www.derechoshumanos.udp.cl

Editora
Andrea Palet

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2009

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Presentación 09

Verdad y justicia: las violaciones a los derechos humanos durante el régimen militar 19

Protesta social y derechos humanos 45

Sistema penitenciario y derechos humanos 85

Justicia militar y derechos humanos 117

Libertad de expresión y transparencia 143

Violencia contra las mujeres y derechos humanos 171

Derechos de los pueblos indígenas 215

Derechos de los migrantes y refugiados 241

Diversidad sexual y derechos humanos 283

Derechos del niño 315

Derecho al trabajo de personas con discapacidad 351

Medio ambiente y derechos humanos 385

Derechos fundamentales del trabajador en la empresa 419

Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos 451

PRESENTACIÓN

Una vez más, el Centro de Derechos Humanos pone a disposición de la comunidad nacional e internacional su *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. Como en años anteriores, el *Informe*[1] pasa revista a los sucesos más significativos desde el punto de vista de la protección y el goce de los derechos de las personas ocurridos en el país desde el segundo semestre de 2008 hasta mediados de 2009. Si bien es posible destacar avances en áreas específicas, el panorama general muestra que aún queda mucho camino por recorrer para hacer realidad las promesas de igual dignidad y libertad contenidas en los tratados que Chile ha suscrito y que la propia Constitución recoge.

En los últimos años, Chile ha ido buscando, y en buena parte ha logrado, una posición como referente internacional en materia de derechos humanos. Tras la instalación, en 2006, del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que vino a reemplazar a la deslegitimada Comisión de Derechos Humanos, Chile se convirtió en uno de sus 47 miembros y, más aun, accedió a la vicepresidencia. La transición a la democracia después de la dictadura militar, sumada a la potente historia personal de la Presidenta, quien vivió en carne propia el terror de Estado, pavimentaron el camino para que Chile saliera de su posición tradicional de observador para aspirar a convertirse en un Estado con una voz de peso en la arena internacional, como no ocurría quizá desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a fines de la década de 1940.[2] Los líderes del movimiento de los derechos humanos en el mundo toman nota de ello e interpelan al país para que así sea, para que adopte una actitud activa en favor de esta

1 En las notas al pie de este volumen, cuando se hable simplemente de *Informe*, con sus correspondientes años, se entenderá siempre que se alude al respectivo *Informe anual sobre derechos humanos en Chile,* editado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

2 Entonces, la delegación chilena, con otras de América Latina, promovió con fuerza la inclusión de cartas de derechos en instrumentos que inicialmente solo tenían por objeto servir de declaraciones sobre seguridad y mantenimiento de la paz mundial.

causa, en especial tras el deterioro moral de quienes durante décadas pregonaron su mejor derecho para prescribir el curso de la historia y de la protección de los derechos fundamentales.[3] Esta actitud puede verse en los foros internacionales a los que Chile asiste, donde hemos pasado de ser apuntados con el dedo, por la ausencia de garantías mínimas de democracia, a ser saludados por nuestros pares como un Estado que proclama la igualdad de trato para todos quienes habitan su territorio.

Esta historia, sin embargo, contrasta con lo que acontece día a día en el país. Hoy en Chile las violaciones a los derechos humanos no son, como muchos quieren creer, parte del pasado, sino que se extienden más allá de la ausencia de una política sistemática de desapariciones forzadas y persecución política. El derecho a participar en la adopción de las decisiones que nos afectan a todos; a manifestarnos cuando nuestras voces no son debidamente atendidas; a no ser objeto de discriminación por cualidades adscritas u otras, como la orientación sexual; a acceder a la información que es de interés público; a ser juzgados por tribunales imparciales y en el marco de un debido proceso sin aplicación de leyes especiales; a no ser objeto de apremios ilegítimos, tortura, muerte o abuso por parte de los funcionarios llamados a resguardar el orden público y las cárceles; a no renunciar a estas garantías básicas en el marco de una relación laboral; a no ser objeto de violencia dentro de la familia; el derecho de los niños a llevar la vida que les corresponde, sin tener que trabajar; el de conocer la verdad y obtener reparación por las peores violaciones cometidas en nuestro país, o el de tener los mismos derechos con independencia del lugar donde se ha nacido, son los derechos que miles de personas en nuestro país ven vulnerados. De ello da cuenta la presente versión del *Informe*.

El *Informe* arranca con una revisión de los juicios y hechos relevantes del período en materia de verdad y justicia, a cargo de la profesora e investigadora del Centro de Derechos Humanos Mayra Feddersen. Se aprecia, como lo ha advertido la comunidad internacional, que la impunidad sigue existiendo. Si bien se evidencian avances en juicios, existe la tendencia jurisprudencial a limitar las condenas en base a consideraciones que están en tensión con los compromisos internacionales del Estado. El decreto-ley de amnistía sigue sin ser derogado, las acciones civiles que buscan reparar los daños y tormentos se declaran prescritas, y las autoridades de Gobierno no parecen ver inconvenientes en nombrar en altos cargos a personas que tuvieron fuertes vínculos con la dictadura militar. Aún se espera que líderes políticos revisen sus actuaciones a la luz de los antecedentes que hoy conoce la sociedad chilena.

3 Ver, en este volumen, el capítulo sobre Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos, donde se cita a Irene Kahn, secretaria general de Amnistía Internacional, aludiendo a Chile, Brasil y México como posibles líderes en la defensa mundial de los derechos humanos.

A continuación, el *Informe* expone una esfera de situaciones donde la falta de respeto a los derechos humanos es especialmente problemática, la protesta social. En primer lugar, profundizando el estudio de 2008, se da cuenta de los hechos de protesta social desde la óptica de los derechos humanos y se muestra la intolerancia e incomprensión que las autoridades exhiben acerca del derecho que tienen las personas a manifestar su desacuerdo con políticas públicas que se adoptan, con énfasis en la respuesta criminal que suele animar al Gobierno. El capítulo, elaborado por el profesor e investigador del Centro de Derechos Humanos Domingo Lovera, devela actitudes que ponen en cuestión las credenciales democráticas de altas autoridades del país.

Una de las áreas más oscuras y por lo mismo más propensas a la violación de derechos humanos es el sistema penitenciario. Desde hace años el *Informe* viene advirtiendo acerca de los actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, falta de condiciones dignas para internos y gendarmes, corrupción y mala gestión, entre otros, que se dan en las cárceles chilenas. Durante el período cubierto por este *Informe*, por primera vez Gendarmería ha reconocido que la tortura en las cárceles existe, lo que confirma las críticas de la sociedad civil y otorga nueva fuerza a las recomendaciones que aquí se formulan. Asimismo se demuestra el "mito" de la puerta giratoria: junto con Panamá, Chile es el país de América Latina con el mayor número de presos por cien mil habitantes, cifra que no guarda relación con la realidad de uno de los países más seguros de la región. Ello fuerza al país a una situación que en el mediano plazo será insostenible. La construcción de más cárceles, se constata, no es la mejor solución para este fenómeno. Por último, el capítulo preparado por el investigador del Centro de Derechos Humanos Álvaro Castro revisa informes oficiales críticos de la situación penitenciaria que el Gobierno, sin embargo, parece no querer considerar.

La justicia militar sigue siendo una de las deudas del Estado. Han pasado más de cinco años desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligara a Chile a modificar su sistema penal militar "dentro de un plazo razonable". Se trata de una jurisdicción especial, que solo debiera enjuiciar a militares, pero que en nuestro país alcanza con facilidad a civiles, quienes quedan bajo su manto sin las garantías mínimas de un debido proceso. La justicia militar, además, se ha mostrado incapaz de investigar y sancionar debidamente los actos de violencia y abuso cometidos por efectivos de fuerzas armadas y de seguridad. Con el aumento de los actos de protesta social se han incrementado también los hechos de violencia que involucran a Carabineros, y con ello la jurisdicción de la justicia militar, que, como decimos, suele cubrir estos actos con un manto de impunidad que resulta inaceptable en una democracia. Además, muchas autoridades relevantes mantienen la visión de que

la justicia militar debe servir de apoyo a Carabineros en su lucha contra la delincuencia, y que la sentencia de la Corte IDH es más una recomendación que un mandato internacional. Las modificaciones anunciadas por el Gobierno, si bien se dirigen en la vía correcta, son solo el inicio de un proceso que debió comenzar hace demasiado tiempo. El capítulo estuvo a cargo de Claudio Fuentes Maureira, asistente de investigación del Programa de Justicia Criminal, bajo la supervisión del profesor de derecho penal de la UDP Jorge Mera.

Uno de los temas que muestra avances importantes durante el período es el referido a información pública y transparencia, tratados en el capítulo sobre libertad de expresión. Si bien Chile ya contaba con una ley sobre la materia desde 1999, regulaciones administrativas del gobierno de Ricardo Lagos habían cercenado su potencial de control social, tornando la regla general –el acceso a la información y la transparencia– en la excepción. Hoy, tras la adopción de un nuevo estatuto en 2009, se cuenta con un órgano especialmente dedicado a esta labor, el Consejo para la Transparencia, el que se espera dote de contenido y abra una línea jurisprudencial que permita efectivamente a los ciudadanos acceder a la información en poder del Estado sin las cortapisas descritas. La investigación de Juan Pablo González, ex pasante de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA y asistente del decano de la Facultad de Derecho de la UDP, muestra algunos problemas en la implementación de la ley y en la propia labor del Consejo –como su rechazo inicial, amparado en un tecnicismo jurídico, a someter una declaración de patrimonio–, lo que sugiere que el cambio cultural que esta nueva ley promueve será más lento de lo que se estima. Asimismo, se detectan problemas graves de capacitación de los funcionarios a cargo de aplicar la ley, y algunas interpretaciones jurídicas que limitan el derecho de acceso a la información más allá de lo razonable. Aún es temprano, en todo caso, para emitir juicios definitivos, por lo cual el capítulo se centra en los aspectos básicos de implementación antes que en los argumentos de fondo que el Consejo comienza a elaborar.

En seguida el *Informe*, como es ya habitual, se adentra en el análisis de la situación de grupos desaventajados o especialmente discriminados. La revisión arranca con un estudio inédito, elaborado por la investigadora afiliada al Centro de Derechos Humanos Lidia Casas, sobre violencia contra la mujer desde la óptica de los derechos humanos. Se trata de una mirada hasta ahora ausente del debate público, el que en general suele escandalizarse ante los titulares que informan sobre muertes de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, sin que haya un examen detenido de las posibilidades de prevención, investigación y castigo de esos hechos. El capítulo explora los estándares internacionales en la materia, en particular la "debida diligencia" que se le exige al Estado

al actuar en este campo. Se trata de un ámbito delicado, que pone en entredicho el paradigma de los derechos humanos como facultades de inmunidad que se hacen valer en la esfera pública, para hacer que el Estado irrumpa en lo más íntimo de las personas, como es su hogar. Las cifras de violencia contra la mujer en Chile son alarmantes, pero más preocupante aun es la falta de coordinación que se observa en las respuestas judiciales y de política pública para abordar esta cuestión. Esperamos que las conclusiones y recomendaciones que aquí se ofrecen ayuden a los operadores y actores públicos a evaluar con mayor cuidado algunas de las variables que hacen de la violencia de género un problema mayor en Chile hoy.

A continuación, el *Informe* da cuenta de la situación de los derechos de los pueblos indígenas, acaso una de las áreas en que el desempeño de Chile en materia de derechos humanos es más vergonzoso. Por años se han acumulado los llamados de atención y las recomendaciones de organizaciones locales e internacionales, que ven con extrema preocupación cómo el modelo de desarrollo que Chile abrazó junto con el retorno a la democracia ha significado la postergación de los derechos de los pueblos originarios. El capítulo, preparado por Mayra Feddersen y quien suscribe, analiza la visita, en abril de 2009, del Relator de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, y las recomendaciones que éste hiciera al Gobierno, específicamente en materia de consulta previa. En conexión con este tema, se revisa la precaria preparación del Estado para la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, uno de los instrumentos internacionales de mayor importancia para los derechos de los pueblos indígenas, vigente en Chile desde septiembre de 2009. Se analiza, además, el proyecto de reforma constitucional que daría reconocimiento a los pueblos indígenas y se advierte que, tal como fue aprobado en general por el Senado, no satisface los estándares internacionales. Por último, nuevamente se abordan los hechos de violencia en la Araucanía, los que por segundo año consecutivo han incluido la muerte de un comunero mapuche por parte de funcionarios de Carabineros. Ello se suma a los allanamientos con violencia excesiva y denuncias de malos tratos, apremios ilegítimos y aun tortura, todo lo cual sitúa al Estado en una delicada situación de cara a la comunidad internacional de derechos humanos y a la sociedad chilena.

El análisis continúa con un estudio acabado sobre los derechos de los migrantes y refugiados, grupos que en los últimos años han aumentado significativamente su presencia en Chile. Se pone énfasis en la situación de tres derechos: el derecho a la nacionalidad (identidad), el derecho a no ser discriminado y los derechos laborales. Así, se aborda la situación de los hijos nacidos en Chile de extranjeros en situación irregular, niños a quienes se les niega la nacionalidad chilena, en abierta vulneración de

los derechos que tanto la Constitución como los pactos internacionales aseguran a todas las personas, sin importar el lugar donde nacen. Se describen también situaciones de discriminación a personas migrantes, y las dificultades que afrontan quienes buscan refugio para integrarse a la sociedad chilena; para ello se recogen testimonios de personas que han debido soportar el abuso de empleadores y la falta de diligencia de funcionarios estatales, en el contexto de una sociedad que debe acoger de manera creciente a personas de otras latitudes. El capítulo fue preparado por la profesora de derecho de la UDP Helena Olea.

En seguida el *Informe* da cuenta de los derechos de las personas de orientación sexual diversa. Aquí, a pesar de la mayor apertura que políticos y líderes de opinión parecen mostrar, se mantiene la discriminación y el acoso por parte de funcionarios policiales y aun de jueces a cargo de impartir justicia. El capítulo, elaborado por la investigadora visitante Penny Miles –quien escribe su tesis de doctorado en el Reino Unido sobre el tema–, describe tendencias jurisprudenciales no uniformes que perjudican a las personas de orientación sexual diversa, y nos introduce a una realidad, la de la población intersexual, que es invisible no solo a los ojos de la sociedad en general sino incluso al interior de las comunidades de minorías sexuales. Por otra parte, se repasa el avance en el caso de la jueza Karen Atala, quien ha impulsado una batalla legal contra el Estado que marca un precedente en el sistema interamericano de derechos humanos, y en el cual se espera una decisión de fondo de la Comisión para que el caso llegue a la Corte Interamericana. Con ello, el Estado arriesga una quinta condena internacional en menos de diez años.

Los derechos del niño son nuevamente objeto de estudio del *Informe*. Este año, además del seguimiento de las conclusiones del *Informe 2008*, tristemente confirmadas por la muerte de un niño por violencia familiar, se pone atención a la alarmante situación del trabajo infantil, que no se condice con la aspiración de Chile de convertirse en un país desarrollado, preocupado por la infancia y adolescencia. El capítulo pasa revista también a los casos de abusos policiales y violencia en contra de niños y adolescentes, entre los que destaca la desaparición de un niño en Puerto Montt hace cuatro años, tras ser detenido por Carabineros. Finalmente, el capítulo –obra de los profesionales de la Corporación Opción Julio Cortés y Francisca González, y del profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la UDP Jaime Couso– llama la atención sobre una nueva forma de exclusión basada en el desempeño escolar, que supone violaciones inaceptables a los derechos de los niños.

Cierra la sección sobre grupos desaventajados el estudio sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad. La discapacidad ha sido materia del *Informe* durante años y, así como en 2008 se revisó el derecho a la educación, esta versión examina uno de sus corolarios, las

posibilidades de inclusión laboral de las personas con discapacidad. Se muestra la actitud indolente de autoridades responsables y situaciones de abuso por parte de funcionarios policiales que implican graves violaciones a los derechos básicos de estas personas. Si bien existe normativa para hacer frente a estos hechos, su escasa aplicación y la prácticamente nula fiscalización ayudan a generar un clima de invisibilidad y postergación que contradice los mandatos constitucionales y de tratados que Chile no solo suscribe, sino que además promueve. Llama la atención la falta de información actualizada en manos del Gobierno, lo que en parte explica la situación desmejorada en que se encuentran las personas con discapacidad en Chile. El capítulo estuvo a cargo de Tábata Santelices, asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos.

Durante los últimos años, la preocupación por el medio ambiente ha dejado de ser materia de unos pocos para situarse en el centro del debate público sobre la política de desarrollo que el país promueve. Chile exhibe deudas en la materia y por eso el *Informe* se ha hecho cargo del tema, en 2008 con un estudio sobre la justicia distributiva en materia ambiental, y en 2009 con una investigación complementaria sobre justicia participativa. En efecto, el capítulo de este año, al cuidado de Francisca del Fierro y Raimundo Pérez, investigadores del Programa de Derecho y Política Ambiental de la UDP, bajo la supervisión de su directora, Dominique Hervé, revela ausencia de mecanismos idóneos de participación ciudadana en los proyectos de desarrollo con implicaciones ambientales, y las consecuencias que ello acarrea desde el punto de vista de la conflictividad social. Se detallan cifras de estudios y declaraciones de impacto ambiental de los últimos años, donde hay, como se explica, una precaria o inexistente incidencia de voces ciudadanas interesadas. Se analiza además el proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental y se examinan casos emblemáticos como Pascua Lama, Celco-Mehuín, la planta de Metrogas en Peñalolén, la termoeléctrica Los Robles e HidroAysén, para mostrar la importancia de la justicia participativa. También el capítulo hace un seguimiento de los casos estudiados en la versión anterior del *Informe*.

Siguiendo con la incorporación de temas inéditos, el *Informe 2009* analiza la vigencia de los derechos fundamentales dentro de la empresa. Por ser uno de los sitios donde las personas pasan buena parte de su tiempo, el lugar de trabajo se erige como clave para detectar el goce o vulneración de los derechos que las personas tienen en tanto ciudadanos, ya no como trabajadores. Así, el estudio, elaborado por José Luis Ugarte, profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la UDP, examina los reglamentos internos y códigos de ética de muchas compañías que buscan imponer una cierta cultura o ciertos valores empresariales que están en tensión con los derechos constitucionales que se aseguran a todos y que no son renunciables por entrar en una relación

laboral. El estudio demuestra una regulación extrema e ilegítima de la vida privada y exigencias indebidas de lealtad a las empresas. Se trata de una realidad hasta ahora no estudiada y que abarca a un número considerable de chilenos y chilenas, quienes deben soportar la lesión a sus derechos más básicos para no perder el empleo. El capítulo realiza asimismo un seguimiento del estado del derecho a huelga en Chile, constatando que no ha habido progresos respecto de la compleja realidad descrita en el *Informe 2008*.

El *Informe* cierra su entrega 2009 con un capítulo que bien podría estar al inicio de la investigación: el papel de Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos. Como se explicó, Chile aspira a ocupar una posición de liderazgo en el concierto internacional de los derechos humanos. Este año, el país fue objeto de tres revisiones por parte de órganos de tratado –el Comité contra la Tortura, el Consejo de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial–, todos los cuales recibieron información oficial e informes alternativos de la sociedad civil sobre el nivel de respeto y vigencia de los derechos humanos en Chile. Luego los órganos formularon recomendaciones al Estado que será obligación de Chile seguir, cualquiera sea el gobierno de turno. Se detallan algunas de las recomendaciones más significativas y se revisa el proceso mediante el cual el Gobierno, no obstante sus declaradas intenciones, decidió omitir información crítica que era demandada por estos órganos internacionales. El capítulo fue preparado por Alberto Coddou, asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos, y quien suscribe.

La elaboración de todos y cada uno de los capítulos contó con el aporte valioso y comprometido del siguiente grupo de estudiantes de derecho de la UDP, quienes trabajaron como ayudantes de investigación: Álvaro Miranda, Pablo Sepúlveda, Andrea Muñoz, Daniela Fuentes, Alejandro Navarrete, Óscar Rojas, Marisol Aguilera, Astrid Francke, Sylvana Mariangel, Tomás Moreno, Gabriela Contreras, Paula Candia, Julián Ortiz, Rodrigo Rivera, Victoria Anacona, Julio Berdegué, Carolina Alegría, Dany Rayman, Javiera Díaz de Valdés, María José Mansilla y José Henríquez. Destaca asimismo el apoyo logístico de Margarita Rivas, tanto en este Informe como en todas las labores de investigación del centro.

De esta manera el Centro de Derechos Humanos cumple con su obligación de dar cuenta, ante la sociedad chilena y la comunidad internacional, de manera imparcial y siguiendo exhaustivamente los estándares internacionales, de la situación de los derechos humanos en el país durante el período. Por primera vez desde que comenzó a publicarse, en 2003, el *Informe* incorpora recomendaciones explícitas al final de cada capítulo, las que, esperamos, permitan hacer seguimiento y servir de orientación a quienes se interesen genuinamente por los temas aquí tratados.

La preparación y publicación de este *Informe* se realiza gracias al importante apoyo de The John Merck Fund, a quienes agradecemos el trabajo colaborativo durante estos años, y al aporte de la Universidad Diego Portales, institución donde la preocupación por el medio que nos toca vivir no es obstáculo sino complemento para el trabajo teórico y académico de quienes trabajamos en su Facultad de Derecho. No hay en este texto verdades reveladas sino tan solo un intento modesto por ofrecer vías de solución a los problemas que en materia de derechos humanos Chile, a pesar de sus innegables avances, sigue mostrando.

Jorge Contesse Singh
Director y editor general
Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009

VERDAD Y JUSTICIA: LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE EL RÉGIMEN MILITAR

SÍNTESIS

En los últimos diecinueve años Chile ha avanzado en materia de verdad, justicia y reparación. Así lo han reconocido tanto el Consejo de Naciones Unidas (en su Examen Universal de mayo de 2009) como el Comité contra la Tortura en su 42º período de sesiones (mayo de 2009) y la Corte Interamericana, en la sentencia de *Almonacid Arellano y otros* del año 2006. Sin embargo, los avances no han sido equivalentes en todos los ámbitos.

Los hechos de este año dan cuenta de un progreso en la recuperación de la memoria histórica, aunque persiste la negación del pasado, de las circunstancias y magnitud de los acontecimientos ocurridos entre 1973 y 1990. El revuelo por los falsos detenidos desaparecidos, el nombramiento del ministro Pfeiffer en la Corte Suprema y la nominación de Marcelo Venegas como presidente del Tribunal Constitucional son ejemplos de ello. Otro hecho que tiene graves implicancias en el derecho a saber de las víctimas y de la sociedad es la escasa atención a las víctimas de la tortura del régimen militar. El análisis del trabajo y de los resultados de las comisiones de verdad, junto con los procesos judiciales relativos a la tortura, evidencian una situación crítica en lo que respecta al acceso a la verdad de las víctimas y de la sociedad.

No hay transición sin justicia. Lo ha expresado constantemente en su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicando que "el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones".[1] La impunidad también se manifiesta en procesos de investigación largos e infructuosos, y en la falta de condenas reales para los autores de los crímenes contra la humanidad. En general los jueces supremos han considerado insensata la aplicación de penas altas por crímenes ocurridos largo tiempo atrás; con ello han

1 Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú,* sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 160.

justificado la reducción de las sanciones y la consiguiente aplicación de los beneficios alternativos a la pena, con lo cual la mayoría de los responsables ha podido beneficiarse de la libertad condicional. En efecto, y según cifras del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, de los 260 agentes condenados solo 51 cumplen pena efectiva.

En los juicios civiles la realidad no es muy distinta. Se ha asentado la tendencia a declarar prescrita la acción civil, aplicándose las reglas comunes del Código del ramo.

Todo lo anterior evidencia graves problemas de reparación frente a las violaciones del pasado.

Palabras clave: Memoria histórica, impunidad, amnistía, media prescripción, reparaciones.

INTRODUCCIÓN

Chile, en el primer informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en mayo de 2009, manifestó: "El Estado ha dado cumplimiento con su deber de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos cometidas durante el régimen militar. Esta preocupación ha sido sostenida en el tiempo. Verdad, justicia y reparación son los pilares sobre los cuales los Gobiernos democráticos han sustentado esta política".[2]

Pese a los avances que se han producido en la materia, esta declaración del Gobierno chileno contrasta con las recomendaciones de los países miembros del Consejo de Derechos Humanos, y con algunos sucesos ocurridos en 2008 y parte de 2009.[3]

La obligación del Estado chileno de respetar y garantizar los derechos es un deber genérico que se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[4] así como de otros tratados que Chile ha ratificado. La obligación de investigar, sancionar y reparar forma parte de una norma imperativa de derecho internacional y Chile, como miembro de la comunidad de naciones, está jurídicamente sujeto a su cumplimiento.

2 Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Quinto Período de Sesiones, Ginebra, 4 al 15 de mayo de 2009. Informe presentado de conformidad con el párrafo 15 A) anexo a la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, Chile, A/HRC/WR.6/CHL/1, 16 de febrero de 2009, párr. 19.

3 Informe del Grupo de Trabajo sobre Examen Periódico Universal, Chile, A/HRC/WR.6/CHL/L.9, 12 de mayo de 2009, II parte, párr. 96. Entre las recomendaciones que los países hicieron a Chile destaca la revisión de la ley de amnistía y acelerar los procesos de investigación y los juicios en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, para compensar y reparar a las víctimas y sus familias.

4 Cecilia Medina y Claudio Nash, *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección,* Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, pp. 19-26.

Este deber general se especifica en la justicia transicional a través de una serie de normas y de principios que forman el *corpus iuris* en esta materia. Al Convenio de Ginebra de 1949 y a sus protocolos adicionales de 1962 deben sumarse la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad de 1978, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1948, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, los 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 de 1999, y finalmente, el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (en adelante, "principios contra la impunidad") de 2005. Entre estos últimos se señala que la impunidad constituye "una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, de adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones".[5]

Tales son las obligaciones que se impone a los países, como Chile, que participan de la formación de voluntad internacional en materia de derechos humanos, y deben tenerse en consideración al observar lo que sucede en los hechos.

En 2008 y 2009, las tareas pendientes en materia de justicia y reparación en Chile son tres:

- **a.** recuperación de la memoria histórica, que incluye el derecho a conocer la verdad de lo acontecido, el deber de recordar y las garantías para la protección de esa memoria
- **b.** el derecho a la justicia
- **c.** el derecho a la reparación

Las situaciones que se describirán dan cuenta de que se ha avanzado en dar a conocer lo ocurrido durante 1973-1990; sin embargo, se mantiene una tendencia a no hacerse cargo de las consecuencias de la historia. Personas que estuvieron vinculadas al régimen militar siguen manteniendo cargos de poder o de representación popular. Por otra parte, existen avances legislativos importantes: después de diez años de la presentación del proyecto, se ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional y la tipificación del delito de genocidio. Sin perjuicio de ello, sigue vigente el decreto ley de amnistía. En cuanto a

5 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Distr. general, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

las obligaciones sobre justicia, si bien hay progreso en la condena de los responsables y en la reparación de víctimas, se sigue autorizando el cumplimiento de condenas en libertad, y las reparaciones no constituyen una restitución íntegra del daño causado. Por último, los avances son escasos en lo que respecta al crimen de tortura en particular, y dependen exclusivamente de que las víctimas tomen la iniciativa de presentar querellas para perseguir a los responsables.

En el apartado final de este capítulo se detallan las recomendaciones al Estado de Chile que este *Informe* propone en la materia.

1. RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA

La discusión en torno al proyecto de ley sobre el Instituto de Derechos Humanos, y especialmente la actitud ambivalente del Estado chileno al respecto, son indicios de que existen temas pendientes en relación con la reconstrucción de la verdad histórica. En agosto de 2008 el Ejecutivo retiró esta propuesta de la discusión parlamentaria, pero la reintrodujo con urgencia de "discusión inmediata" el 28 de julio de 2009, fecha en que solicitó la aprobación del informe de la comisión mixta en la Cámara de Diputados.[6] En efecto, tras el rechazo en el Senado del proyecto aprobado en la Cámara de Diputados, se conformó una comisión mixta destinada a solucionar la controversia entre ambas cámaras. El 29 de julio la Cámara Baja aprobó el nuevo texto, con el compromiso del Ejecutivo de presentar un veto aditivo que incorporase la facultad del Instituto de presentar querellas por crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y delitos investigados y sancionados en virtud de tratados internacionales.[7] Asimismo, en los artículos transitorios de este proyecto el Ejecutivo se comprometió a incorporar la posibilidad de reactivar la Comisión Valech por un plazo de seis meses adicionales, para incluir a las personas que hayan sufrido privación de libertad y/o torturas por razones políticas, o hayan sido víctimas de desaparición forzada o correspondan a ejecutados políticos, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. El 8 de septiembre el Senado aprobó el proyecto de la comisión mixta, quedando en condiciones de ser promulgado por la Presidenta de Chile.[8]

De acuerdo a los principios de protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, existe un derecho general a saber, el que involucra el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar, el derecho de las víctimas a saber, y las garantías

6 Proyecto de Ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, Boletín Legislativo 3878-17, iniciado por Mensaje Presidencial el 15 de junio de 2005.
7 Cámara de Diputados, "Hoy se vota el informe de la Comisión Mixta sobre el proyecto que crea el Instituto de Derechos Humanos", 28 de julio de 2008, www.camara.cl.
8 Senado, "Senado despachó a la Presidenta proyecto que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, 8 de septiembre de 2009, www.senado.cl.

para hacer efectivo este derecho.[9] En este mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU destacó "la importancia de que la comunidad internacional reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, así como sus familiares y la sociedad en su conjunto, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en la máxima medida de lo posible, en particular la identidad de los autores, las causas y los hechos, y las circunstancias en que se produjeron esas violaciones".[10] A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que es obligación del Estado abarcar más que la sola investigación del caso judicial, y que debe adoptar todas las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos.[11]

De este modo, se ha entendido que una de las formas de satisfacer el derecho a la verdad es el establecimiento de comisiones de investigación; la otra es el conocimiento público de los crímenes.[12]

1.1 Las comisiones de verdad

Los principios contra la impunidad han definido estas comisiones como aquellos "órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos (...) que se hayan cometido a lo largo de varios años".[13]

En Chile se han creado dos comisiones de este tipo. La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, también llamada Comisión Rettig, fue creada por iniciativa del entonces Presidente Patricio Aylwin con el propósito de establecer las violaciones a los derechos humanos con resultado de muerte y las desapariciones cometidas por agentes del Estado durante la dictadura militar.[14] Debía reunir antecedentes sobre las víctimas y su paradero, y formular recomendaciones concretas en cuanto a medidas de reparación. La Comisión se constituyó en 1990, estuvo integrada por ocho personas y sesionó durante nueve meses. Su trabajo determinó que los derechos humanos de 2.279 personas habían sido gravemente conculcados durante el período 1973-1990. De esas personas, 2.115 fueron consideradas víctimas de violación de los derechos humanos, y 164 de ellas víctimas de la violencia política.[15]

9 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Distr. general, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principios 2, 3, 4 y 5.
10 Consejo de Derechos Humanos ONU, Resolución 9/11, 24 de septiembre de 2008. A/63/53/Add.1.
11 Corte IDH, caso *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 437.
12 Comisión de Derechos Humanos ONU, Resolución 1993/34, 26 de abril de 1999.
13 Consejo de Derechos Humanos, Resolución 9/11, 24 de septiembre de 2008.
14 Ver Programa de Derechos Humanos, Ministerio del Interior, www.ddhh.gov.cl.
15 Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Decreto Supremo Nº 335 de 1990, tomo I, p. XV.

Pero la Comisión Rettig recogía apenas un segmento de las violaciones ocurridas en el período, por lo que, en razón de las demandas de los familiares de detenidos desaparecidos, en 2003 se estableció una segunda comisión de verdad, la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura (Comisión Valech), a la que se encomendó la determinación de las víctimas de privación de libertad por razones políticas y tortura por agentes de Estado. La Comisión, que tenía un año de plazo, reconoció como víctimas a 28.459 personas, cifra que incluye a 102 niños nacidos en prisión.[16]

Ambas comisiones constituyeron un gran avance en el reconocimiento de lo acontecido durante 1973-1990. Sin embargo, hubo casos que quedaron fuera de su calificación, lo que motivó que las agrupaciones de familiares de víctimas demanden la reapertura de estos procesos. Lorena Pizarro, presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desparecidos (AFDD), ha exigido que "se cree una Subsecretaría de Derechos Humanos que tenga dentro de sus funciones la recepción de denuncias para calificar a nuevas víctimas".[17] La senadora Soledad Alvear, a propósito de la discusión sobre el Instituto de Derechos Humanos, dijo que "hay mucha gente que no se atrevió en su oportunidad a entregar su experiencia a esta instancia, y nos parece de toda justicia que se abra una comisión para que reciba los testimonios, dado que el Estado está en la obligación de repararlos".[18]

Esta discusión tuvo su efecto y el Ejecutivo, para reactivar la aprobación del Instituto de Derechos Humanos, comprometió la reapertura por seis meses de la Comisión Valech. Esta nueva etapa de trabajo constituye una oportunidad para que Chile se alinee con los estándares vigentes en materia de comisiones de verdad. Será relevante entonces que un proceso de consulta a las víctimas y a los supervivientes[19] anteceda a la constitución de esta nueva comisión, que ésta dé garantías de independencia e imparcialidad, y sobre todo que sea representativa de todos los grupos afectados, en especial aquellos que se consideran especialmente vulnerables, como mujeres, niños e indígenas.[20]

Revisados los artículos transitorios que el Ejecutivo propuso a la aprobación del Senado, destaca la posibilidad de una nueva calificación para aquellas personas que, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, hubiesen sufrido privación de libertad y/o torturas por razones políticas, o hubieren sido víctimas de desaparición forzada o correspondieren a ejecutados políticos, cuando aparezca comprometida la responsabilidad del Esta-

16 Ver www.comisiontortura.cl
17 Emol, "AFDD acusa irresponsabilidad del Gobierno por insistir con Instituto de DD.HH.", 29 de diciembre de 2008.
18 *La Nación*, "Concertación pide al Gobierno acelerar agenda de DDHH", 14 de julio de 2008.
19 Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Distr. general, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, principio 6.
20 Id, principio 7.

do por actos de sus agentes o personas a su servicio, como asimismo los secuestros y atentados contra la vida de personas cometidos por particulares bajo pretextos políticos.[21]

En esta enumeración llama la atención que se deje fuera la calificación de las torturas efectuadas fuera del país, los casos de violencia sexual contra las mujeres y otras formas de represión, como la presión psicológica.[22] Esta situación contradice la recomendación del Comité contra la Tortura en el sentido de aclarar la definición de tortura, incluyendo en los formularios para las víctimas todas las formas de este crimen, incluida la agresión sexual.[23] Se exceptúa asimismo de calificación la situación de personas privadas de libertad en manifestaciones públicas, que fueron puestas a disposición de los tribunales de policía local o de algún tribunal del crimen por delitos comunes y luego condenadas por estos delitos.

Otro asunto que deberá ser revisado, a la luz de los estándares vigentes, es la composición de esta comisión, la que de acuerdo al texto de la propuesta "estará conformada por los mismos integrantes señalados en el Decreto Supremo Nº 1.040, del Ministerio del Interior, de 2003". La Comisión Valech estuvo compuesta por seis hombres y dos mujeres, sin representación especial de grupos vulnerables. El proyecto no indica el tiempo de dedicación que tendrán los miembros de la comisión; tampoco se regula específicamente su modo de funcionamiento, y únicamente se señala que "los integrantes de la Comisión tendrán derecho a percibir una dieta de cuatro unidades tributarias mensuales por cada sesión a la que asistan, con un máximo por cada mes calendario de cinco sesiones mensuales".

Además, el mandato de la comisión se establece por un plazo de seis meses para recabar antecedentes y otros seis meses para redactar el informe. La experiencia con las comisiones anteriores da cuenta de que este plazo resulta insuficiente, tanto por la complejidad de la tarea como por la distribución territorial de las víctimas, que puede requerir traslados y la contratación de personal idóneo para ese trabajo.

Por último, un principio fundamental que guarda relación con las garantías de no repetición es el deber de difundir lo más ampliamente posible el informe de las comisiones de verdad. Conforme con ello, cabe indicar que el Informe Rettig fue entregado a la justicia, pero no ocurrió lo mismo con el Informe Valech. Por el contrario, se estableció una

21 Cámara de Diputados, "Hoy se vota el informe de la Comisión Mixta sobre el proyecto que crea el Instituto de Derechos Humanos", veto aditivo del Ejecutivo, 28 de julio de 2008, www.camara.cl.
22 Informe de la sociedad civil de Chile al Comité contra la Tortura de Naciones Unidas con motivo del Quinto Informe Periódico del Estado de Chile relativo a la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. Ver también informe de la Comisión de la Tortura, tomo II, capítulo 2, p. 22.
23 Comité contra la Tortura, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 19 de la Convención", quinto informe periódico, Chile, 19 de enero de 2007. CAT/C/CHL/5, 21 de agosto de 2007.

reserva de cincuenta años sobre todo el material aportado por los sobrevivientes, el cual quedó bajo custodia del Ministerio del Interior. Así, la entrega de antecedentes a la justicia quedó en manos de las víctimas, que podían hacer uso o no de su facultad de querellarse. Esta situación se opone a la recomendación del Comité contra la Tortura, que encomendó al Estado de Chile "proporcionar datos estadísticos pormenorizados y desglosados por edad, sexo y lugar geográfico de las denuncias interpuestas por actos de tortura y malos tratos presuntamente cometidos por agentes de las fuerzas de orden, así como las investigaciones, el procesamiento y las condenas correspondientes".[24]

Estas consideraciones constituyen una clara advertencia, y a partir de ellas puede afirmarse que la propuesta del Ejecutivo no debería presentarse sin acatar los estándares actuales sobre la materia, que establecen una serie de requisitos para legitimar el trabajo de estas comisiones y permitir la reparación de las víctimas, que es el objetivo central para su creación.

1.2 Conocimiento público de las violaciones

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en una resolución de 2008 sobre derechos humanos y transición,

> hace hincapié en la importancia de aplicar a la justicia de transición un enfoque global que abarque toda la gama de medidas judiciales y no judiciales, como los enjuiciamientos individuales, las reparaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de los antecedentes de los empleados o funcionarios públicos, o bien una combinación apropiada de medidas, a fin de, entre otras cosas, garantizar la rendición de cuentas, hacer justicia, brindar vías de reparación a las víctimas, fomentar la recuperación de la normalidad y la reconciliación, establecer entidades independientes que supervisen los sistemas de seguridad, restablecer la confianza en las instituciones del Estado y promover el estado de derecho de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.[25]

En otras palabras, para alcanzar la reconciliación es menester que existan vías de reparación para las víctimas de estas violaciones y para la sociedad en general. Una de esas vías, dice el Consejo de Derechos Humanos, es el reconocimiento de la historia, que es parte del derecho a saber, en el marco de los principios contra la impunidad.

24 Comité contra la Tortura, quinto informe periódico, Chile, 19 de enero de 2007. CAT/C/CHL/5, 21 de agosto de 2007, párrafo 7 q).
25 Informe del Consejo de Derechos Humanos, noveno período de sesiones, Resolución 9/10, Derechos humanos y justicia de transición, 24 de septiembre de 2008. A/63/53/Add.1.

Tres acontecimientos de este año dan cuenta de que en Chile el derecho a saber no está suficientemente resguardado, como se verá a continuación.

1.2.1 Karla Rubilar y denuncia de falsos detenidos desaparecidos

El 27 de noviembre de 2008, la secretaria general de RN, Lily Pérez, y la entonces presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara Baja, Karla Rubilar, también de RN, denunciaron ocho falsos casos de detenidos desaparecidos en la nómina vigente. Sus dichos generaron inmediatas reacciones. Pese a la resistencia inicial, el Gobierno terminó por reconocer tres errores en la lista de desaparecidos.[26] Según la periodista Alejandra Matus, el Gobierno habría conocido la existencia de estos tres casos desde 2005, y habría decidido no divulgarlos.[27]

El episodio reveló una situación precaria en cuanto al grado de conocimiento que las autoridades y la sociedad tienen de lo que ocurrió entre 1973 y 1990; esta consideración se agrava pues la denuncia provino de una persona que tenía un cargo público, nada menos que la presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados.

Por lo demás, la discusión en torno a estos falsos casos de detenidos desaparecidos se enfocó en los beneficios impropiamente otorgados, más que en los defectos y consecuencias de la falta de información en el respeto de los derechos de las víctimas. Esto quedó demostrado en la citación que hiciera la Cámara de Diputados al ministro del Interior, Edmundo Pérez Yoma, a la asesora presidencial en derechos humanos, María Luisa Sepúlveda, y a la coordinadora nacional del Programa de Reconocimiento del Exonerado Político, Marta Joignant, para conocer con exactitud el número de casos y la situación en que éstos se encontrarían en relación con los beneficios asociados a su calidad de víctimas oficiales.[28] Marta Joignant declaró a la prensa que no existía ninguna persona a la que se hubiese otorgado un beneficio sin el consentimiento previo de la Contraloría General de la República, asegurando que era "imposible engañar al sistema".[29]

El episodio se dio por terminado al revelarse que una de las fuentes de la diputada Rubilar era Javier Gómez, abogado del ex director de la policía secreta de Pinochet, Manuel Contreras. Rubilar declaró que conocía a Gómez pero que no sabía que era el abogado de Contreras, ni que los datos que se entregaron formaban parte de un texto escrito por el propio

26 *La Nación*, "Gobierno confirma los tres nuevos errores de detenidos desaparecidos", 27 de diciembre de 2008. Se trata de Carlos Rojas Campos, Edgardo Palacios y Emperatriz Villagra.
27 Las autoridades estaban informadas de la situación en estos tres casos, y la decisión de no revelarlos a la justicia fue intencional y expresa en el gobierno de Ricardo Lagos y en el de Michelle Bachelet, según la periodista. The Clinic, 19 de febrero de 2009.
28 *El Mercurio*, "Comisión de DD.HH. cita a Ministro Pérez Yoma por errores en desaparecidos", 29 de diciembre de 2008.
29 *El Mercurio*, "Cámara pedirá a ministro Pérez Yoma aclarar eventuales casos de falsos exonerados políticos", 26 de noviembre de 2008.

Contreras.[30] Finalmente, el Comité de Ética de la Cámara de Diputados, en una decisión unánime, estableció que Rubilar no había actuado de mala fe, aunque precisó que hubo falta de prolijidad en su denuncia.[31]

1.2.2 Nombramiento de Alfredo Pfeiffer a la Corte Suprema

El 30 de julio de 2008, la Presidenta Michelle Bachelet propuso formalmente al Senado a Alfredo Pfeiffer, ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, como candidato a ocupar el cupo del ex presidente de la Corte Suprema, Enrique Tapia, quien recientemente había jubilado. En el ámbito de los procesos por violación a los derechos humanos, Pfeiffer se ha caracterizado por votar a favor de la aplicación de la amnistía.

El ministro de Justicia, Carlos Maldonado, dijo en la prensa que el Ejecutivo había propuesto "nombres de calidad (...) de comprobada trayectoria judicial de largos años, reconocidos por la calidad de su trabajo".[32]

Sin embargo, el oficio de la Presidenta logró veintitrés de los veinticinco votos que requería para su aprobación, y la propuesta se perdió por diez votos en contra, dos abstenciones y una inhabilitación.[33]

Al respecto, el senador entonces socialista Alejandro Navarro expresó que su sector esperaba un nombre que "tuviera una trayectoria limpia de todo cuestionamiento en materia de derechos humanos".[34] El senador Jaime Naranjo (PS) consideró la propuesta como "una burla para todos aquellos que por décadas han luchado por la verdad y la justicia",[35] y el senador Camilo Escalona (PS) sostuvo que "Pfeiffer representa el horror de la denegación de justicia. (...) hay tanto magistrado de derecha por el que podríamos votar. Si no es un problema de diversidad, sino de aceptar o no la monstruosidad, y no se puede".[36]

En sentido opuesto, y sin mención al pasado del juez, se manifestaron los senadores de la Alianza, quienes expresaron su malestar por el incumplimiento del acuerdo entre la Alianza y la Concertación que implicaba el rechazo al nombre de Pfeiffer. El senador Hernán Larraín (UDI) indicó en la prensa que "los integrantes de la Concertación se han convertido en personas no confiables que deshonran la política chilena", y agregó que lo ocurrido constituía "un engaño para la Alianza y por lo tanto para la democracia de los acuerdos, porque no han honrado su palabra empeñada, y esto es lo más grave que se le puede

30 Emol, "Rubilar reconoce que usó datos de abogado ligado a Manuel Contreras", 9 de enero de 2009.
31 Emol, "Fallo determina que Karla Rubilar no actuó de mala fe en caso de falsos DD.HH.", 17 de marzo de 2009.
32 *La Nación*, "Gobierno propone a juez Pfeiffer para Suprema", 29 de julio de 2008.
33 Senado, "Rechazaron nombramiento de ministro Alfredo Pfeiffer a la Corte Suprema", 30 de julio de 2008, www.senado.cl
34 *La Nación,* "Gobierno propone a juez Pfeiffer para Suprema", 29 de julio de 2008.
35 Id.
36 *La Nación,* "Senado rechazó nominación de Pfeiffer a la Suprema", 30 de julio de 2008.

decir a un político, porque nuestro capital es nuestra palabra".[37] Antes, durante la votación en sala, todos los senadores de la Alianza subrayaron la amplia trayectoria judicial del magistrado Pfeiffer, su "hoja de vida impecable", su trabajo teórico –del que destacaron la elaboración de una serie de textos de derecho procesal– y el ejercicio de diversos cargos de docencia.[38]

La nominación y las declaraciones citadas son evidencia de un discurso contradictorio, que condena los crímenes cometidos durante el régimen militar pero al mismo tiempo promueve a personas que han apoyado explícitamente las políticas seguidas durante esos años.

1.2.3 Designación de Marcelo Venegas como presidente del Tribunal Constitucional

El 6 de agosto de 2009, Marcelo Venegas Palacios fue elegido por sus pares en forma unánime como presidente del Tribunal Constitucional. El cargo es uno de los más importantes en el sistema político actual, por la autonomía con que cuentan los ministros de este tribunal y por el carácter de sus decisiones judiciales, pero también porque, al igual que los consejeros del Banco Central, los integrantes del TC no están sujetos a una acusación constitucional.[39]

Durante la dictadura, Venegas dirigió el Instituto de Desarrollo Indígena, la Dirección Nacional de Asuntos Indígenas y el Instituto de Desarrollo Agropecuario. También fue abogado en el Ministerio del Interior hasta 1986, fecha en que fue designado director de la División Nacional de Comunicación Social (DINACOS).

Durante el año en que se desempeñó en ese cargo se produjeron varios acontecimientos que tensionaron el régimen. El 11 de agosto de 1986 se supo de la internación de armas de Carrizal Bajo, organizada por el Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR) con apoyo de Cuba, y el domingo 7 de septiembre un comando del FPMR atentaría contra Augusto Pinochet en el Cajón del Maipo. Antes, el 8 de agosto de 1986 Venegas decidió imponer una dura censura a los medios de comunicación y agencias de noticias, argumentando que en esos momentos se llevaba a cabo un operativo que pondría en riesgo la seguridad nacional. Años después, en 2005, el nombre de Venegas apareció en el marco de la investigación del juez Hugo Dolmestch sobre los asesinatos de José Carrasco, Gastón Vidaurrázaga, Felipe Rivera y Abraham Muskablit, que la CNI cometió en represalia por el atentado contra el dictador.[40]

37 Senado, "Rechazaron nombramiento de ministro Alfredo Pfeiffer a la Corte Suprema".
38 Id.
39 Constitución Política de Chile, artículo 52, letra c.
40 Observatorio de Medios Fucatel, "Ex Dinacos presidirá el Tribunal Constitucional", 6 de agosto de 2009.

Ante esta designación, el senador Juan Pablo Letelier (PS) declaró que Venegas desempeñó "una función horrorosa, de ser cómplice y encubridor de crímenes horribles (...) De enfrentamientos falsos, de montajes, de asesinatos, de cuadros realmente trágicos". El ministro de Justicia, Carlos Maldonado, sostuvo que la designación "es una resolución autónoma de los miembros del Tribunal Constitucional. Ellos han estimado pertinente y por unanimidad apoyar la presidencia del señor Venegas. Por lo tanto, no nos corresponde como Gobierno expresar opinión al respecto, sino respetar la decisión del TC".[41]

2. REPARACIÓN DE LAS VIOLACIONES DEL PASADO

2.1 Adecuación del ordenamiento jurídico a las obligaciones internacionales

El número 21 de los principios contra la impunidad establece una serie de medidas que los Estados deben emprender para garantizar la eficacia de los principios jurídicos internacionales. Se ordena a los Estados emprender medidas eficaces, incluida la aprobación o enmienda de la legislación interna, para permitir que los tribunales de justicia puedan ejercer su competencia en los delitos graves, de conformidad con el derecho internacional.[42]

Al cierre del *Informe* anterior se alcanzó a mencionar la situación protagonizada en junio de 2008 por el senador Adolfo Zaldívar, entonces presidente de la Cámara Alta y ex timonel de la Democracia Cristiana. El parlamentario fue el impulsor de la declaración de inadmisibilidad de la discusión en sala del proyecto de ley que interpretaba el artículo 93 del Código Penal, para excluir la extinción de la responsabilidad penal por el beneficio de la amnistía o la prescripción a quienes hayan cometido crímenes de guerra y lesa humanidad, al considerar que, de acuerdo con la Constitución, las materias de amnistías e indultos generales solo pueden tener origen en el Senado.[43] En otras palabras, se trataba de un proyecto de ley que permitía dejar de aplicar la prescripción, la amnistía y el indulto cuando se tratara de un crimen de guerra o de lesa humanidad.

41 Id.

42 Asamblea General, Comisión de Derechos Humanos, "Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad".

43 *La Nación,* "Arancibia y Zaldívar impiden votación contra amnistía", 9 de junio de 2008. A favor de la inadmisibilidad por inconstitucional votaron Andrés Allamand (RN), Jorge Arancibia (UDI), Carlos Bianchi (ind.), Carlos Cantero (ind.), Juan Antonio Coloma (UDI), Alberto Espina (RN), Fernando Flores (ex PPD), Eduardo Frei (DC), José García Ruminot (RN), Antonio Horvath (RN), Carlos Kuschel (RN), Hernán Larraín (UDI), Pablo Longueira (UDI), Evelyn Matthei (UDI), Jovino Novoa (UDI), Jaime Orpis (UDI), Baldo Prokurica (RN), Sergio Romero (RN) y el presidente del Senado, Adolfo Zaldívar (ex DC). Por admitir el proyecto al debate votaron los senadores Soledad Alvear (DC), Nelson Ávila (independiente, ex PPD), Camilo Escalona (PS), Jaime Gazmuri (PS), Guido Girardi (PPD), José Antonio Gómez (PRSD), Pedro Muñoz (PS), Roberto Muñoz (PPD), Jaime Naranjo (PS), Ricardo Núñez (PS), Carlos Ominami (PS), Jorge Pizarro (DC), Mariano Ruiz-Esquide (DC) y Guillermo Vásquez (PRSD). Se abstuvo el senador Hosaín Sabag (DC).

El rechazo de este proyecto de ley implica desconocer las obligaciones internacionales que pesan sobre Chile. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado su disconformidad con la vigencia del decreto ley de amnistía, señalando que

> El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley Nº 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque (...) el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede variar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.[44]

Pero no es solo la Corte Interamericana la que ha llamado la atención del Estado de Chile. En mayo de 2009, Chile compareció ante el Comité contra la Tortura, el que revisó el informe periódico presentado en esa ocasión. La última revisión databa de 2004, momento en que el Comité formuló una serie de recomendaciones y Chile quedó obligado a informar en 2009. En aquellas recomendaciones se destacaba la falta en que Chile incurría al no derogar definitivamente el decreto ley de amnistía; el Comité recomendaba una modificación constitucional para garantizar la plena protección de los derechos humanos, incluido el derecho a no ser víctima de tortura ni de otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, y con este mismo fin, recomendaba derogar el decreto ley de amnistía.[45]

El 11 de junio de 2008 se presentó ante el Senado el proyecto que interpreta el artículo 93 del Código Penal, excluyendo de la extinción de la responsabilidad penal, por amnistía, indulto o prescripción, los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Con este proyecto se intentaba resolver el incidente generado por el senador Adolfo Zaldívar.[46] Sin embargo, y pese a la insistencia del Ejecutivo, no se logró obtener los quórums requeridos para su aprobación y el 18 de marzo de 2009 el proyecto fue rechazado.[47]

44 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 121.
45 Comité contra la Tortura, "Examen de los informes periódicos presentados", Chile, 21 de agosto de 2007, párr. 82.
46 Boletín Legislativo 5918-07.
47 Id.

En otro orden de cosas, durante 2009 se discutió y aprobó el proyecto que tipifica los delitos de lesa humanidad, genocidio y guerra. Así, el 18 de julio del presente año se promulgó la Ley 20.357.[48]

Por otra parte, con fecha 31 de marzo de 2009, por moción de la Cámara de Diputados, se presentó un nuevo proyecto de ley interpretativa que adecua la legislación penal chilena a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.[49] La moción recalca el valor de los tratados internacionales en el caso de la extinción de la responsabilidad penal por crímenes como el genocidio, de lesa humanidad y de guerra.[50] A julio de 2009, el proyecto se encontraba en su segundo trámite constitucional en el Senado, después de haber sido aprobado en particular por la Comisión de Constitución de la Cámara Baja el 6 de mayo, solo dos días antes de que Chile rindiera examen ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En suma, y pese al esfuerzo del Ejecutivo por cumplir con su obligación, hasta la fecha el Decreto Ley 2.191 sigue vigente. No se han aprobado tratados de relevancia en la materia, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (rechazada el 7 de noviembre de 2007),[51] la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (pendiente en el Senado desde enero de 2008)[52] y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (en su primer trámite constitucional desde marzo de 2008).[53]

Para que el país deje de estar en mora con sus compromisos internacionales se requiere de una decisión política definitiva. Chile debe ratificar estos instrumentos para mostrar con hechos concretos la voluntad de combatir la impunidad.

2.1.1 Ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

En estrecha relación con lo tratado en el acápite anterior, la comunidad internacional establece una serie de garantías individuales que los Es-

48 Cámara de Diputados, Legislatura 357, sesión 25ª, 6 de mayo de 2009, p. 12.
49 Boletín Legislativo 6422-07.
50 Más en detalle, la moción hace hincapié en que las normas que sancionan los crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidio pertenecen a la categoría de *ius cogens* o principios generales del derecho internacional de fuente consuetudinaria, por lo que el papel de los tratados se remite simplemente a reconocer esos principios desarrollados en la práctica. Así, en vista de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos les reconoce validez expresa en su artículo 15.1°, y puesto que han sido obligatorios para nuestro país desde la fecha de su ratificación (1972), resulta improcedente alegar el principio *ne bis in idem*, amnistías, prescripciones y retroactividad de la ley penal. Ver moción en Boletín Legislativo 6422-07.
51 Proyecto de acuerdo relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Boletín 3350-10, 9 de septiembre de 2003.
52 Acuerdo relativo a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Boletín 5500-10, 21 de noviembre de 2007.
53 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968. Boletín 1265-10, 6 de julio de 1994.

tados suscriptores están obligados a respetar, promover y garantizar. Dentro de aquellas, la Corte Penal Internacional se erige como un tribunal permanente e independiente, con competencia para enjuiciar a los individuos responsables de los crímenes considerados más graves: genocidio, crímenes de lesa humanidad[54] y crímenes de guerra, cuando los Estados no puedan o no tengan voluntad de impartir justicia, pues la jurisdicción de la Corte es complementaria a la jurisdicción permanente de los Estados.[55]

Los principios generales bajo los que se rige el Estatuto de Roma son: jurisdicción universal, competencia de tribunales ordinarios y no militares en el orden interno, aplicación igualitaria y sin excepciones de la ley, imprescriptibilidad e improcedencia de amnistía e indultos, improcedencia de la eximente de responsabilidad de obediencia debida y, por último, definición de género como un factor relevante al evaluar los actos.

Chile adhirió finalmente a la Corte Penal Internacional, haciendo depósito del instrumento de ratificación el 29 de junio de 2009. Para hacer operativa tanto la jurisdicción de la Corte como la normativa que la faculta para el conocimiento de casos se optó por una estrategia tripartita. Primero se requirió la tipificación de los delitos de genocidio, guerra y lesa humanidad. En seguida, la aprobación de una reforma constitucional que habilitara la suscripción del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Por último, hubo que aprobar una reforma constitucional específica para aprobar el tratado.

El 6 de mayo de 2009 se aprobó en su segundo trámite constitucional el proyecto de ley que tipificó los delitos de lesa humanidad, genocidio y guerra, terminando así la discusión legislativa del proyecto.[56] El mismo mes se aprobó la reforma constitucional que autorizó al Estado de Chile a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.[57] Con

54 Los que comprenden esclavitud, asesinato, exterminio, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de libertad, tortura, violación sexual, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, persecución, desaparición forzada de personas, *apartheid* y otros actos inhumanos que intencionalmente causen graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, artículos 6 a 8.
55 Estatuto de Roma, artículo 17.
56 Ley 20.357, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de julio de 2009. Ver Boletín 6409-07.
57 Boletín 2912-07. La disposición quedó refundida en la disposición transitoria 24, que dispone: "El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte. Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma".

estos proyectos se despejó el camino para la aprobación del Estatuto de Roma y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Hasta entonces, Chile era el único Estado de América del Sur que no adhería todavía a este tribunal.[58]

Las autoridades de gobierno destacaron la adhesión de Chile al Estatuto de Roma. El canciller, Mariano Fernández, dijo que se trataba de "un momento histórico", y que "el TPI no solo va a tener una gravitación importante respecto de crímenes, sino que también va a terminar con los tribunales ad hoc que se preparaban a propósito de tragedias o crímenes como fueron Nuremberg, Tokio y recientemente Yugoslavia y Ruanda".[59] El ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, dijo que se cumplía así "uno de los grandes objetivos de la Presidenta Michelle Bachelet en materia internacional y de derechos humanos, que es dejar al país encuadrado dentro de todos los tratados que resguardan y promueven los derechos de las personas".[60] Una afirmación no del todo correcta, por lo demás, ya que aún quedan instrumentos internacionales de derechos humanos por ser ratificados.

Entre los opositores a esta iniciativa destacó el diputado Iván Moreira (UDI), quien señaló que se estaba sentando "un precedente internacional grave porque se le está dando soberanía a un órgano internacional que va a terminar politizándose".[61] Su opinión es compartida por quienes consideran que la existencia de la Corte vulnera la soberanía nacional, en tanto se delegan facultades jurisdiccionales a un tribunal no reconocido por la Constitución; de ahí la necesidad de una reforma constitucional para darle operatividad en nuestro ordenamiento jurídico. Los opositores a la jurisdicción de la CPI creen asimismo que la Corte atentaría contra la igualdad soberana de los Estados, y que su independencia es cuestionable, toda vez que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede exigir la suspensión de una investigación o un enjuiciamiento, por doce meses renovables. Finalmente, piensan que las instancias internacionales pueden excederse en sus atribuciones, tal como en su opinión sucedió en 2006 con el caso Almonacid en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ésta pidió la derogación de la ley de amnistía, lo que consideran privativo de los órganos del Estado de Chile.[62]

2.2 Procesos judiciales

Un elemento básico para acabar con la impunidad, además de la recuperación de la memoria histórica, es la posibilidad de hacer responsa-

58 Observatorio Parlamentario, *Balance anual al Poder Legislativo, año 2008*, pp. 140-144.
59 *La Nación,* "Pese al rechazo UDI, Chile ratifica Corte Penal Internacional", 17 de junio de 2009.
60 *La Nación,* "Chile adhiere al Estatuto de Roma", 18 de junio de 2009.
61 *La Nación,* "Pese al rechazo UDI, Chile ratifica Corte Penal Internacional".
62 Observatorio Parlamentario, *Balance anual al Poder Legislativo, año 2008,* pp. 142-144.

bles a los perpetradores de los crímenes contra los derechos humanos. Así lo han expresado los organismos internacionales respectivos, entre ellos el Consejo de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, articuló la obligación de los Estados en los siguientes términos:

> en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso de sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de iure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar, y en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos.[63]

La Corte IDH reitera este criterio en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en que condena a Chile por no llevar a cabo investigaciones serias y por fracasar en su obligación de sancionar a los responsables de los delitos. En lo particular, esta Corte se refirió a la vigencia del decreto ley de amnistía y a las consecuencias de éste en los procesos judiciales:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico interno. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde su inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de constitucionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (párr. 124)

63 Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 226.

El estándar establecido por la Corte afirma entonces que los órganos del Estado –entre ellos el Poder Judicial– deben someter su actuación a la Constitución y las leyes, siempre y cuando éstas no vayan contra las obligaciones internacionales de Chile. Para dilucidar si el estándar se ha cumplido en la práctica realizamos una distinción de acuerdo a la sede judicial, pues en el estudio de la jurisprudencia de finales de 2008 a mediados de 2009 se advierten respuestas disímiles según se trate de la sede civil o la sede penal. De todas formas, y como se muestra a continuación, en general se aprecia un desconocimiento del estándar descrito.

2.2.1 Juicios civiles

En materia civil se advierte la tendencia de la Corte Suprema a aplicar las reglas de derecho común y declarar la prescripción de la acción civil. En la mayoría de los fallos dictados en el período, la Tercera Sala de la Corte Suprema ha aplicado un razonamiento idéntico, y la mayoría de los jueces y abogados integrantes que la conforman están por aplicar la prescripción de la acción civil.[64]

Los ministros de la Tercera Sala reproducen sus argumentos una y otra vez; lo único que cambia son los hechos en que se sustenta el fallo y el orden de los numerales de acuerdo con la cantidad de antecedentes. Así, señalan casi mecánicamente que las víctimas han

> ejercido una acción con contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, y teniendo en consideración que la Carta Fundamental de 1980 en que se ha sustentado adquirió plena vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamarla, no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que le persigue.[65]

Continúan en el considerando inmediatamente posterior manifestando que "rechazan la aplicación de los tratados de derechos humanos al estimar que no reconocen la imprescriptibilidad genérica". Entienden que los Convenios de Ginebra se refieren exclusivamente a la imprescriptibilidad en materia penal, y que la Convención Americana habría entrado en vigencia con posterioridad a los hechos. De acuerdo a lo anterior, para la Corte Suprema

64 Los jueces son los ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y Sonia Araneda. Los abogados integrantes son Ricardo Peralta, Hernán Álvarez, Rafael Gómez, Guillermo Ruiz, Óscar Herrera, Ismael Ibarra y Roberto Jacob.
65 Corte Suprema, Rol 2797-07, *Chadwick con Fisco;* Rol 4067-2006, *Paris con Fisco;* Rol 3458-2006, *Paredes con Fisco;* Rol 2152-2007, *Muller con Fisco;* Rol 5234-2007, *Rodríguez con Fisco;* Rol 4163-2007, *Weibel con Fisco;* Rol 2775-2007, *Negrete con Fisco;* Rol 4771-2007, *Carrasco con Fisco;* Rol 3540-2007, *Ávila con Fisco.*

> la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica [y] que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia.[66]

Concluyen, entonces, que en esta materia rigen las reglas de prescripción del Código Civil, las que se aplican por igual contra el Estado, por lo que estiman plenamente aplicables las normas en cuya virtud las acciones civiles prescriben en cuatro años desde la perpetración del acto.[67]

Esta interpretación del tribunal supremo, que ya se venía produciendo desde el caso *Martínez con Fisco* de 2007 y el caso *Ruz con Fisco* de 2008, contraría el estándar internacional, puesto que se opone al derecho de reparación de las víctimas y a la norma imperativa de la restitución íntegra (*restitutio in integrum*). Se recuerda que el número 22 de los principios contra la impunidad señala que "los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía...", y el principio 24, letra b, indica que la amnistía y otras medidas de clemencia no pueden afectar el derecho de las víctimas a la reparación.

También la práctica de la Corte Suprema es manifiestamente contraria al principio 32, que dispone que "tanto por la vía penal como por la civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz". Por último, el principio 34 complementa el estándar declarando que este derecho comprende "todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas [así como] medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, según lo establece el derecho internacional".

En este contexto, debe resaltarse el voto constante del ministro Haroldo Brito para acoger las acciones indemnizatorias y obligar al Fisco a pagar por el daño moral a las víctimas. En sus votos, el ministro Brito indica que la acción deducida tiene una naturaleza diversa a la patrimonial: se trata de una acción de carácter humanitario, atendida la situación de indefensión en la que se encontraba la víctima.[68] Esta reflexión constituye un avance en cuanto distingue la naturaleza de la petición judicial, pero resulta frágil porque limita esa naturaleza a la situación

66 Id.
67 Id. El artículo 2332 del Código Civil dispone: "Las acciones que concede este título por daño o por dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto".
68 Corte Suprema, Rol 2797-07, *Chadwick contra Fisco:* "La acción entablada no es de índole patrimonial, sino humanitaria que se fundamenta en la detención y posterior desaparición del progenitor en completa indefensión". Ver también Rol 2152-2007, *Muller con Fisco,* y Rol 5234-2007, *Rodríguez con Fisco.*

concreta en que se encontraba la víctima. El carácter humanitario de estas acciones, como lo ha establecido la Corte IDH, deriva de que estos delitos "producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes",[69] no de la situación específica en que se pueda encontrar la víctima. Además, la interpretación del ministro Brito puede dejar fuera a los familiares de la víctima, quienes, si bien no presenciaron directamente el hecho, pueden sentir un dolor equivalente y debiesen tener derecho a reparación.

Como sea, el ministro Brito se vale de los estándares de derechos humanos en lo que sigue de su argumentación. Fundamenta su negativa al fallo mayoritario con seis argumentos, los que reitera con exactitud en cada uno de sus votos.[70] Conviene detenerse en ellos. En primer lugar, por la naturaleza de la responsabilidad, según lo dicho, Brito señala que no puede sujetarse a las normas del Código Civil, sino a las establecidas en el derecho internacional, y éstas no pueden ser incumplidas invocando preceptos de derecho interno. En segundo lugar, ha de considerarse el carácter consuetudinario de estas normas, lo que hace ineludible su aplicación. En tercer lugar, dice que no es posible concebir la imprescriptibilidad de la acción penal y negar luego la imprescriptibilidad de la acción civil, ya que el motivo es el mismo. Cuarto, que los derechos fundamentales no han de ser interpretados de manera aislada, sino dentro del conjunto de los demás derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Quinto, que el artículo 131 del Convenio de Ginebra, que establece que "ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior",[71] no se aplica exclusivamente en materia penal, al igual que el artículo 27 de la Convención de Viena, que limita la aplicación del derecho interno para eludir una obligación interna. Ambas disposiciones, en opinión del ministro Brito, conducen a sostener que el derecho a la reparación es un derecho fundamental, de aquellos que los Estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, con lo cual su na-

69 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile,* sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 111.

70 Corte Suprema, Rol 2152-2007, *Muller con Fisco;* Rol 5234-2007, *Rodríguez con Fisco;* Rol 4163-2007, *Weibel con Fisco.*

71 El artículo 130 dispone: "Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio". III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949. El documento entró en vigor el 21 de octubre de 1950.

turaleza resulta imprescriptible. Por último, aplica el artículo 6º de la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, por los cuales los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a la leyes dictadas conforme a ella.

2.2.2 Juicios penales

En los juicios penales la situación es diversa. A la luz de la sentencia del caso *Almonacid Reyes,* la amnistía ha dejado de aplicarse, salvo por los ministros Nibaldo Segura y Rubén Ballesteros, quienes recurren a ella en todos sus votos minoritarios.[72] La jurisprudencia dio un vuelco desde el año 1998 con el caso *Poblete Córdoba,* declarando la imprescriptibilidad de los delitos en aplicación de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, desde el caso de Juan Luis Rivera Matus, de 2007, la Segunda Sala de la Corte Suprema, compuesta por los ministros Alberto Chaigneau, Nibaldo Segura, Jaime Rodríguez, Rubén Ballesteros y Hugo Dolmestch, acordaron en mayoría disminuir las penas a través de la figura de la media prescripción o prescripción gradual, por estimar "insensato una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás".[73]

En la media prescripción, regulada en el Código Penal, los jueces disminuyen la pena si ha pasado la mitad del lapso necesario para la prescripción de la acción penal, pues se considera el transcurso del tiempo como un atenuante de responsabilidad muy calificada.[74] Así, en los delitos que tienen una pena inferior a los cinco años de cárcel se accede al beneficio de la libertad vigilada, y aquellos delitos que no superan los tres años reciben una remisión condicional de la pena. Se aplican, en suma, las normas comunes establecidas por la Ley 18.120, que establece medidas alternativas a las penas privativas de libertad. En la práctica, esto significa que la mayoría de los responsables de graves crímenes contra los derechos humanos cumplen condena en libertad.[75]

72 Corte Suprema, Rol 1013-2008; Rol 938-08; Rol 2422-08.
73 Corte Suprema, Rol 3808-06, secuestro de Juan Luis Rivera Matus.
74 El artículo 103 del Código Penal indica: "Si el responsable se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta".
75 Corte Suprema, Rol 938-08, secuestro calificado de Humberto Salas Salas, considerandos vigésimo primero y vigésimo cuarto, y puntos resolutivos I y II. Gracias a la aplicación de la media prescripción y a las atenuantes de irreprochable conducta anterior, a los condenados Adrián José Fernández Hernández y Rolando Becker Solís se les rebaja la pena por un tramo completo: el primero es condenado a cumplir cinco años, y el segundo a cuatro años. Como se reúnen los requisitos de la Ley 18.216, se concede a ambos el beneficio de la libertad vigilada. La Segunda Sala vuelve a aplicar la media prescripción en el secuestro calificado de Nelson Cristián Almendra Almendra, José Ricardo López López, Juan de la Cruz Briones Pérez y Victoriano Lagos Lagos; aquí todos los condenados salen con libertad vigilada. Corte Suprema, Rol 2422-08, sentencia del 11 de diciembre de 2008, considerandos quinto y sexto.

Esta situación vulnera los estándares internacionales, y en particular afecta el deber del Estado de sancionar adecuadamente a los responsables de dichos crímenes. Pese a la gravedad de los hechos, los condenados cumplen sus penas en libertad; eso no constituye una debida reparación, menos si se piensa en la posibilidad de que víctimas y victimarios se encuentren, como ha ocurrido, en la calle u otro espacio físico en la ciudad. Conocido es el caso de la Presidenta Michelle Bachelet y su madre, quienes vivían en un edificio del sector oriente de Santiago donde habitaba también el oficial que las había sometido a apremios y tortura en su paso por Villa Grimaldi.

Pese a que la tendencia es a disminuir la sanción, es llamativo en este período el caso del secuestro calificado de Carmen Binfa, en que la mayoría de la Sala declaró la prescripción total de la acción penal. En el fallo, los ministros Nibaldo Segura, Jaime Rodríguez, Rubén Ballesteros y Hugo Dolmestch, más el abogado integrante Julio Torres, esgrimieron seis argumentos principales para acoger el recurso de casación y declarar la absolución de los condenados: primero, que no había motivo alguno que permitiera dilucidar las circunstancias que llevaron a dejar de aplicar la media prescripción; segundo, que el delito de secuestro se encontraba consumado; tercero, que la prescripción es una institución fundada en la necesidad de consolidar y poner fin a las situaciones irregulares, por lo cual ignorarla sería generar una situación de desigualdad y desconocer los principios generales del derecho, especialmente la plena vigencia de la ley; cuarto, que habían transcurrido más de veintisiete años desde la comisión del delito; quinto, que los Convenios de Ginebra no eran aplicables pues no se daban las circunstancias de hecho que ellos requieren (conflictos armados sin carácter internacional), y sexto, que los tratados alegados entraron en vigencia con posterioridad a la comisión de los hechos, y además su aplicación no podía afectar los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad y tipicidad.[76]

Aunque se trata de un caso aislado, este fallo pone en evidencia la fragilidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema, y ciertamente la posibilidad de que determinados ministros resuelvan en oposición a la jurisprudencia mayoritaria. Con todo, en los casos siguientes, correspondientes a mediados de 2008 y 2009, la decisión mayoritaria fue condenar y aplicar la media prescripción.

Es importante destacar que todos los fallos de este período siguen idéntica estructura argumental. El trabajo de los jueces se limita a transcribir los argumentos de una sentencia a otra, y es así tanto para los votos de mayoría como para los de minoría.

En el secuestro calificado de Iván Monti y Carmen Díaz, por ejemplo, los ministros de la Segunda Sala (penal) estimaron procedente aplicar a todos los acusados la causal de mitigación de la pena contemplada en el

76 Corte Suprema, Rol 4329-08, secuestro calificado de Carmen Binfa Contreras, considerandos cuarto a undécimo.

artículo 103 del Código Penal. Esta decisión se justificó en lo "insensato que resulta aplicar una pena muy alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás y [a que] nada parece oponerse a que los tribunales recurran a la señalada atenuación de sanción, pues el lapso cumplido debe atemperar la severidad del castigo".[77] También justifican la aplicación de esta norma en que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros, estableció la media prescripción como circunstancia de atenuación muy calificada, encontrándose el juzgador en la facultad de aplicarla. En el caso del homicidio calificado de David Urrutia Galaz, señalan entonces que "no se divisa antecedente que permita concluir de jure, que el Estado como o en cuanto componente o miembro del concierto internacional, con motivo de consagrar por demás, excepcionalmente la imprescriptibilidad para estos crímenes, hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción".[78]

Por último, en cuanto a la manera de calcular el plazo, en los casos en que existe fecha cierta del delito se cuenta desde esa data. Sin embargo, en los delitos de secuestro permanente la Corte ha debido recurrir a una argumentación más voluble. En el secuestro calificado de Iván Monti y Carmen Díaz, el tribunal sostiene que este delito admite dos modalidades: la simple, que implica la privación de libertad por menos de noventa días y sin que resulte grave daño a la persona, y la calificada, cuando la detención excede los noventa días o se produce un grave daño a la persona encerrada o a sus intereses. Finalizado este período cesan los efectos del delito, acabándose con el tiempo de latencia, esto es, el lapso que va entre la comisión del delito y la ubicación del cuerpo. De acuerdo a lo anterior, los jueces concluyen que para la tipificación y sanción del delito basta la producción de alguno de estos efectos, y es irrelevante el tiempo posterior que transcurra. En este caso, el secuestro se produjo el 26 de noviembre de 1974, por lo que sería procedente entender desde esta fecha el transcurso del plazo para la prescripción.[79]

Por si existen dudas sobre esta interpretación del delito, en el caso del secuestro de Humberto Salas Salas la Corte Suprema aplicó la media prescripción contabilizando el plazo desde que a los agentes involucrados se les concedió el retiro absoluto de la institución, momento en que cesaron en sus funciones institucionales. Con todo, indican los jueces, desde el retorno a la democracia en 1990 ningún poder del Estado quedó al margen del control institucional democrático o pudo sustentar los ilícitos de la especie, por lo que al menos desde esta fecha es posible

77 Corte Suprema, Rol 1013-2008, secuestro calificado de Eugenio Iván Monti Cordero y Carmen Margarita Díaz Danicarrere, considerandos tercero y cuarto.
78 Corte Suprema, Rol 4691-07, secuestro calificado de David Urrutia Galaz.
79 Corte Suprema, Rol 4329-08, secuestro calificado de Carmen Binfa Contreras, considerandos cuarto y quinto. También Rol 5789-07, secuestro calificado de Guillermo Jorquera Gutiérrez; Rol 6212-2007, secuestro calificado de Ofelio de la Cruz Lazo Lazo.

contabilizar el plazo de la prescripción.[80] Idéntico razonamiento se repite en el secuestro calificado de Nelson Cristián Almendra, José Ricardo López, Juan de la Cruz Briones y Victoriano Lagos.[81]

Finalmente, en relación con las demandas civiles deducidas en los juicios penales, se advierten dos tendencias en el período analizado. Una de ellas declara la incompetencia absoluta del tribunal para conocer de la demanda civil,[82] mientras que la segunda da por reparado el daño con las pensiones de reparación que el Estado ha entregado a los familiares de las víctimas inscritas en los registros oficiales.[83]

En ambos casos la solución adoptada por la Corte Suprema implica un desconocimiento de los estándares de derechos humanos. La Corte no advierte que la reparación a la que alude el sistema interamericano y universal de derechos humanos se refiere a una reparación *integral*, que se haga cargo de *todos los perjuicios* que haya sufrido la víctima. No basta con la obligación mínima de sancionar a los responsables; es necesario que se repare a las víctimas por el daño sufrido, y ello implica una indemnización real por perjuicios morales. Las pensiones que otorga el Gobierno constituyen un avance, pero no son suficientes. La gravedad de los delitos cometidos y la imposibilidad de restablecer la situación anterior al daño justifican una indemnización que se haga cargo de ambas circunstancias. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que

> la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible (...) cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.[84]

80 Corte Suprema, Rol 938-08, secuestro de Humberto Salas Salas, considerando 17.
81 Corte Suprema, Rol 2422-08, considerando quinto.
82 Corte Suprema, Rol 6626-2006, desaparición de Juan Vidal Riquelme; Rol 6188-2006, desaparición de Carlos Contreras Maluje; Rol 1489-2007, Puentes Bulnes; Rol 1528-2006, ejecución de Gabriel Augusto Marfull González; Rol 3872-2007, ejecución de José Constanzo Vera; Rol 4961-2007, Caravana de la Muerte; Rol 1013-2008, desaparición de Carmen Díaz e Iván Monti; Rol 874-2008, desaparición de Sergio Humberto Lagos Marín.
83 Corte Suprema, Rol 2189-98. En la causa judicial conocida como "episodio Armando Jiménez", el juez de fuero Joaquín Billard desecha la demanda civil presentada. Se funda en que la Ley 19.123 otorga a los familiares de las víctimas una pensión mensual de reparación, cuyo propósito es la satisfacción completa de la ofensa, daño o injuria. Ver también Rol 6574-2007, correspondiente a la desaparición de los hermanos Leveque.
84 Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia,* reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, párr. 61; caso *Bámaca Velásquez,* reparaciones, sentencia del 22 de febrero de 2002 párr. 39; caso *Cantoral Benavides,* sentencia del 3 de diciembre de 2001 reparaciones, párr. 41.

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Los acontecimientos de este año muestran que, a diferencia de lo expuesto por Chile ante los órganos internacionales de derechos humanos, existen temas pendientes en materia de verdad y justicia. Se concluye que las tareas de mayor prioridad para el Estado en este ámbito han de ser recuperar la memoria histórica, seguir investigando y sancionando a los responsables de los delitos cometidos entre 1973 y 1990, y reparar de modo adecuado a las víctimas. En virtud de lo expuesto, se recomienda al Estado:

1. Impulsar un proceso amplio de reconocimiento de la verdad, promoviendo un diálogo profundo en la sociedad e integrando el relato de los hechos en los programas educativos de manera obligatoria.
2. Reabrir las comisiones de investigación con un mandato amplio y plazos pertinentes; publicar y difundir sus resultados.
3. Administrar justicia, profundizando en las investigaciones abiertas y condenando a los responsables de estos crímenes a penas efectivas de privación de libertad.
4. Reparar, mediante indemnizaciones justas, a las víctimas y a sus familiares.
5. Derogar el decreto ley de amnistía y modificar los arts. 150, 150A y 150B del Código Penal, adecuándolos a la Convención contra la Tortura.

PROTESTA SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

Las protestas o movilizaciones sociales son manifestaciones del ejercicio de la libertad de expresión y de asociación, y del derecho de reunión, todos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que obligan a Chile. En ocasiones constituyen la única forma de que los sectores marginados puedan hacerse oír. Deudores habitacionales, pueblos indígenas, estudiantes secundarios y trabajadores no sindicalizados son ejemplos de ello.

Durante 2008-2009 las protestas, en tanto ejercicio de derechos, se han visto limitadas más allá de lo que demanda una democracia. Las autoridades pidieron sanciones para jueces que rechazaban las querellas de la Intendencia de Santiago por desórdenes en manifestaciones públicas. Se presentaron y discutieron proyectos de ley que buscan elevar la responsabilidad civil y criminal de quienes toman parte en protestas. El Estado ha utilizado fuerza policial excesiva en el control y represión de éstas, agrediendo a manifestantes y periodistas. El ejercicio de los derechos constitucionales se ve aun más limitado por el hecho de que quien investiga –y en escasas oportunidades sanciona– los abusos son las propias instituciones involucradas, como Carabineros, a través de procedimientos informales. Si esas investigaciones no prosperan, corresponde a la justicia militar decidir la cuestión, instancia que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado contraria a los estándares sobre derechos humanos. En tal contexto, la protesta social, como ejercicio de derechos humanos, enfrenta graves limitaciones en Chile.

PALABRAS CLAVE: Protesta, movilizaciones, libertad de expresión, limitaciones, deslegitimación, criminalización de la protesta social, abuso policial.

INTRODUCCIÓN: EL DIÁLOGO SOCIAL EN DEMOCRACIA

Cuando comenzaban las movilizaciones estudiantiles de 2006, la Presidenta Bachelet reprochó a los estudiantes su comportamiento. Les dijo que en democracia no se conversaba pateando las mesas,[1] sugiriendo que la democracia promueve los diálogos y en aquellos asuntos sensibles para la comunidad busca la participación y cooperación de los ciudadanos. Con participación de la comunidad, las decisiones gubernamentales se sienten como propias y no como una imposición ajena. Las palabras de la Presidenta, sin embargo, hacen referencia a un aspecto problemático para la vigencia y protección de los derechos humanos en Chile: las formas que el diálogo democrático puede adoptar para que sea debidamente garantizado y ejercido.

Para el Estado chileno, según consta en el *Informe 2008*, el diálogo opera únicamente a través de la palabra, de la conversación y con el objetivo específico de arribar a los acuerdos sobre los cuales puedan cimentarse las decisiones. Así se explican declaraciones de la Presidenta como "el Gobierno no va a aceptar ninguna clase de presiones"; o del subsecretario del Interior, cuando afirma que "ésta es una sociedad que se debe desarrollar sobre la base del diálogo y el entendimiento"; o del ministro de Hacienda, para quien "las demandas laborales [a propósito de la huelga en Codelco en 2007] deben canalizarse por medio de las instancias legales contempladas en la legislación del trabajo";[2] o de la ministra de Educación, quien dijo, tras las nuevas jornadas de tomas y protestas estudiantiles, que "no es por los paros ni por las tomas, en el fondo, día que estamos en paro, día que un alumno piensa en irse a otro establecimiento educacional. Ésta no es la solución, la solución es el diálogo".[3] En ese diálogo, sostuvo, "ellos tienen posibilidad de participar, van a ser escuchados por los parlamentarios, la opinión de ellos es una opinión muy respetable, igual que la de muchos otros actores". A pesar de ello, cuando se logró una reunión entre estudiantes movilizados y parlamentarios oficialistas, la propuesta de los primeros fue descalificada por el secretario regional ministerial de Educación, quien afirmó: "[los estudiantes] han ido poniendo una serie de exigencias a un acuerdo que a nosotros nos parece bastante racional y cuerdo, [exigencias] que superan todo límite en la discusión democrática".[4]

Esta forma de entender el diálogo en democracia tiene dos efectos: estrecha el concepto de libertad de expresión, y explica la aparición y reiteración de la protesta social. Estrecha el concepto de libertad de ex-

1 *El Mostrador,* "Michelle Bachelet: 'Reforma a la Educación va con paro o sin paro", 3 de junio de 2006.
2 *Informe* 2008, pp. 62-63.
3 *La Tercera,* "Ministra: 'Si quieren la educación pública siéntense a conversar", 8 de junio de 2009.
4 *El Mercurio,* "Los escolares llaman a una asamblea nacional", 17 de junio de 2009.

presión porque reviste de un halo de ilegitimidad a algunas formas de intervención en asuntos de interés público, como las manifestaciones, cuando la Constitución asegura a todas las personas "la libertad de emitir opinión (...) sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio" (art. 19, nº12). En el caso de la educación en Chile, por ejemplo, fueron los estudiantes secundarios quienes pusieron el tema en la palestra, provocando la renuncia de un ministro de Educación y el anuncio de reformas por parte de la Presidenta de la República.

Y explica las razones de las movilizaciones porque esas conversaciones a las que es invitada la sociedad civil, por ejemplo los estudiantes, operan sobre la base de decisiones que ya se han adoptado; las invitaciones buscan legitimar un proceso de consulta que finalmente carece de relevancia en las decisiones que se adopten.[5]

El caso de la estudiante María Música Sepúlveda, conocida por lanzarle un jarro con agua a la ministra Jiménez, sirve de muestra. Después del incidente, la ministra dijo no comprender la acción de la estudiante, pues se les había invitado a dialogar. "Me gustaría conversar de a uno, porque en grupo se aleonan, los noté muy violentos y con cualquier otro tema podrían reaccionar igual," dijo, y agregó que con ese hecho los estudiantes demostraban "que no son capaces de dialogar".[6] La prensa centró su atención en las posibles sanciones que afectarían a la alumna, pero pocos repararon en los argumentos que ella esgrimió para justificar su acción: en una reunión de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Universitarios y Secundarios (ACEUS) se les informó a ella y a otros estudiantes que Víctor Schuffeneger, seremi de Educación, los esperaría para sostener un "diálogo participativo sobre educación".[7] En ese diálogo participativo los estudiantes recibirían una charla de la ministra de Educación, la que no se concretó porque un grupo de profesores desplegó lienzos y pancartas, protestando por el proyecto de LGE. Como la ministra abandonaba el lugar sin realizar su presentación, la estudiante se dirigió a ella para "decir[le] todo lo que esta[ba] pasando, porque sé que más allá que sea ministra, no tenía idea lo que esta[ba]

5 En el ejemplo relativo al sistema educacional chileno, el proyecto de Ley General de Educación (LGE) ha estado en tramitación desde 2007 y su discusión legislativa viene precedida de un fuerte acuerdo entre las bancadas oficialista y de oposición. La ministra de Educación afirmó que no retirarían la LGE, que se trataba de una ley "que fue discutida largamente, estuvo siete meses en la Cámara de Diputados, fueron invitadas todas las personas *competentes* (…) después pasó por la Comisión de Hacienda y después se votó en sala (…) se les ha explicado a ellos [los estudiantes] que pueden estar en desacuerdo con el acuerdo [político], pero resulta que no hay otra posibilidad sino que en el Parlamento lleguen a acuerdo (…), *el debate no está en la calle, el debate no está con tomas, con paros, el debate está en el Parlamento". Medianoche,* entrevista a Mónica Jiménez, Televisión Nacional de Chile, 15 de julio de 2008 (el destacado es nuestro).
6 Terra.cl, "Ministra Jiménez suspende participación en acto por ataque de estudiantes y profesores", 14 de julio de 2008.
7 Cultura en Movimiento.cl, "Puede que el acto no haya estado bien. La manera de hacerlo", 21 de agosto de 2008.

pasando en los colegios de todo Chile".[8] Al no obtener respuesta a sus inquietudes –detenciones ilegales, abusos policiales y causas pendientes ante la justicia militar en contra de quienes participaban en las movilizaciones estudiantiles–, le arrojó el agua a la ministra.

Carabineros denunció a la estudiante por agresión contra la autoridad ante los Juzgados de Familia de Santiago, los que se declararon incompetentes y enviaron los antecedentes a la Fiscalía Centro Norte de Santiago para que comenzara una investigación criminal. Su colegio, el Liceo Darío Salas, la expulsó. Su director, Julio García, dijo: "Sentimos que no [podíamos] aceptar una falta de respeto, que es un valor muy importante y que está inserto en la formación de nuestros niños, que es el principio que estaba en juego en este caso".[9] Junto a su madre, la alumna presentó un recurso de protección en contra de la medida, que fue declarado inadmisible por la Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte sostuvo que "no se [señalaban] hechos que [pudiesen] constituir vulneración de las garantías constitucionales".[10]

Otros grupos que recurren a la protesta social, como la Agrupación Nacional de Deudores Habitacionales (Andha Chile), ni siquiera son "invitados" al diálogo. Ven que sus demandas son deslegitimadas desde el Estado, el que señala que no fomentará la "cultura del no pago" o indica que "hay miles de chilenos que tienen problemas con la banca privada y se sacrifican, trabajan para pagar sus deudas", sugiriendo que la gente de Andha Chile no lo hace.[11]

Lo mismo acontece con uno de los sectores que más ha hecho uso de la protesta como mecanismo para hacer llegar sus demandas al Estado, los indígenas. El 7 de julio de 2009 informó la prensa que a comienzos de mayo varios loncos habían solicitado ser recibidos en La Moneda, siguiendo los conductos regulares: no fueron recibidos por nadie. Richard Caifal, abogado de varias comunidades, sostuvo que aquello "fue un portazo a los dirigentes y en definitiva fue un portazo al diálogo más que nada. Ante esa situación es evidente que las comunidades hoy se sientan frustradas y tomen determinaciones que, a veces, desde la institucionalidad se miran de manera ilegítima. En ese contexto no hay posibilidades de diálogo alguno".[12] El mismo trayecto a la capital había estado marcado por la presencia policial, según el testimonio del lonco Juan Catrillanca: "Fuimos secuestrados por carabineros en el bus sin motivo alguno en la madrugada, luego no se nos recibe, aunque la Pre-

8 Id.
9 *La Tercera,* "Liceo Darío Salas ratifica cancelación de matrícula inmediata a Música Sepúlveda", 13 de agosto de 2008.
10 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6760, 2 de septiembre de 2008, c. 2.
11 *La Tercera,* "Andha Chile: las historias y demandas del grupo de choque de los deudores habitacionales", 28 de junio de 2009.
12 El Ciudadano.cl, "Desmienten versión de carabineros en muerte de joven mapuche", 13 de agosto de 2009.

sidenta de Chile corre para recibir a los cantantes o a los empresarios. Esto es un insulto a nuestra calidad de autoridad anterior al Estado chileno, por ello haremos notar nuestra respuesta...".[13]

En otras palabras, sería relevante que el llamado al diálogo se tome en serio, esto es, mostrando disposición y creando los mecanismos institucionales que lo permitan.

1. CHILE Y EL MARCO INTERNACIONAL

Las declaraciones estatales que rodearon los reclamos de María Música Sepúlveda sirven para comprender la particular forma en que el Estado de Chile concibe el diálogo en democracia. Al analizar estos temas cabe tener presente que el sistema internacional de derechos humanos, de la mano con el ordenamiento constitucional chileno, asigna a las protestas y movilizaciones sociales la legitimidad de ser expresiones (manifestaciones de opinión y de información) distintas de las que el Estado promueve, pero que encuentran su explicación en la marginación de ciertos grupos sociales del proceso de toma de decisiones políticas. En todo caso, si bien las movilizaciones sociales son manifestación del ejercicio de un derecho, éste, como todos, no es absoluto. La protesta social puede y debe ser regulada, tal como lo son otros derechos fundamentales. Sin embargo, las limitaciones a los derechos constitucionales deben obedecer a una rigurosa justificación, y ésta es la parte del debate que se ha omitido en la regulación y represión de las protestas.

1.1 Diálogos formales vs. protesta social

El caso de las movilizaciones estudiantiles es un reflejo de la idea que nuestras autoridades tienen acerca del diálogo social: una instancia de conversación en la que los afectados oyen explicaciones y detalles sobre políticas, antes que incidir realmente en la toma de decisiones. Diálogo, aquí, viene a significar "escuche con atención lo que los expertos hemos decidido". Lo dijo la propia ministra de Educación frente al reclamo de María Música Sepúlveda: la LGE fue discutida por las personas competentes; las mismas comisiones de discusión de la LGE se formaron justamente como respuesta a las demandas que plantearon los pingüinos el 2006, "... por lo tanto, yo creo que no es cierto lo que ellos plantean de que esto no es algo que se haya discutido (...), lo que pasa es que las ideas de ellos no fueron aceptadas".[14] Jiménez no se refiere a las instancias de participación de la comunidad estudiantil, y solo señala que las

13 El Ciudadano.cl, "El olvido del llamado a diálogo de Bachelet", 14 de agosto de 2009.
14 *Medianoche*, entrevista a Mónica Jiménez, Televisión Nacional de Chile, 15 de julio de 2008.

instancias técnicas competentes para discutir surgen como respuesta a la demanda pingüina. En el mismo sentido deben tomarse las palabras del seremi de Educación, Víctor Schuffeneger, quien califica el acuerdo entre el Gobierno y la oposición como uno racional y cuerdo, no dejando dudas sobre cómo califica la propuesta estudiantil.[15]

Por eso, según veremos, el Estado critica fuertemente las movilizaciones y protestas con frases del tipo "siéntense a conversar", "La democracia no necesita ni del desorden ni de la violencia, hay espacios en la democracia para expresarse pacíficamente", "¡Bájeme el cartelito! Yo le voy a explicar", o "¡No me callé cuando hubo dictadura y no van a venir a hacer callar al Presidente de Chile! Así es que cuidemos lo que tenemos..., recuperamos la democracia y la libertad para entendernos unos con otros, en diálogo cívico y no en una interrupción que solo lleva a una actitud violentista de algunos" (actitud violentista que consistía en interrumpir un discurso del entonces Presidente, Ricardo Lagos).[16] Y, en un sentido muy similar, la Presidenta Bachelet, analizando las por entonces incipientes movilizaciones estudiantiles en 2006:

> Quiero ciudadanos críticos, conscientes, que planteen sus ideas y sus reivindicaciones. Pero esa crítica debe hacerse con un espíritu constructivo, con propuestas sobre la mesa y, lo más importante, a cara descubierta y sin violencia. Quiero ser muy clara: lo que hemos visto en semanas recientes es inaceptable. ¡No toleraré el vandalismo, ni los destrozos, ni la intimidación a las personas! Aplicaré todo el rigor de la ley. La democracia la ganamos con la cara descubierta y debemos continuar con la cara descubierta.[17]

Así, el movimiento estudiantil o cualquier movilización social que no cuadre en el molde de diálogo que impone el Estado es deslegitimado, calificado de antisistémico, de antidemocrático, de irresponsable y, en el caso de los estudiantes, infantilizado.[18]

En segundo lugar –dejando entre paréntesis por el momento la reacción exagerada contra la estudiante, que incluyó persecución criminal–,

15 *El Mercurio,* "Los escolares llaman a una asamblea nacional", 17 de junio de 2009. En materia ambiental, por dar otro ejemplo, un estudio determinó que las instancias de participación ciudadana en la práctica se reducen a oír lo que las autoridades han decidido. Centro de Derecho Ambiental, "Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en Chile: ¿Cuánto hemos avanzado?", Santiago, Universidad de Chile, 2005. Ver también el capítulo sobre medio ambiente y derechos humanos en este *Informe*.

16 *La Tercera,* "Ministra: 'Si quieren la educación pública siéntense a conversar", 8 de junio de 2009. Prensa Presidencia: "En mi Gobierno, los trabajadores podrán siempre expresar sus demandas y defender sus derechos", www.prensapresidencia.cl. *El Mercurio*, "Bachelet acalla protestas por mapuches", 14 de mayo de 2006. *La Tercera,* "Firman proyecto para convertir a Valdivia en región", 20 de octubre de 2005.

17 *Mensaje presidencial,* 21 de mayo de 2006.

18 Alejandra Falabella, "Democracia a la chilena: Un análisis del movimiento estudiantil y su desenlace", *Docencia* 36, Santiago, Colegio de Profesores, 2008, p. 11.

ninguno de los medios de comunicación masivos destacó los reclamos de María Música Sepúlveda.[19] Ella quería hacerle ver a la ministra de Educación las detenciones ilegales de las que eran objeto los estudiantes en las movilizaciones, así como los abusos en que incurrían las fuerzas policiales reprimiendo las protestas. En sus palabras:

> Ministra, sabe que me detuvieron, me golpearon, y a mis compañeros también los montaron. El problema es que ellos están en Fiscalía Militar por montajes, por tonteras, y yo no quiero ver a mis compañeros así, los quiero libres. Una buena instancia de diálogo sería que los dejaran libres.[20]

La ministra, sin embargo, luego del incidente se limitó a bromear con el reclamo: "Gracias por el jarro de agua, que es menos fuerte que el guanaco".[21]

1.2 La protesta como ejercicio de derechos fundamentales

La libertad de expresión posee una doble dimensión. Por una parte, se satisface, en principio, asegurando a las personas la posibilidad de expresarse sin censura previa y sin restricciones desproporcionadas. En este sentido, se trata de un derecho que se ejerce de manera individual. Por otra parte, posee una dimensión colectiva, aquella por la cual se le concibe como "piedra angular de los sistemas democráticos e indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada".[22] Esta faz colectiva comprende el derecho de las personas "a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista"[23] y el derecho de la sociedad de recibir las expresiones e informaciones libremente divul-

19 La prensa alternativa sí lo hizo: "La niña intentó, antes del hecho, buscar explicaciones (de boca de la ministra) a por qué cuando ella y sus pares y profesores salen a las calles (…) el Estado respondía no con argumentos sino con bombas lacrimógenas, aguas urticantes, golpes de palo en las cabezas y patadas de energúmenos contra niños, niñas y maestros de escuela" (El Ciudadano.cl, "La ministra perversa, María Música y el H2O", 16 de julio de 2008). "Primero, Carabineros la golpea brutalmente. Nadie dice ni hace nada. Después la niña intenta hablar con la ministra para explicarle cómo la han golpeado brutalmente. La ministra no la escucha y Música, en un acto de impotencia, la moja" (La Alternativa.org, "Firma para que Unicef defienda a María Música Sepúlveda"). "La estigmatización de las movilizaciones recientes, el frío desprecio de la ministra Jiménez por los estudiantes son una prueba irrefutable del miedo que se les tiene, desde el poder" (Observatorio de Conflictos Laborales, "María Música", www.elojolaboral.org).
20 Entrevista de *La Página* a María Música Sepúlveda y a su madre, Ruth Cavieres: "Puede que el acto no haya estado bien. La manera de hacerlo no estuvo bien", 9 de agosto de 2009, http://revistalapagina.com.
21 Cultura en Movimiento.cl, "Puede que el acto no haya estado bien. La manera de hacerlo", 21 de agosto de 2008.
22 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, Nº 5, 13 de noviembre de 1985, párr. 69.
23 Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C Nº 107, párr. 110.

gadas.[24] Las obligaciones para el Estado son dobles, simultáneas y de igual importancia en cada una de estas dimensiones.[25] En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión

> requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[26]

Cuando nos referimos a las movilizaciones sociales, ambas dimensiones de la libertad de expresión inevitablemente se entrelazan con la libertad de reunión, de asociación y el derecho de petición. Si la libertad de expresión impacta a la comunidad, esto es, la dota de opiniones e informaciones que le permitan estar informada para ejercer sus derechos, las posibilidades de éxito de esa difusión de información se relacionan con la posibilidad de llegar al mayor número de personas. Este punto es crucial para los grupos que se expresan a través de protestas sociales. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, atenta a esta realidad, ha dicho que

> Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a la información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenados. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos.[27]

La protesta, entonces, viene a constituirse muchas veces no en el mejor mecanismo sino en *el* mecanismo que permite a los grupos marginados del proceso político hacer sentir sus demandas.[28] Estos grupos –estudiantes, indígenas, mujeres, minorías sexuales, inmigrantes, entre

24 Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile,* sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C Nº 151, párr. 75-7.
25 Center for Justice and International Law, *Protection of the right to freedom of expression in the inter-american system,* San José, CEJIL, 2004, pp. 79-80.
26 Corte IDH, *"La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile,* sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C Nº 73, párr. 64.
27 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005,* OEA/ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, p. 129.
28 Eric Barendt, *Freedom of expression,* Oxford, Oxford University Press, 2ª ed., 2007, p. 268.

otros– suelen carecer de los medios de incidencia que poseen otros actores sociales: no tienen "línea directa" con los gobernantes, como la tienen algunos empresarios, por ejemplo, que son recibidos por autoridades incluso en La Moneda; no pueden contratar *lobbystas* ni cuentan con recursos suficientes para situar sus demandas en la agenda pública a través de los medios tradicionales de expresión. La posibilidad de que sus demandas sean al menos escuchadas depende de poder llamar la atención de las autoridades, y para lograrlo las libertades de asociación, de reunión y expresión configuran las garantías sustantivas y procedimentales que les van a permitir dotar de fuerza a esas demandas. Sustantivas, porque sus puntos de vista no podrán ser censurados por su contenido, y procedimentales porque esas libertades les permiten definir las actividades específicas con las que manifestarán sus críticas.[29]

En una democracia, los puntos de vista sobre las políticas públicas, en especial si son críticos, son parte del discurso protegido por la libertad de expresión. Ahora bien, ocurre que los reclamos de los grupos que utilizan la protesta están directamente vinculados con el diseño e implementación de políticas sociales: calidad de la educación pública, vivienda, condiciones laborales, proyectos de inversión que no respetan la normativa ambiental, reivindicaciones históricas de pueblos ancestrales. Todos ellos son asuntos de interés público que por ese hecho gozan de una protección especial,[30] y cuya limitación debe someterse a un estricto estándar de escrutinio:

> La libertad de expresión e información (...) debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben (...). Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso.[31]

De ahí que para poner coto a las movilizaciones sociales no baste con alegar alteraciones al orden público; el Estado debe justificarse y de-

29 Id., pp. 271-73. Ver también Centro de Estudios Legales y Sociales, *El Estado frente a la protesta social 1996-2002,* Buenos Aires, CELS/Siglo XXI, 2003, pp. 12-23; y *El Mercurio,* "Violentos focos de conflicto se registraron en Quellón e Iquique por demandas sociales", 21 de mayo de 2009.

30 Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica,* párr. 127. "El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público".

31 Id., párr. 126 (citando la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Dichand and others vs. Austria).*

mostrar, más allá de meras alusiones genéricas, que las movilizaciones efectivamente causan perturbación al orden público, cómo lo hacen y qué perturbaciones son aquellas.[32] Aun así, una vez que se ha acreditado una afectación concreta de derechos de terceros, el Estado debe considerar que hay un conflicto de derechos que resolver. Pero, frente a protestas sociales, suele esgrimirse como justificación para limitarlas o reprimirlas el respeto a la *supuesta* afectación de los derechos de la mayoría,[33] como lo demuestran las palabras del entonces subsecretario del Interior, Felipe Harboe, a propósito de manifestaciones de trabajadores que bloqueaban el acceso al lugar de trabajo: "En este país no pueden alterarse los derechos de los miles y miles de ciudadanos que quieren recurrir tranquilamente a sus lugares de trabajo".[34]

Es el mismo argumento tras las propuestas de regulaciones legales que analizaremos más adelante. Sin embargo, este posible conflicto de derechos es solo el punto de partida de un análisis que todavía debe realizarse; que haya personas que quieran ingresar a un recinto "tomado", por ejemplo, solo demuestra la existencia de una colisión de derechos, que debe decidirse según las razones concretas que concurran al caso, sin que las protestas y movilizaciones por sí solas lleven las de perder.[35] Lo confirma la Relatoría para la Libertad de Expresión:

> No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se* (...), un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etcétera).[36]

32 Veremos más adelante que la ausencia de una afectación concreta de derechos fue lo que llevó a un juez de garantía de Santiago a rechazar querellas presentadas por la Intendencia, y que el Parlamento también ha querido ver una conexión automática entre protestas, desorden y afectación de derechos de terceros que no participan en las movilizaciones, cuestión que debe probarse antes que presumirse. Según los estándares internacionales, las limitaciones a la libertad de expresión deben estar definidas en forma clara y precisa en una ley en sentido formal y material, perseguir objetivos autorizados por la Convención, Americana sobre Derechos Humanos y ser necesarias en una sociedad democrática, debiendo utilizarse siempre medidas proporcionadas a la finalidad que se persigue.
33 *Informe 2008,* pp. 64-68. También los tribunales de justicia chilenos invocan este criterio.
34 Tele13online, "Bachelet sobre incidentes: 'La democracia no necesita desorden ni violencia", 29 de agosto de 2007.
35 Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: El primer derecho,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 36-41 y, especialmente, 72-74.
36 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005,* pp. 150-151.

1.3 Regulación legítima de la protesta

Como se ha explicado, las movilizaciones y protestas sociales involucran el ejercicio de derechos constitucionales y de derechos garantizados por el sistema internacional de los derechos humanos. En una movilización se ejerce la libertad de expresión, la libertad de reunión, la libertad de asociación y el derecho de petición. En tanto ejercicio de derechos, las movilizaciones pueden ser objeto de regulaciones.

Por la estrecha conexión que existe entre movilizaciones y libertad de expresión, el sistema internacional de los derechos humanos ha entendido que cualquier limitación a la protesta "debe responder a una rigurosa justificación"[37] y solo por las causales y con las condiciones establecidas en los tratados internacionales.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que las restricciones a la libertad de expresión y al derecho a reunión únicamente se justifican cuando: (1) se encuentran establecidas por ley; (2) con el objetivo de proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la salud o la moral, los derechos y libertades ajenos; y (3) siempre y cuando se trate de restricciones necesarias en una sociedad democrática, esto es, cuando sea una medida proporcional.[38]

La conclusión es tan obvia como relevante: el Estado no puede invocar cualquier razón para justificar las restricciones a estos derechos. Dentro de los argumentos que un Estado no puede invocar se encuentran las razones de contenido y la asimilación inmediata entre protestas y desórdenes. Sobre lo primero, es decir, sobre el contenido de las movilizaciones, algo ya se ha dicho: si las protestas sociales son ejercicio de la libertad de expresión, entonces el Estado no puede descansar en su contenido para decidir si las autoriza o las restringe. En caso contrario, estaría *censurando* ciertas opiniones, cuestión que se vuelve fundamental cuando ese contenido es crítico de la actuación estatal.[39] Por eso el sistema internacional de los derechos humanos rechaza las diferencias que pueda hacer el Estado autorizando y promoviendo las movilizacio-

37 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, caso *Tae-Hoon Park vs. Republic of Korea,* Communication Nº 628/1995, U.N. Doc. CCPR/C/64/D/628/1995, 3 de noviembre de 1998, párr. 10.3. "The right to freedom of expression is of paramount importance in any democratic society, and any restrictions to the exercise of this right must meet a strict test of justification. While the State party has stated that the restrictions were justified in order to protect national security and that they were provided for by law, under article 7 of the National Security Law, the Committee must still determine whether the measures taken against the author were necessary for the purpose stated." (El derecho a la libertad de expresión es de superior importancia en cualquier sociedad democrática, y cualquier restricción a este derecho debe ajustarse a un estricto estándar de justificación. Mientras el Estado parte [Corea] ha declarado que las restricciones se encontraban establecidas por ley y justificadas en orden a la protección de la seguridad nacional , de conformidad al artículo 7 de la Ley de Seguridad Nacional, el Comité debe todavía determinar acaso dichas medidas fueron necesarias para alcanzar el propósito declarado).
38 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005,* p. 136.
39 Eric Barendt, *Freedom of expression.* En el mismo sentido, el artículo 19 Nº 12 de la Constitución prescribe que las personas tenemos la libertad de manifestar nuestras opiniones por cualquier medio, "sin censura previa".

nes afines a sus programas y políticas (como ocurrió con las marchas contra la decisión del Tribunal Constitucional en el caso de la anticoncepción de emergencia) y restringiendo las contrarias.

Sobre la asimilación automática entre movilizaciones y desórdenes, la carga de la prueba –vale decir, la argumentación– se atribuye al Estado. Muchas veces las manifestaciones se prohíben o limitan sobre la base de referencias vagas y genéricas al "orden público", sin que existan razones suficientes para comprender cómo es que ese orden público podría verse afectado.[40] Para evaluar estas razones se requiere que sean detalladas y públicas, estándar que no se satisface en el caso chileno. Intendencias y gobernaciones poseen la facultad legal de autorizar y prohibir las movilizaciones,[41] la que se ejerce con toda discrecionalidad y en contra de lo sugerido por la Relatoría para la Libertad de Expresión. Pero, además, las restricciones se imponen porque se asimilan hechos ocurridos en movilizaciones pasadas con la mera posibilidad de disturbios.[42] En efecto, parte importante de los proyectos de ley que buscan limitar las movilizaciones sociales se apoyan en esa "conexión automática" entre éstas y el desorden público.

Dicho lo anterior, tampoco se justifica el ataque a la crítica de la criminalización de la protesta social reduciéndola al absurdo. Esta crítica no busca la inacción estatal, la pasividad de las autoridades frente a disturbios que reclaman control. Solo persigue definir los límites que el Estado debe respetar en esa actuación, en parte porque se ha comprometido a hacerlo, como ocurre con los estándares en derechos humanos. Sobre el Estado pesa un número importante de obligaciones que en algunos casos reclamarán su abstención (como cuando se le exige no censurar por contenido las movilizaciones) y en otros su acción (como cuando debe otorgar protección a los manifestantes frente a audiencias hostiles).[43]

Uno de los aspectos más criticados por organizaciones de la sociedad civil tiene que ver con la intervención del Estado regulando las movilizaciones en lugares públicos, y con el control de las manifestaciones a través de las fuerzas policiales. Sobre este último punto volveremos al revisar algunos hechos relevantes del período, así como las restricciones que buscan imponer algunos proyectos de ley. Sobre la regulación de las protestas ("manera, tiempo, lugar"), el sistema internacional de los derechos humanos piensa que "la exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión".[44] De nuevo, y justamente porque

40 Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: El primer derecho,* p. 4.
41 *Diario Oficial,* D.S. 1.086, Santiago, 16 de septiembre de 1986.
42 *Informe 2008*, pp. 57-59.
43 Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos humanos en Argentina: Informe 2009,* Buenos Aires, CELS/Siglo XXI, 2009, pp. 192-193.
44 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005,* p. 150.

al regular las movilizaciones el Estado regula el ejercicio de derechos, tampoco puede invocar cualquier razón. Por lo tanto, hay que prestar atención no a la procedencia de regulaciones de "manera, tiempo y lugar" sino a las razones y los efectos de esas regulaciones; por ejemplo, que los grupos marginados de la comunidad o críticos del gobierno no sean los únicos no autorizados o restringidos.

No es inusual que una regulación esconda el intento de impedir expresiones críticas o inconvenientes; una aparente regulación del "lugar" donde deben transcurrir las manifestaciones puede querer impedir que alcancen sus fines específicos, desplazando a los manifestantes, por ejemplo, hacia zonas donde sus reclamos serán escasamente percibidos.

2. MOVILIZACIONES Y CRIMINALIZACIÓN EN CHILE: HECHOS, INTERVENCIONES Y PROYECTOS DE LEY

A continuación se analizan los episodios más críticos en torno a la protesta social en Chile, dentro del período estudiado. Se incluyen las declaraciones del Estado, la más de las veces deslegitimando esta forma de expresión, las denuncias de abusos policiales cometidos en el control de las movilizaciones, y algunas presiones a propósito de decisiones judiciales relacionadas. Hacia el final se revisan algunos proyectos de ley que buscan limitar las movilizaciones sociales.

2.1 El caso de los deudores habitacionales

Hoy en Chile, muchas de las situaciones que constituyen el motor de las protestas son planes sociales mal diseñados o mal implementados por el Estado, no demandas que buscan ganar terreno por la vía fácil, como sugieren las palabras del subsecretario del Interior, Patricio Rosende, sobre Andha Chile ("hay miles de chilenos que tienen problemas con la banca privada y se sacrifican, trabajan para pagar sus deudas"). El Transantiago o la relación del Estado con el pueblo mapuche originan la protesta porque son planes mal diseñados; la privatización sin fiscalización estatal del acceso a la vivienda produce movilizaciones por ser un plan mal implementado.

Las protestas más activas de este tipo durante 2009 han sido las de los deudores habitacionales. El movimiento surge en torno al reclamo de varias familias que mantienen deudas con la banca privada, que en su momento fue el único mecanismo por el cual pudieron acceder a sus viviendas sociales. El Estado ha sido claro en su respuesta: propone repactar los créditos adeudados, de suerte que estas personas obtengan dividendos más adecuados, con la misma oportunidad que han tenido

otros chilenos de renegociar sus créditos a tasas más bajas.[45] Los deudores, en cambio, reclaman una "solución efectiva y digna, no es que nos condonen la vivienda y que no paguemos más. La instancia que nosotros estamos señalando es que se condone la deuda a toda la gente vulnerable de este país".[46]

Pero el Estado no puede admitir la condonación de deudas, porque mantiene que el problema de la vivienda es de carácter privado (la Constitución no reconoce el derecho a la vivienda). Así, ha declarado que condonar las deudas sentaría un precedente "de resolver deudas de carácter privado a todos los que lo soliciten con movilizaciones de alto impacto", como dijo la vocera Carolina Tohá, o, en palabras del subsecretario del Interior, Patricio Rosende: "Es complejo que generemos el precedente de que cada vez que eso sucede el Estado va a ir y va a responder por esas deudas".[47]

ANDHA Chile a Luchar es el grupo de deudores habitacionales que ha protagonizado buena parte de las protestas sociales en el país, incluyendo interrupciones en discursos presidenciales, huelgas de hambre y tomas de espacios públicos. Este grupo incomoda al Estado, lo que se ha manifestado en presiones inadecuadas a los líderes del movimiento y el uso desmedido de la fuerza en el control de sus movilizaciones.

En abril de 2009 la vocera del movimiento, Roxana Miranda Meneses, fue formalizada por el delito de amenazas a la Presidenta de la República. En una protesta, la vocera habría dicho: "Espérense que le tenemos una sorpresa a la Presidenta; prepárense, que se prepare la Presidenta no más, que resguarde su seguridad, es solamente un mensaje para ella". Al día siguiente fue detenida, formalizada y dejada en libertad mientras se desarrollaba la investigación. Ella declaró que se trataba de un "mensaje que han hecho los deudores habitacionales, el cual es que van a seguir luchando por los derechos humanos fundamentales, el que es tener una vivienda digna".[48] Para el ministro del Interior, quien patrocinó una querella por desórdenes públicos y amenazas en su contra, "nadie tiene derecho a ponerse por sobre la ley y contra eso vamos a ser inflexibles. Sobre todo cuando se trata de un grupo que en este caso en particular a nuestro juicio es grave, contra la Presidenta de la República (sic)".[49]

45 "Información para deudores hipotecarios del Programa Especial de Trabajadores (PET) D.S. 235 (V. y U.) de 1985, según Decreto 174 del 3 de octubre del 2007, que dispone el beneficio para estos deudores habitacionales", www.bancoestado.cl.
46 *The Clinic,* "Deudores habitacionales se toman el Mapocho", 15 de mayo de 2009.
47 Cooperativa.cl, "Carolina Tohá y Andha Chile: 'No queremos sentar un precedente pagando deudas privadas", 19 de junio de 2009.
48 Cooperativa.cl, "Vocera de Andha: 'En ningún momento amenacé a la Presidenta", 24 de abril de 2009.
49 La Tercera.com, "En libertad queda vocera de Andha Chile por amenazas a Presidenta Bachelet", 24 de abril de 2009. Rosende agregó que la querella se justifica por "razones de seguridad". *El Mercurio,* "Dejan libre a mujer acusada de amenazar a la Presidenta", 25 de abril de 2009.

Si se miran las protestas que el grupo ha desplegado en el pasado, se puede concluir que la vocera buscaba advertirle a la Presidenta que seguirán interrumpiendo sus actos mientras no se les ofrezca una solución razonable.[50] Su abogado sostuvo que no había "ningún antecedente que otorgue credibilidad a la amenaza" de Miranda, al menos no en el sentido en que la entendió el Estado, pues "los supuestos delitos de desórdenes públicos y amenazas no son más que imaginerías que están en la mente del Ministerio Público y del Ministerio del Interior (...) aquí lo que hay es que en Chile se pretende imponer una peligrosa lógica de criminalización de la pobreza social, la que se expresa en la judicialización de conflictos que nada tienen de judicial".[51] En esa misma línea, Eduardo Yáñez, del Comité Pro-Defensa Ciudadana, señaló: "Esta querella constituye un mecanismo ilegítimo de la autoridad para acallar la crítica ciudadana. Es hora de que el Gobierno deje atrás acciones propias de Estados autoritarios, cuyos gobernantes parecen mirar con desconfianza y desprecio a quienes expresan, incluso de mala forma, sus problemas".[52]

Sin embargo, fue la ocupación de la ribera del Mapocho lo que más atrajo la atención durante el 2009. El grupo se instaló a acampar en una de las riberas del río, para mostrar qué ocurre con las familias cuyas casas son rematadas por la banca privada. Se trataba de una ocupación que, en todo caso, no obstaculizaba el paso a nadie, salvo cuando subían expresamente a las calles a cortar el tránsito, en acciones intermitentes. Ausente el recurso retórico de los derechos de terceras personas, esta vez el Estado ordenó el desalojo en razón del propio bienestar de los ocupantes. Se argumentó que, si llovía como estaba pronosticado para esos días, sus vidas correrían peligro por eventuales crecidas del río; el concejal Jorge Alessandri dijo: "Es legítimo que los habitantes se manifiesten, pero en esta ocasión ponen en riesgo su vida".[53] Igor Garafulic, intendente de Santiago, señaló que "aquí se ha actuado con niveles de irresponsabilidad que no tienen nombre (...). Nuestra gran prioridad como Gobierno es proteger a todos los ciudadanos".[54]

50 Dijo la detenida: "Yo no amenacé a la Presidenta. Lo que nosotros hacemos son desórdenes públicos. Nosotros sí hemos ido muchas veces a su casa a preguntarle por qué demora tanto la solución a los deudores, porque dentro de esta lucha han muerto deudores esperando una solución. Es por eso la desesperación que nosotros tenemos, es por eso que muchas veces me he metido a la pileta para hacer un llamado de atención a la autoridad". *El Mercurio,* "En libertad quedó dirigenta de Andha Chile acusada de amenazar a la Presidenta", 24 de abril de 2009.
51 La Tercera.com, "En libertad queda vocera de Andha Chile por amenazas a Presidenta Bachelet", 24 de abril de 2009.
52 Id.
53 *El Mercurio,* "Los deudores habitacionales que funan a la Presidenta y acampan en el río Mapocho", 31 de mayo de 2009.
54 *La Nación,* "Protesta de Andha: Intendente ordenó 'evacuación por razones humanitarias", 19 de junio de 2009. Carolina Tohá, nuevamente: "Fue una medida para salvarlos del riesgo que estaban corriendo". *La Nación,* "Más de 50 detenidos en desalojo de deudores de Andha en el Mapocho", 19 de junio de 2009.

Llovió, y más de quinientos efectivos de las fuerzas policiales llegaron para desalojar a la centena de personas que se encontraba en la ribera del Mapocho. Las Fuerzas Especiales utilizaron carros lanzaagua y gases lacrimógenos, los manifestantes quemaron las improvisadas viviendas que habían construido, y la prensa bautizó la batahola como la "batalla del Mapocho".[55] Noventa y cinco deudores fueron detenidos y formalizados al día siguiente por el delito de desórdenes públicos.[56] El Ministerio Público pidió 541 días de presidio, pero el tribunal los dejó en libertad y citados a declarar el mes siguiente. Junto con los pobladores, Carabineros detuvo a dos estudiantes que grababan un documental; la institución, respaldada por el Gobierno, habló "de una operación limpia para salvaguardar la integridad de personas que estaban arriesgando sus vidas. El salvataje ha sido exitoso".[57]

La argumentación para ordenar el desalojo es extraña. Primero, como suele ocurrir con casi todas las referencias al orden público, carecía de antecedentes que permitieran comprender cómo se había afectado ese orden público. Segundo, las personas que desarrollaban la toma buscaban crear conciencia sobre cómo se las afecta en sus derechos cuando se ordenan las evicciones por sus deudas con la banca privada, por lo que las autoridades debieran tener presente que desalojándolos de la ribera se volvía al mismo resultado, esto es, volvía a situarse a estas personas, y a sus familias, en riesgo al tener que buscar alternativas de vida sobre la base de tomas en terrenos ajenos, con los consiguientes problemas que dichas tomas acarrean. Esto podría explicar la porfía de quienes estaban siendo desalojados, pese a que el intendente Garafulic afirmaba que es "muy difícil ayudar a gente que no se quiere ayudar", como si la única ayuda que los manifestantes buscaran fuera la de permitirles seguir con vida.[58]

En efecto, la ayuda que reclamaba esta gente tenía que ver con el acceso y los costos de sus viviendas. Por lo demás, era preciso que el Estado justificase, más allá de vagas referencias, que en los hechos las personas estaban poniendo en peligro sus vidas. No cualquier acto de protesta pone la vida de las personas en peligro, e incluso cuando las personas desarrollan acciones u omisiones de protesta que sí resultan peligrosas para sus vidas –ejemplos sobre este punto abundan en el mundo, partiendo por las huelgas de hambre–, todavía resta por definir si no tienen derecho a hacerlo: ¿qué debe o puede hacer el Estado cuando quien participa en la protesta quiere disponer de su vida para llamar la atención sobre sus demandas?

55 *El Mercurio*, "Carabineros sacó a deudores en la 'batalla del Mapocho", 20 de junio de 2009.
56 *La Nación*, "Hoy formalizan a 95 deudores Andha detenidos en la ribera del Mapocho", 20 de junio de 2009.
57 *El Mercurio*, "Andha Chile amenaza con nuevas ocupaciones", 21 de junio de 2009.
58 La Nación "Protesta de Andha: Intendente ordenó 'evacuación por razones humanitarias".

En este punto, como se ve, la discusión se ha trasladado desde la legitimidad de la protesta hacia la legitimidad de los medios utilizados para la protesta.

2.2 Abusos policiales: ¿hechos aislados o práctica estatal?

La "batalla campal" que se menciona en la sección anterior involucra algo más que desórdenes. Respecto de la criminalización de la protesta social, una de las denuncias que la sociedad civil ha hecho sentir con mayor fuerza apunta a los abusos en que incurren las fuerzas policiales, que van desde detenciones ilegales a violencia innecesaria, aun con casos de muerte. Dictan los estándares internacionales de derechos humanos que el Estado tiene el deber de cuidar la seguridad de los ciudadanos que se manifiestan, ante posibles daños de personas hostiles a la movilización y por supuesto ante abusos en que pueda incurrir el propio Estado; ese deber incluye investigar y reparar las violaciones de derechos. La Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, está consciente de que "una manifestación puede causar molestias u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación intenta promover. Sin embargo, los manifestantes deben poder manifestarse sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores; dicho miedo podría disuadir a asociaciones o grupos de personas que tienen ideas o intereses en común para que no expresen sus opiniones sobre cuestiones sumamente controvertidas que afectan a la comunidad".[59]

Además de garantizar la seguridad de quienes participan en una protesta, el Estado debe utilizar medios razonables en la dispersión de manifestaciones no autorizadas y en el control de las autorizadas. Según expone la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión:

> La Comisión Africana deploró el uso abusivo de la violencia estatal hacia los manifestantes incluso cuando los manifestantes no están autorizados a manifestarse por las autoridades administrativas competentes. La Comisión Africana sostuvo que las autoridades públicas poseen medios adecuados para dispersar a las multitudes, y que aquellos responsables de mantener el orden público deben hacer un esfuerzo en este tipo de operaciones para causar solo el mínimo posible de daños y violaciones a la integridad física y para respetar y preservar la vida humana.[60]

59 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2005,* p. 142.
60 Id., p. 144.

2.2.1 El informe de Amnistía Internacional y la respuesta estatal: ¿hechos aislados o práctica de hostigamiento?

Los hechos de violencia ocurridos en Chile durante 2008 llamaron la atención de organismos internacionales de monitoreo de los derechos humanos, como Amnistía Internacional, cuyo informe anual afirma que:

> Las manifestaciones de protesta social fueron objeto de una creciente criminalización, y en ocasiones se acusó a la policía de hacer uso excesivo de la fuerza contra los manifestantes. Se acusó a la policía de infligir malos tratos a detenidos y hacer uso excesivo de la fuerza (...) Durante una manifestación en Valparaíso, un carabinero a caballo golpeó en la cara al fotógrafo Víctor Salas con un bastón de metal. Los golpes produjeron al fotógrafo una grave pérdida de visión con consecuencias duraderas. Se llevó a cabo una investigación interna, pero no se pudo identificar al responsable, y otras investigaciones posteriores no arrojaron resultados concluyentes.[61]

El Estado, a través del ministro del Interior (s), Patricio Rosende, desmintió "categóricamente que exista una política represiva en Carabineros o en la Policía de Investigaciones en el control del orden público".[62] Si por política el ministro entiende un sistema de órdenes que emanan desde el Estado central hacia las fuerzas policiales, en las que se les manda actuar con violencia excesiva en el control de las manifestaciones, entonces es difícil configurar la hipótesis. Pero ni el informe de Amnistía Internacional sugiere la existencia de una "política represiva" (lo que sugiere es la existencia de una práctica de violencia, que no necesita una dirección centralizada) ni las obligaciones del Estado esperan que haya una política represiva para atribuirle responsabilidades. En efecto, la responsabilidad internacional de Chile no requiere de violaciones tan explícitas como lo sería una política de represión expresa –que siquiera la dictadura de Pinochet admitió–; es suficiente con que haya acciones u omisiones imputables al Estado que impliquen la violación de derechos reconocidos en los tratados internacionales; no se requiere que se trate de violaciones autorizadas, sino de acciones u omisiones ejercidas por agentes del Estado "al amparo de su carácter oficial".[63]

61 Amnistía Internacional, *Informe anual 2009: El estado de los derechos humanos en el mundo,* Madrid, 2009, pp. 144-145.
62 *El Mercurio,* "Patricio Rosende: 'Desmiento categóricamente que exista una política represiva en Carabineros o en la Policía de Investigaciones en el control del orden público", 29 de mayo de 2009.
63 Loretta Ortiz, "Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos", en Claudia Martin y otros, comps., *Derecho internacional de los derechos humanos,* México D.F., Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos y Derecho Internacional Humanitario-Washington College of Law/Fontamara, 2004, pp. 51-59.

Como las obligaciones estatales al amparo del sistema interamericano de derechos humanos incluyen las de prevenir las violaciones, así como investigarlas, sancionarlas y repararlas, la existencia o ausencia de una política expresa es irrelevante cuando existe un conjunto de violaciones a los derechos establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados, que puedan imputarse al Estado.[64]

En otras palabras, cuando el Estado chileno responde de la forma en que lo hizo estrecha el concepto de práctica –al asumir que solo una "política represiva" lo haría responsable–, y pasa por alto los estándares del derecho internacional, según los cuales un Estado puede "comprometer su responsabilidad (...) por la falta de debida diligencia en la prevención de dicha violación, o bien cuando la misma ha tenido lugar con la tolerancia o el apoyo del poder público".[65]

Por ello la respuesta del subsecretario Rosende produjo reacciones en la sociedad civil. El director ejecutivo de Amnistía Internacional Chile, Sergio Laurenti, dijo que resultaba "alarmante que un alto funcionario que es responsable político de la labor de Carabineros de Chile desconozca la realidad con una afirmación tan flagrante", y agregó que "el reconocimiento público que Carabineros de Chile tiene en la sociedad –que no dudo está bien ganado– no puede cegarnos ante los excesos y la brutalidad con la que se realizan algunos procedimientos".[66] Laurenti se refería a la afirmación de Rosende de que Carabineros es una de las instituciones de mayor prestigio en Chile, cuestión que no ocurriría si actuaran con la violencia que se les imputa.[67]

La Unión de Reporteros Gráficos y Camarógrafos de Chile también respondió a Rosende. Según detallamos en el *Informe 2008*, su interés obedece a la agresión que sufrió un reportero gráfico en 2008:

> Repudiamos profundamente las declaraciones emitidas en el día de ayer por el ministro del Interior (s) Patricio Rosende en torno al Informe anual emitido por Amnistía Internacional y que dice relación al estado de los derechos humanos en el mundo y en particular a Chile, donde entre algunos puntos este informe se refiere a la agresión sufrida por el fotógrafo de la

64 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4.
65 Loretta Ortiz, "Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos", p. 75.
66 Amnistía Internacional, "Respuesta al ministro del Interior sobre violencia policial", 29 de mayo de 2009.
67 El mencionado reconocimiento público a Carabineros de Chile surge de encuestas realizadas por el Centro de Estudios Públicos en que la opinión de la ciudadanía sobre este tema, y que no se pone en duda aquí, no surge de respuestas espontáneas sino de preguntas en que Carabineros aparece en una lista con otras instituciones, como la Iglesia, el Parlamento, los municipios, para que el encuestado responda cuánta confianza tiene en cada una de ellas. Las encuestas tampoco identifican zonas en que la labor de los funcionarios policiales es más sensible y constante, como poblaciones marginales en las ciudades o la Región de la Araucanía. Ver Centro de Estudios Públicos, *Estudio nacional de opinión pública Nº 58,* Santiago, 2008, www.cepchile.cl.

> agencia internacional EFE, Víctor Salas, por parte de un policía montado de las Fuerzas Especiales de Carabineros, donde el profesional resultó con graves lesiones y pérdida casi total de la visión en su ojo derecho mientras cubría las protestas que se desarrollaban en las inmediaciones del Congreso Nacional en Valparaíso, durante la cuenta anual de la Presidenta Michelle Bachelet, el 21 de mayo de 2008.[68]

Las declaraciones contenidas en el informe anual de Amnistía Internacional no pasaron inadvertidas en Carabineros de Chile. Sergio Laurenti informó a los autores de este capítulo que el 5 de junio de 2009, una vez finalizado el horario de atención al público, un funcionario de Carabineros se presentó en las oficinas de Amnistía Internacional Chile con el objeto de determinar "cuáles son las actividades en este lugar". Al día siguiente se presentaron dos funcionarios de Carabineros, quienes se identificaron como pertenecientes a la 19ª Comisaría de Santiago. El objetivo de la nueva visita, afirmaron, era atender la conferencia de prensa que se realizaría; sin embargo, ninguna conferencia se había planificado para ese día.

Estos hechos llevaron a Amnistía Internacional a enviar una carta al ministro del Interior, Edmundo PérezYoma, para informarle sobre estos hechos y otros, como cuando efectivos de Carabineros se apostaron fuera de las oficinas de la entidad en dos ocasiones y en el marco de una marcha silenciosa organizada en el contexto del informe "Alto ahí: ¡Basta de violencia policial!". En la carta, Laurenti señaló que se trataba de actividades innecesarias e intimidantes, que debían interpretarse como un "acoso o notorio hostigamiento que busca restringir las libertades y derechos" que la Constitución asegura a las organizaciones de la sociedad civil. En respuesta a la comunicación, el prefecto de Carabineros de Santiago Oriente se presentó en las dependencias de Amnistía Internacional para ofrecer sus disculpas por las molestias ocasionadas, sin aclarar la presencia de los efectivos en las ocasiones individualizadas.

2.2.2 Casos notorios de abuso policial

La citada declaración pública de la Unión de Reporteros Gráficos incluye referencias a hechos de violencia policial ocurridos en el período 2008-09 que merecen atención:

> Si la agresión sufrida por nuestro colega Víctor Salas o aquella donde la niña Kathya Rojas Mora (10) perdió un ojo producto

68 Unión de Reporteros Gráficos y Camarógrafos de Chile, "Declaración pública", 29 de mayo de 2009, http://fotoreunion09.blogspot.com.

> de un disparo efectuado por un miembro de las Fuerzas Especiales de Carabineros, ambos casos en el marco del control de manifestaciones de protesta, no corresponden al uso excesivo de la fuerza o a represión, entonces se puede deducir de las palabras del ministro del Interior (s) Patricio Rosende que en ambos casos se ha hecho uso correcto de los procedimientos policiales en torno al control de este tipo de manifestaciones.

Uno de los hechos de mayor notoriedad se produjo durante una jornada de movilizaciones estudiantiles. En ella, mientras estudiantes universitarios y secundarios reclamaban por la calidad de la educación y por el proyecto de Ley General de Educación (LGE), Carabineros detuvo a varios manifestantes. Frente a las cámaras de televisión, un estudiante universitario comenzó a inquirir las razones de la detención:[69] "¿Estaba robando? ¿Ustedes no están para eso? ¿Estaba consumiendo drogas el cabro?", fueron las preguntas que alcanzó a formular antes de ser detenido por cinco carabineros, sin razón aparente y con fuerza desmedida.

Sergio Laurenti, de Amnistía, destacó que la represión se produjo justo en el momento en que el joven dejaba de hacer preguntas, mientras estaba distraído: "... esto muestra en algún sentido la punta de un iceberg respecto de una labor de la policía que está desbordada". Reconoció la labor policial en la mantención del orden público, pero cuestionó que ese objetivo pueda alcanzarse con la actitud represiva que mostraron las imágenes.[70] Patricio Rosende, subsecretario del Interior, dijo ante la evidencia inequívoca de las imágenes: "Carabineros va a hacer una revisión completa de lo que ocurrió, en el contexto (...) y este tipo de hechos, hechos que son muy aislados, muy poco frecuentes..., cuando actúa la fuerza especial de Carabineros, tienen que ser aclarados". Explicando la actuación de los funcionarios policiales en grupo –que pretende reducir al manifestante que "normalmente intercambiará golpes"–, señaló, en todo caso, que nadie puede ser detenido por inquirir a Carabineros sobre su conducta.[71]

La institución policial tiene su propia versión de los hechos: el estudiante fue detenido porque otra persona –nunca individualizada– lo habría acusado de estar cometiendo desórdenes:

> Acto seguido otro sujeto comenzó a increpar el accionar policial, el cual alertó al personal policial... y logró ser identificado como uno de los individuos que momentos antes estaba cometiendo desórdenes y alteraciones al orden público, lo que una

69 LaTercera.com, "Polémica detención", 13 de mayo de 2009.
70 LaTercera.com, "Amnistía se refirió a polémica detención", 14 de mayo de 2009.
71 LaTercera.com, "El Gobierno y la detención del estudiante", 14 de mayo de 2009.

vez evaluada esta situación, se verificó, y el jefe del dispositivo habría dispuesto la detención del sujeto.[72]

La respuesta de Carabineros es preocupante. Justifica *ex post* una detención ilegal, y con una explicación dudosa. Basta mirar las imágenes de la detención para entender que los policías se exasperaron ante las preguntas del estudiante, y que en momento alguno se le comunicó que alguien lo había identificado como un revoltoso. Por lo demás, el propio subsecretario del Interior calificó la movilización en la que habría estado involucrado el estudiante como "muy tranquila, donde la gente pudo participar y expresar su punto de vista".[73] A pesar de ello, el mismo subsecretario parece aprobar de antemano la respuesta de la institución policial: "Cuando se producen situaciones que requieren una explicación, habitualmente Carabineros la entrega y *es siempre satisfactoria*".[74]

Similar respuesta encontramos en el dramático caso de Kathya Rojas Mora, de diez años, quien perdió la visión de un ojo por el impacto de un balín durante el control policial de las manifestaciones por el "Día del Joven Combatiente".[75] Varios vecinos declararon que Carabineros había intentado controlar la protesta disparando derechamente a las personas, pero el subsecretario Rosende pidió no adelantar juicios respecto del caso: "Estamos en medio del proceso de investigación, se están haciendo las pericias correspondientes (...) No me atrevo todavía a decir quién hizo ese disparo, porque no tenemos antecedentes como para atribuírselo tan abiertamente a un carabinero".[76] Pero las pericias confirmaron la versión de los vecinos: el balín de goma correspondía a la munición que utiliza Carabineros para controlar el orden público.[77]

Confirmado el origen del proyectil –lo que gatilló el alejamiento transitorio del carabinero, destinado a labores administrativas–,[78] Rosende insistió en que Carabineros había colaborado poniendo a disposición de la justicia todos los antecedentes, y destacó como un avance el hecho de que haya sido el propio Laboratorio Criminalístico de Carabineros el que estableciera el origen del disparo.[79] Sin embargo, en un Estado de-

72 LaTercera.com, "Carabineros entrega versión de detenido", 14 de mayo de 2009.
73 LaTercera.com, "El Gobierno y la detención del estudiante", 14 de mayo de 2009.
74 *La Tercera,* "Universitario detenido en protesta estudia acciones legales contra Carabineros", 14 de mayo de 2009; el destacado es nuestro.
75 Este caso se relata también en el capítulo sobre derechos del niño de este *Informe*.
76 Cooperativa.cl, "La Moneda prefirió no adelantar juicios respecto al caso de la niña herida", 30 de marzo de 2009.
77 *El Mercurio,* "El balín que hirió a una niña corresponde a los que usa Carabineros", 2 de abril de 2009.
78 Terra.cl, "Separarán de funciones a capitán de Carabineros por baleo a niña en un ojo", 8 de abril de 2009. El aludido capitán acudió a dependencias de Investigaciones con una chaqueta de la PDI para no ser reconocido.
79 *Publimetro*, "Rosende por baleo de niña: 'Carabineros ha hecho lo que ha correspondido hacer tras un accidente", 3 de abril de 2009. A fines de julio Carabineros recurrió nuevamente a los balines de goma para controlar una manifestación, esta vez de un grupo de estudiantes que se había tomado un liceo de Ercilla, exigiendo "el fin de la militarización y baleo permanente de

mocrático, respetuoso de los derechos fundamentales de las personas, esa actitud debe ser la norma y no algo que merezca la congratulación de las autoridades encargadas de velar por la seguridad interior.

También se conocieron hechos de violencia innecesaria durante el paro de profesores en que reclamaron el pago de montos adeudados por los municipios y protestaron por la LGE. En julio de 2008, una importante movilización de profesores y estudiantes, no autorizada, se llevó a cabo de todas formas y terminó con disturbios y detenidos: "... hemos sido mojados, tenemos un dirigente herido en la cabeza, la represión fue bestial, no pudimos dar ni siquiera un paso y nos atacaron (...) Juntamos aquí a seiscientos profesores, yo creo que es de un éxito extraordinario; a pesar de la represión, marchamos igual", dijo el presidente del Colegio de Profesores, Jaime Gajardo. La ministra de Educación, dando a entender una vez más que el diálogo se había agotado, aseguró que "si [la LGE] no se aprueba en el Parlamento, vamos a volver a la LOCE [Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza], por eso me cuesta entenderlos [a los profesores]".[80]

Otras movilizaciones contra la LGE terminaron con una cincuentena de detenidos en Santiago. Suele ocurrir en estos casos que los disturbios se produzcan cuando los manifestantes intentan acercarse a puntos no autorizados, en este caso el Ministerio de Educación.[81] En abril de 2009 los profesores comenzaron un forcejeo con las Fuerzas Especiales de Carabineros y luego en junio volvió a ocurrir lo mismo, esta vez terminando la manifestación con varios detenidos. El Estado volvió a justificar la acción policial: "No hay que dejarse llevar por las imágenes. Los carabineros actuaron como corresponde, para restablecer el orden y para resguardar los derechos de quienes no participan en las manifestaciones. Se actuó como corresponde, no hay heridos".[82]

En mayo, un grupo de apoderados de colegios públicos de Valparaíso presentó un recurso de protección en contra de los profesores que se mantenían en paro, argumentando que ese paro indefinido "vulnera un derecho garantizado por la Constitución, como es el acceso a la educación".[83] Así es como habitualmente se intenta deslegitimar la protesta: ante una movilización siempre habrá alguien que sentirá sus

casas y familiares en el campo". Cooperativa.cl, "Padres acusaron a Carabineros de actuar con balines contra alumnos detenidos en Ercilla", 31 de julio de 2009.

80 *La Tercera,* "Con serios incidentes y al menos 40 detenidos finaliza acto contra la LGE en Plaza Los Héroes", 8 de julio de 2008.

81 Similares disturbios se produjeron en una marcha de la Central Unitaria de Trabajadores cuando el movimiento quiso llegar cerca del palacio presidencial, por donde no se autoriza a casi ninguna manifestación a pasar (*El Mercurio,* "CUT no descarta realizar nuevos paros si no son acogidas sus demandas", 17 de abril de 2009), y en Valparaíso, durante el discurso de la Presidenta el 21 de mayo, cuando los manifestantes intentaron acercarse al Congreso Nacional (*El Mercurio,* "Desmanes en Valparaíso terminan con 17 detenidos", 22 de mayo de 2009).

82 Cooperativa.cl, "Rosende respaldó el actuar policial en protesta de profesores en La Moneda", 4 de junio de 2009.

83 *El Mercurio,* "Apoderados de Valparaíso presentan recurso de protección por paro docente", 5 de mayo de 2009.

derechos amagados, por ejemplo el derecho de asistir al colegio mientras los profesores paran, o la libertad de desplazamiento mientras los protestantes bloquean al paso. El recurso denunciaba la vulneración "del derecho garantizado constitucionalmente de nuestros hijos a tener derecho a una buena educación, menoscabando su igualdad de oportunidades, en comparación con alumnos de los colegios particulares, sobre todo los octavos básicos y los cuartos medios, quienes deben optar por sus estudios de continuidad".[84] La acción fue declarada inadmisible por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que no encontró hechos que pudieran constituir una violación de garantías constitucionales.

Tras las marchas del primero de mayo, Día del Trabajador, también hubo hechos preocupantes. Unas sesenta personas, detenidas en el gimnasio de la Tercera Comisaría de Carabineros, fueron fotografiadas e interrogadas por un grupo de civiles que se negó a identificarse; "cuando abogados del Departamento de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial llegaron pasado el mediodía al cuartel, alertados por familiares de los arrestados de lo que sucedía, encontraron a estos civiles a cargo de todos los procedimientos en la comisaría".[85] Según la prensa, uno de los abogados consultó sobre la regularidad de la situación y fue obligado a salir del lugar, para que los "civiles continuaran el fichaje de los presos". Fuentes de Carabineros negaron conocer la identidad de los civiles a cargo del procedimiento, que dirigía el fiscal Andrés Montes.

Los detenidos interpusieron un recurso de protección en contra de los funcionarios involucrados y el fiscal Montes, pero la Corte de Apelaciones de Santiago lo declaró inadmisible porque "no se señalan hechos que puedan constituir vulneración de las garantías constitucionales...".[86] Antes, una vez más el subsecretario Rosende había justificado a los funcionarios policiales, reparando solo en aspectos formales del procedimiento y aclarando que Carabineros también realiza investigaciones de civil:

> Todos los detenidos tienen en Chile un decálogo de derechos, las policías lo saben y lo hacen, les comunican, se les informa a los detenidos el conjunto de derechos que les asiste. En este caso, no hay duda de que eso ocurrió. Pero el abogado participa en las audiencias ante los fiscales, en el procedimiento previo no necesariamente tiene que haber un abogado. El detenido tiene derecho a contar con un abogado y a llamarlo, obviamente.[87]

84 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 222-2009, 5 de mayo de 2009.
85 *La Nación,* "Demandan a fiscal y Carabineros", 13 de mayo de 2009
86 *La Nación,* "Rechazan recurso contra fiscal que permitió fotografiar a detenidos", 20 de mayo de 2009.
87 Cooperativa.cl, "Abogados de DD.HH. presentaron recurso de protección contra un fiscal", 14 de mayo de 2009.

Finalmente, Carabineros volvió a ejercer violencia en contra de periodistas, la que se sumó a la detención de documentalistas en el desalojo de los deudores habitacionales del Mapocho. La ocasión fue el desalojo del Centro Cultural Ainil, en Santiago: "... a eso de las cuatro de la tarde acudió al lugar un grupo de efectivos de Carabineros de la Tercera Comisaría de Santiago, quienes procedieron violentamente a exigir que dejaran de tocar sus tambores y se marcharan del lugar".[88] Al no obtener respuesta, un carabinero golpeó a manifestantes e intentó arrebatar la cámara de video de un periodista de *El Ciudadano*, la que finalmente tiró al suelo y destruyó. Según este medio de prensa, una vez que arrojó a un detenido dentro del radiopatrullas, gritó "¿Quién más se va, mierda?".

En resumen, las acciones de violencia policial en el control de las manifestaciones y protestas ocurren. De acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos, como se dijo, no es necesario que exista una política expresa de represión, basta con que las acciones u omisiones puedan ser imputables al Estado, cuestión que asume mayor fuerza cuando los funcionarios que actúan con violencia lo hacen al amparo de su condición de agentes públicos. En estos casos, además, el Estado tiende a minimizar los hechos o a calificarlos de circunstanciales o accidentales.

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha reiterado en todas sus observaciones a Chile que mira con preocupación la "persistencia de malos tratos a personas, en algunos casos equivalentes a torturas, por parte de Carabineros, la Policía de Investigaciones y Gendarmería".[89] En consecuencia, el Gobierno debiera adoptar una política estricta de control de la actuación de las fuerzas policiales, asegurando que los abusos que se cometen serán siempre debidamente investigados. Este último punto, como veremos, también ha resultado problemático.

2.2.3 Investigaciones internas y justicia militar: la ausencia de responsables

Uno de los deberes a los que está obligado el Estado es asegurarse que se conducen investigaciones en esta materia y que los responsables son debidamente sancionados. Pues bien, si los abusos ocurren, han dicho las autoridades estatales, se trata de hechos aislados que en todo caso se sancionan. El modelo de sanciones funciona, según las cifras de la Subsecretaría de Carabineros de Chile; el análisis, sin embargo, es eminentemente cuantitativo. Entre 2006 y 2008, por ejemplo, no existen denuncias presentadas

88 El Ciudadano.cl, "Violencia extrema de carabineros hacia trabajadores sociales y codirector de El Ciudadano", 18 de junio de 2009.
89 ACNUDH/IIDH, *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005),* Santiago, 2005, p. 88.

contra personal de Carabineros por el delito de tortura.[90] En cuanto a malos tratos, registran 730 reclamos presentados, de los cuales 383 corresponden a agresiones y 347 a violencia innecesaria. Las siguientes tablas son claras respecto del resultado de los procedimientos administrativos de sanción:

Rechazados / desestimados	531	(78%)
Medidas disciplinarias	78	(11%)
Desistimiento	58	(9%)
"Llamado de atención u observación"	11	(2%)
Total de casos	730	(100%)

Las sanciones más graves se dividen de la siguiente forma:

Amonestación	17	(16,18%)
Reprensión	39	(38,24%)
Días de arresto	41	(44,12%)
Baja	1	(1,47%)
Total de casos	98	(100%)

Como se ve, la gran mayoría de los reclamos es desestimada en las investigaciones internas. Pero además los números dicen poco cuando no se pueden evaluar los procedimientos de investigación y sanción, que como veremos carecen de formas y garantías adecuadas de imparcialidad. En primer lugar, no puede ser casual que las sanciones representen el menor número de casos, sobre todo las más graves. Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile por mantener una justicia militar incompatible con los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recalcó la imposibilidad de juzgar de modo imparcial que pesa sobre estos jueces:

> El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.[91]

90 Gobierno de Chile, Subsecretaría de Carabineros, Ord. 1.168, 14 de mayo de 2009, párr. 2. Información remitida al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.
91 Corte IDH, caso *Palamara Iribarne vs. Chile,* sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párr. 147.

Este vicio existe siempre que un particular presenta acusaciones en contra de alguien que es par del evaluador de esas acusaciones, y suele explicar la baja tasa de sanciones. El mismo vicio que la Corte Interamericana verifica en el caso de la justicia militar es aplicable entonces a las sanciones administrativas, donde los mismos funcionarios de Carabineros evalúan denuncias en contra de "integrantes, militares en servicio activo, subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, [cuyo] nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez", para recuperar el lenguaje de la Corte.[92]

Veamos un caso reciente. En agosto de 2009, un carabinero de la Región de la Araucanía dio muerte a un comunero mapuche que participaba de una toma. Según la versión del Estado, "al hacerse presente la fuerza policial esta fue repelida por un grupo de comuneros con diversos artefactos, entre los que se encontraba a lo menos una escopeta. Los disparos impactaron en uno de los funcionarios policiales, quien hizo uso de su arma de servicio dando muerte a esta persona...".[93] Más allá de la forma en que se desarrolla el conflicto en la zona, las afirmaciones preliminares de Carabineros de Chile son preocupantes. El jefe de la Novena Zona de Carabineros de la Araucanía, Cristián Llévenes, declaró que la muerte del activista había sido "un acto de 'legítima defensa', por lo que no se realizará un sumario interno".[94] Así, el jefe policial anticipaba una conclusión que en la justicia ordinaria tomaría meses, cuestión que arroja graves dudas sobre la idoneidad de las investigaciones internas de Carabineros para sancionar a los funcionarios que incurren en abusos. A lo anterior se suman las declaraciones del subsecretario Rosende, quien, lejos de repudiar los hechos y llamar a la identificación de responsables, dijo que el Estado "espera que este suceso lamentable llame a la concordia, llame a quienes han desarrollado hechos de violencia a entender que las vías democráticas de solución de los conflictos están por el diálogo, por la concordia y por el entendimiento, no por la violencia".[95]

Los llamados al diálogo, sin embargo, contrastan con los detalles de los hechos. Carabineros sostuvo haber respondido a una emboscada,

92 Id., párr. 155. Los problemas de la justicia militar desde el punto de vista de los derechos humanos son objeto de un capítulo de este mismo *Informe*.
93 *El Mostrador,* "Gobierno confirma que carabinero dio muerte a mapuche y recrudece tensión", 12 de agosto de 2009.
94 *La Tercera,* "Graves disturbios en La Araucanía tras muerte de activista mapuche", 13 de agosto de 2009.
95 Rosende agregó: "Respaldamos, y yo lo he hecho así habitualmente, a Carabineros de Chile, a su institución, a sus funcionarios, no solo en la Araucanía, sino de Arica a Punta Arenas. Yo no puedo respaldar a un carabinero determinado, mi respaldo es a la institución, a sus procedimientos, a la forma como tradicionalmente actúa". *La Tercera,* "Rosende por muerte de mapuche: 'No puedo respaldar a un carabinero determinado'", 13 de agosto de 2009.

pero un testigo contradijo las versiones del Estado y Carabineros al afirmar que vio "cuando venían los chiquillos del fundo de Sergio González, y venían arrancando de los Carabineros que venían disparando".[96] El testimonio fue corroborado por el informe pericial del Servicio Médico Legal, que concluyó que Jaime Mendoza Collío, de veinticuatro años, había sido asesinado de un disparo en la espalda. Por su parte, las pericias de la Policía de Investigaciones en el centro no encontraron disparos de perdigones de los comuneros frente a los cuales Carabineros dijo haber actuado.[97] Cabe contrastar los hechos con las palabras del subsecretario Rosende sobre las vías democráticas de solución de los conflictos.

Más aun, pese a la evidencia el Estado defendió la hipótesis de un enfrentamiento armado. El ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, dijo que "si el carabinero que recibió los perdigones no hubiera ido con todo el uniforme, con todo lo que corresponde, el visor, etcétera, él podría haber muerto".[98] La Fiscalía Militar, entre tanto, procesó al carabinero Patricio Jara por el delito de violencia innecesaria con resultado de muerte. La policía uniformada no inició una investigación interna pues mantuvo la tesis de la legítima defensa, y apoyó jurídicamente al funcionario.

Este episodio demuestra la discrecionalidad con que opera Carabineros en la instrucción de investigaciones internas, lo que a su vez confirma la escasa relevancia de las cifras que la institución entrega. Y hasta cierto punto es comprensible que se sienta cómoda con el ejercicio discrecional de estas funciones, cuando el mismo Estado la apoya, pese a los antecedentes. Rosende repitió la conveniencia de no prejuzgar "con los elementos que tenemos hasta ahora, que son parciales" y, ante la pregunta sobre qué antecedente podría matizar la prueba del balazo por la espalda, respondió que debía tomarse en consideración la declaración del funcionario: "... él dice haber hecho uso de su arma de servicio frente a esa agresión [la supuesta emboscada], son elementos que nosotros entendemos la Fiscalía tiene que tomar en consideración también, de la misma forma como se toman los elementos del lugar por donde fue impactado Mendoza Collío".[99] Estas declaraciones van en la línea de la tesis de los "hechos aislados", que ha permitido que solo se procese a funcionarios de bajo rango y no a sus superiores de los altos mandos.

En conclusión, el asesinato del comunero Jaime Mendoza Collío muestra que, pese a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos

96 *El Mostrador,* "El testimonio que desmiente la versión de Carabineros" 13 de agosto de 2009.
97 *El Mostrador,* "Disparo por la espalda mató a joven mapuche en Angol" 13 de agosto de 2009. Cooperativa.cl, "Peritajes descartan que comunero asesinado portara un arma", 17 de agosto de 2009.
98 *El Mercurio*, "Viera-Gallo: Carabinero que disparó a mapuche 'podría haber muerto", 14 de agosto de 2009.
99 Cooperativa.cl, "Rosende: Las pruebas del ataque al carabinero están en sus ropas", 17 de agosto de 2009.

Humanos, la justicia militar sigue operando en Chile sin ser cuestionada por el Estado. En efecto, la única crítica que se ha escuchado con firmeza contra la justicia militar desde el Estado de Chile se refiere a su tardanza en las investigaciones, sin poner en tela de juicio su legitimidad.[100]

2.3 La posición del Gobierno frente a los fallos judiciales

Según la Presidenta Bachelet, "el Gobierno no comenta los fallos judiciales y por cierto los respeta".[101] Durante el período 2008-09, sin embargo, algunos hechos dan cuenta de un entendimiento diferente de esta doctrina gubernamental, que si bien se ha seguido al pie de la letra en los casos de corrupción que han afectado a los últimos gobiernos, se ha abandonado en causas en que hay indígenas involucrados, sobre todo si se trata de manifestaciones públicas.

Cabe recordar las declaraciones del subsecretario del Interior, a propósito de la absolución de un grupo de personas mapuche que según la Fiscalía había participado del ataque al predio del agricultor René Urban: "Sin duda [es] un fallo curioso, pero es parte del sistema judicial (...). Estos fallos nos inquietan, pero son fallos que corresponden a las atribuciones del Poder Judicial y no los comentamos".[102] El subsecretario agregó que la sentencia "nos indica sí que tendremos que seguir esforzándonos con las policías y con el Ministerio Público para aclarar esta situación".[103] Como se ve, no está claro que el subsecretario se abstenga de comentar una decisión judicial cuando la califica de "fallo curioso". Las palabras de Rosende se inscriben en la misma línea iniciada por su predecesor, Felipe Harboe.

Después de cada protesta social las intendencias, apoyadas por el gobierno central, presentan querellas por el delito de desórdenes públicos en contra de las personas detenidas, en atención a normas del Código Penal.[104] La Intendencia de Santiago, por ejemplo, considera que el orden público se altera cuando se interrumpe el "normal tránsito vehicular y peatonal",[105] o cuando los desórdenes obstaculizan "la normal circulación de los más de 15 mil asistentes al acto [de conmemoración del

100 Críticas tan básicas como la lentitud de los procedimientos en la justicia militar suscitan, además, la inmediata respuesta de los parlamentarios de derecha. Radio Bío-Bío, "Diputados aliancistas polemizan con Viera-Gallo por críticas a la justicia militar", 15 de agosto de 2009.
101 *La Nación,* "Bachelet niega presiones al Poder Judicial por caso Fujimori", 11 de julio de 2007.
102 *La Tercera,* "Rosende tilda de inquietante fallo que absolvió a comuneros acusados de quemar camión", 4 de junio de 2009.
103 Cooperativa.cl, "Rosende respaldó el actuar policial en protesta de profesores en La Moneda", 4 de junio de 2009.
104 El artículo 269 del Código Penal dispone que: "Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados".
105 7º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0700239743-3, 4 de abril de 2007.

1 de mayo]",[106] impidiendo el normal desplazamiento del transporte público necesario "para que los asistentes pudiesen retirarse del lugar".[107] Pero ya vimos que la simple afectación de los derechos de un grupo solo evidencia la existencia de un conflicto de derechos entre quienes ven perturbada su movilidad y quienes ejercen las libertades de expresión y reunión en una protesta.

Así lo entendió el juez titular del 7º Juzgado de Garantía, Daniel Urrutia Laubreaux, quien declaró inadmisibles las querellas patrocinadas por la Intendencia de Santiago. En su razonamiento Urrutia señaló que el tipo invocado por la autoridad, esto es, el delito de desórdenes públicos, demanda la concurrencia de dos elementos: (i) que los desórdenes turben "gravemente la tranquilidad pública, no con cualquier fin sino acotado expresamente a dos objetivos; (ii) Para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier fin reprobado".[108] Según el juez ninguno de los dos elementos concurría en los hechos: los "cortes de tránsito y el rechazo por vías de hecho a las fuerzas de Carabineros que intentaban terminar con la manifestación no pueden ser considerados, dentro del contexto de la manifestación (...) como realizados para causar injuria o daño a alguna persona en particular (...). Asimismo, no es posible calificar los objetivos de la manifestación como reprobables, o dignos de reproche, lo contrario es limitar inaceptablemente la libertad de expresión como la libertad de reunión".

Citando el informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, sostuvo el juez Urrutia que "existen otros medios de control que se pueden disponer, desde la regulación, no la prohibición, de las manifestaciones que de suyo niegan el derecho en sí mismo, invirtiendo el polo de la cuestión, esto es, proteger a los manifestantes, permitírseles ejercer el contenido de sus derechos de expresión y reunión".[109]

El juez también cuestionó la facultad de la Intendencia para presentar las querellas. De acuerdo al artículo 3º del D.F.L. 7.912 de 1927, "los Intendentes y Gobernadores, según corresponda, podrán deducir querella: a) cuando el o los hechos que revistan caracteres de delito hubieren alterado el orden público, impidiendo o perturbando gravemente la regularidad de las actividades empresariales, laborales, educacionales o sociales o el funcionamiento de los servicios públicos o esenciales para la comunidad, o bien impidiendo o limitando severamente a un grupo de personas el legítimo goce o ejercicio de uno o más derechos, libertades o garantías reconocidos por la Constitución Política de la República; b) cuando el o los hechos que revistan caracteres de delito, considerados en conjunto con otros similares y próximos en el tiempo, hubieren

106 7º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0810008804-6, 9 de mayo de 2008.
107 7º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 08100008826-7, 14 de mayo de 2008.
108 7º Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0700239743-3, 4 de abril de 2007.
109 Id., c. 7º.

afectado la seguridad pública, generando en toda la población o en un sector de ella el temor de ser víctima de delitos de la misma especie". Nótese el "*podrán* deducir querella" del texto en cuestión.

Sobre la hipótesis contenida en la letra a), sostuvo Urrutia que ni los cortes de tránsito ni los rechazos por vías de hecho a Carabineros limitaron gravemente la regularidad de las actividades o servicios mencionados, sobre todo considerando el alcance de las manifestaciones, acotadas a unas pocas calles del centro de una ciudad de seis millones de habitantes. Así, no puede decirse que limitaron "severamente" el legítimo goce o ejercicio de derechos, libertades o garantías reconocidos por la Constitución, y "no porque el derecho al libre tránsito no sea importante, sino porque los derechos de expresión y reunión se enquistan en el centro de la existencia misma de un Estado de derecho democrático".[110] Finalmente, aseguró que resulta "prácticamente imposible considerar que toda la población o en un sector de la población se genere el temor de ser víctima de delitos de desorden público. ¿De qué temor estamos hablando? ¿De ser afectados por un corte de tránsito? ¿Temor a ser molestados por el contenido de una manifestación?"[111]

Los argumentos de Urrutia, a pesar de estar en línea con los de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, no gustaron al Gobierno, que decidió intervenir.[112] Un año después, Felipe Harboe, entonces subsecretario del Interior, presentó un reclamo formal por los dichos del mismo juez en una audiencia pública relativa a un juicio simplificado por el delito de turbación grave de la tranquilidad pública.

En el marco del juicio simplificado, donde el Ministerio Público puede acordar con el imputado la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 del Código Procesal Penal), el juez Urrutia habría dicho a imputadas que "si alguna de ustedes es activista o se dedica a alguna de esas situaciones, eventualmente van a ser detenidas de nuevo; es muy probable sobre todo por la situación en la cual en nuestro país se limitan la libertad de expresión y la libertad de reunión en las calles, sobre todo cuando se corta el tránsito". A juicio de Harboe, Urrutia "ha traspasado su papel como juez impartidor de justicia y ha adoptado un papel defensor frente a las infracciones que le ha tocado conocer, lo

110 Id., c. 9º.
111 Id., c. 10º.
112 Decimos que acá existe una intervención, habida cuenta del hecho de que un procedimiento judicial dispone de diferentes instancias de control y chequeo de las decisiones. Acá, en efecto, y suponiendo que no existió intervención alguna, las decisiones habían sido revocadas por la Corte de Apelaciones, la que señaló que "no corresponde en esta etapa procesal al juez de Garantía emitir un pronunciamiento de fondo en orden a que si la norma penal invocada entra en conflicto con alguna garantía constitucional, puesto que tal análisis corresponde analizarlo al juez de fondo". La Corte, sin embargo, y un considerando más arriba, había señalado que la Intendencia se encuentra habilitada para deducir la querella "habida consideración que estos [hechos] se encuadran en la situación fáctica a que la letra a) se contempla en la norma citada [D.F.L. 7.912]". La Corte reprocha el análisis de fondo que ella misma parece realizar, en Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 971-2008, 26 de mayo de 2008, en especial c. 2º y 3º.

cual a este subsecretario le parece inaceptable". Pero, si la presentación de este reclamo formal en contra del juez se debe a sus dichos, no se entiende la necesidad de acompañarlo de dos resoluciones dictadas por Urrutia en la cual declara inadmisibles sendas querellas presentadas por la Intendencia. Finalmente el pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó instruir un sumario administrativo, "atendida la gravedad de los hechos".[113]

La investigación, a cargo del ministro Cornelio Villarroel, da cuenta de la defensa de Urrutia, quien insiste en que solo aclaró a las interesadas las consecuencias de la suspensión condicional del procedimiento. Antes que alentarlas a no aceptar la propuesta –según dice el reclamo de Harboe–, trató de "explicar detalladamente a los imputados sus derechos y obligaciones dentro del proceso, como asimismo las consecuencias adscritas a las decisiones que toman en las audiencias que asisten, todo esto con el objeto de asegurar que dichas decisiones sean tomadas con pleno conocimiento y totalmente informados".[114] No haberlo hecho implicaría violar la exigencia legal que tiene el juez de garantía de asegurarse que el consentimiento sea libre e informado.

El sumario concluyó con la formulación de cargos contra el juez Urrutia por manifestar "anticipadamente apreciaciones sobre el fondo de la materia (...). Haber adoptado una posición de defensa o ilustración exagerada de los imputados (...), haber instado a los imputados a no aceptar la suspensión acordada en el juicio (...), formulando apreciaciones de índole personal en el sentido que en el país se delimitarían las libertades de expresión (sic) y libertad de reunión, apreciaciones subjetivas no compatibles con su carácter de juzgador".[115] Por otra parte, mientras permanecía pendiente la decisión sobre el reclamo formal Harboe abandonó la Subsecretaría del Interior para asumir como diputado, en reemplazo de Carolina Tohá. Al cierre de este *Informe* no se habían registrado avances en este caso, aún pendiente en la Corte de Apelaciones y cuya revisión final quedaría, de todas formas, en manos de la Corte Suprema.

2.4 La conexión automática: restricciones desproporcionadas y responsabilidades

El rechazo a la protesta social no solo lleva al Estado a solicitar sanciones para los jueces que fallen contra sus intereses; también ha impulsado proyectos de ley restrictivos de las libertades de expresión y reunión. Del examen de varios proyectos, tanto de iniciativa guberna-

113 Todas las citas del párrafo, en: Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior, Oficio 14.414, MAT: Formula reclamo por dichos juez Daniel Urrutia en causa que indica, 14 de octubre de 2008.
114 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2.480-2008 (sumario administrativo), 15 de octubre de 2008.
115 Id., fs. 110.

mental como parlamentaria, se desprende que las restricciones que se impondrán sobre las manifestaciones sociales sobrepasan el estándar de proporcionalidad contenido en el sistema internacional de derechos humanos. Los proyectos de ley asumen la existencia de un vínculo necesario entre protestas y alteración del orden público, un hecho que, como se ha insistido aquí, no es automático y debe acreditarse.[116]

Los principales proyectos de ley presentados durante 2008-2009 sobre la materia son: el que busca imponer sanciones pecuniarias a los organizadores de movilizaciones por los daños causados a la propiedad pública y privada, los relativos a maltrato de palabra a Carabineros y una serie de reformas al Estatuto del Periodista que tienden a resguardar legalmente a los reporteros de lesiones y malos tratos.

2.4.1 Responsabilidad por los daños de cargo de los convocantes

Como hemos visto, uno de los principales argumentos a los que el Estado recurre para prohibir movilizaciones, o para restringirlas y reprimirlas, es la ocurrencia de daños a la propiedad pública y privada como consecuencia. La Presidenta Bachelet envió en 2006 un proyecto de ley al Congreso en que propone una serie de reformas en materia de orden público.[117] De acuerdo a la fundamentación del proyecto, las reformas se proponen para regular el derecho de reunión, el que "debe efectuarse de tal forma que no lesione otros derechos sociales o individuales relevantes", sin aclarar cuáles son los derechos relevantes y de cuáles se puede prescindir. La Presidenta expone en su Mensaje que las policías carecen de herramientas probatorias para identificar a quienes participan encapuchados en las manifestaciones, pese a las reformas que en materia de control de identidad se introdujeron en 2007, que permiten el control de los encapuchados.[118] Según la Presidenta, la actuación de quienes causan daños a la propiedad "ha creado en la ciudadanía una sensación de ilegitimidad del derecho de reunión, y temor frente a la eventual comisión de delitos con ocasión de las legítimas manifestaciones callejeras".

Entre varias reformas propuestas, la más restrictiva del derecho a protestar es la que hace responsables del orden público a los organizadores o promotores de las manifestaciones, quienes deberán responder pecuniaria y solidariamente por los daños a la propiedad pública y privada que ocurran en el contexto de marchas autorizadas.[119]

116 Sobre la idea de conexión automática, ver Felipe González M., "Leyes de desacato y libertad de expresión," en *Igualdad, libertad de expresión e interés público,* Cuadernos de Análisis Jurídico 10, Santiago, Universidad Diego Portales, 2000, en especial pp. 228-230.
117 Mensaje Nº 497-354, "Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales en materia de orden público y establece normas en materia de reuniones públicas", 21 de noviembre de 2006.
118 *Informe 2008,* pp. 70-71.
119 Mensaje Nº 497-354, par. II.2.

Según vimos, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos la responsabilidad por la mantención del orden durante las manifestaciones corresponde al Estado y sus fuerzas de orden público, no a los manifestantes. Pese a que el proyecto de ley presume que los organizadores han "puesto todos los medios razonables a su alcance para evitar" los daños por el hecho de cumplir las disposiciones generales de policía, se trata solamente de una presunción que en la práctica podrá desestimarse para hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias. Además, esta presunción no se aplica a quienes no pasen por el control administrativo ante intendencias y gobernaciones, instancias encargadas de autorizar las movilizaciones.[120] Este control, en la práctica, y especialmente luego de estas reformas, se ha transformado en una solicitud de autorización para ejercer derechos constitucionales, lo que contraría las normas del derecho internacional de los derechos humanos que han dispuesto que las notificaciones previas "no deben transformarse en un permiso previo".[121]

En la práctica, la reforma busca desincentivar la solicitud de autorizaciones. Como hemos visto, los grupos sociales que recurren a las movilizaciones suelen ser sectores marginados de la comunidad que encuentran en las protestas *el* mecanismo para hacer escuchar sus demandas. Tratándose de sectores marginados, el miedo a la sanción pecuniaria es tan alto como lo es frente a las sanciones criminales. Como ha señalado la Relatoría para la Libertad de Expresión,

> la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Es cierto que su ejercicio puede ser abusivo y causar daños individuales y colectivos importantes. Pero también es verdad que las restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas. No resulta fácil participar de manera desinhibida de un debate abierto y vigoroso sobre asuntos públicos cuando la consecuencia puede ser el procesamiento criminal, la pérdida de todo el patrimonio o la estigmatización social.[122]

Las organizaciones de la sociedad civil han mostrado su insatisfacción con la medida, que "contraviene el ejercicio de la libertad de expresión.

120 Id. Para este caso el proyecto contempla una presunción de organización: "En caso que no haya habido tal comunicación [la solicitud de permiso a intendencias o gobernaciones], se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública son las personas, naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse; o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación; o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo".

121 Ver, en especial, *Informe 2008,* pp. 52-61.

122 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2008,* OEA/ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev.1, 25 de febrero de 2009, p. 197.

Al usar esta legislación la autoridad limita los derechos ciudadanos, los que en Chile ya están menoscabados por diversas formas de control que experimentan los que organizan manifestaciones, como la presencia de personal policial en las cercanías con armas antidisturbios".[123] El proyecto de ley fue aprobado el 13 de agosto de 2009[124] y al cierre de este *Informe* organizaciones de la sociedad civil solicitaban a la Presidenta el veto del proyecto cuya discusión ella misma inició.

2.4.2 Maltrato de palabra a Carabineros

Otro proyecto de ley restrictivo de las manifestaciones públicas –en especial por el debate que suscitó en el Congreso– lo constituye la iniciativa de parlamentarios de la Alianza por Chile destinada a sancionar criminalmente el maltrato de palabra a Carabineros. El proyecto, redactado en términos muy vagos, pretendía sancionar con pena de prisión y multa a beneficio fiscal a la persona que "maltratare de palabras a uno de los integrantes de Carabineros de Chile, en el ejercicio de sus funciones, o con conocimiento de su calidad de miembro de esa institución". Según María Angélica Cristi (UDI), autora de la moción,

> al radicarse las palabras ofensivas en un representante de una de las instituciones garantes de dichos valores ciudadanos, más aún, [si] quien las recibió se encontraba en pleno cumplimiento de sus funciones, sin duda constituye un delito cuando existe una clara acción ofensiva en contra de un funcionario policial representante del orden y la tranquilidad ciudadana (...) El bien jurídico lesionado por el ilícito, no es otro que el orden y la tranquilidad en el territorio de la República, al radicarse las palabras ofensivas en un representante de una de las instituciones garantes de dichos valores ciudadanos.[125]

Pero el bien jurídico invocado por la moción –el orden público– no puede afectarse en abstracto, sino que es necesario probar que las expresiones dirigidas contra Carabineros efectivamente lo lesionan. La configuración del proyecto de ley establece una conexión inmediata entre maltrato de palabra a Carabineros (lo que quiera que ello signifique) y afectación del orden público, creando una hipótesis de peligro abstracto en el contexto de normas de desacato que están prohibidas por los estándares internacionales de derechos humanos.

123 El Ciudadano.cl, "Diputados a punto de aprobar ley contra las manifestaciones públicas", 17 de junio de 2009.
124 Cámara de Diputados, Oficio 8282, 13 de agosto de 2009.
125 Cámara de Diputados, Boletín 5.969-02, 10 de julio de 2008.

Al conocer el proyecto, la Relatoría para la Libertad de Expresión manifestó al Estado de Chile su "preocupación por esta iniciativa", recordándole "que de acuerdo al principio 11 de la Declaración de Principios, 'las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como *leyes de desacato* atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información'".[126] Agregó la Relatoría que el orden público no puede servir de base para la restricción de las expresiones si no "obedece a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas", y que las "meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, [así como las] circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves" son contrarias a los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

La misma Relatoría ha entregado pautas para configurar el bien jurídico del orden público como un criterio legítimo de restricción de la libertad de expresión. En estos términos, el concepto de orden público "debe ser interpretado de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática", y se define como "las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios". Ese sistema demanda, antes que la supresión de las expresiones, "la máxima circulación posible de información, opiniones, noticias e ideas, es decir, el máximo nivel de ejercicio de la libertad de expresión".[127]

La discusión en la Cámara de Diputados fue reveladora e importante. Reveladora, en tanto la diputada Cristi justificó las aprensiones de la Relatoría al afirmar que su intención era reponer el delito de injurias, esto es, el desacato.[128] Cristi insistió en aprobar la figura tal cual la propuso, pues contribuía a "generar un clima de mayor respeto por la autoridad policial"; curioso argumento, cuando suele reiterarse que la institución está entre las más respetadas por la ciudadanía. Y la discusión fue importante porque durante el debate la Comisión de Defensa Nacional suprimió la sanción al maltrato de palabra a Carabineros. Según el diputado Ignacio Urrutia (UDI), la inclusión de las injurias podría prestarse para abusos por parte de Carabineros –como hemos visto con las detenciones ilegales en el contexto de las marchas–, por lo que el proyecto debía acotarse a sancionar a quienes empleen la fuerza o intimidación contra un funcionario policial. Y así se hizo.[129]

126 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Informe anual 2008*, p. 44.
127 Id.
128 Cámara de Diputados, Legislatura 356ª (sesión 111ª), 3 de diciembre de 2008, p. 29.
129 Cámara de Diputados, Oficio 7.832, 3 de diciembre de 2008.

Algunas voces hicieron sentir su descontento por la forma en que se había aprobado el proyecto. El diputado Álvaro Escobar (Ind.) recordó a la Comisión que el proyecto destinado a sancionar el maltrato a periodistas permanecía pendiente: "... el maltrato u obstrucción (...) del que son objeto los profesionales de la prensa cuando están trabajando para informar sobre manifestaciones o alteraciones al orden público" proviene justamente de "esos profesionales a quienes queremos proteger con este proyecto, es decir, Carabineros de Chile".[130]

2.4.3 Reformas al Estatuto del Periodista

También hubo novedades en el proyecto mencionado por el diputado Escobar. El Congreso había estado discutiendo proyectos a propósito de situaciones como la del periodista Víctor Salas, objeto de violencia policial en la cobertura de una protesta, aunque la violencia sobre las demás personas sigue siendo un asunto desplazado de la agenda pública.[131]

Lo que más llama la atención del proyecto aprobado –en lo que dice relación con las movilizaciones sociales y el trabajo periodístico– es que ordena a los medios de comunicación "contratar un seguro que proteja al periodista y al personal auxiliar ante el riesgo implícito de la actividad profesional o informativa que ellos desarrollen". De la misma forma se propone la pena de presidio menor a quien "con violencia o fraude obstruyere, obstaculizare o impidiere ejercer de cualquier forma, directa o indirecta, el ejercicio profesional del periodista". [132]

Durante la tramitación del proyecto, sin embargo, se incluyó una indicación a la obstrucción de la labor periodística que proponía exceptuar de su aplicación justamente a Carabineros. El abogado del Ministerio Secretaría General de Gobierno, Cristián Elgueta, dijo sobre ello que "en virtud de un acuerdo alcanzado con el Ministerio del Interior, no sería aplicable a las policías cuando éstas actuaran en el ejercicio legítimo de sus funciones, lo cual haría necesario llegar a un consenso entre el Colegio de Periodistas y la Unión de Reporteros Gráficos",[133]

130 Cámara de Diputados, Legislatura 356ª (sesión 111ª), p. 31.
131 Los periodistas cuentan con apoyo gremial y una buena organización que les permite reclamar ante malos tratos, instancias de las que una persona común y corriente carece. No se trata de una crítica al Colegio de Periodistas sino a la escasa institucionalidad que el Estado provee a las personas para formular sus reclamos. Sobre la violencia policial contra los periodistas que el diputado Escobar pidió considerar, la diputada Cristi respondió, en clara discordancia con los antecedentes de este capítulo, que "son muy duras las sanciones que se aplican a Carabineros por actuaciones consideradas abusivas en contra de las personas. Existen numerosas disposiciones en ese sentido. Debemos recordar que la mayoría de las veces Carabineros pasa más tiempo dando explicaciones que reclamando por las agresiones de que son objeto".
132 Cámara de Diputados, Boletín 4.822, 10 de enero de 2007.
133 Cámara de Diputados, Informe de la Comisión Especial sobre las Libertades de Pensamiento y Expresión, el Derecho a la Información y los Medios de Comunicación recaído sobre el proyecto de ley que determina el Estatuto del Periodista, 13 de mayo de 2009. Distinta fue la posición del presidente de la Asociación Nacional de Prensa, quien manifestó que "la obstrucción de que trata la propuesta se encontraría sancionada bajo la figura descrita en el artículo 496

quienes habían manifestado su preocupación por la excepción. Elgueta aventuró que "probablemente en las próximas manifestaciones públicas que puedan dar lugar a conflictos, los periodistas y camarógrafos exhibirán un peto o distintivo amarillo, a fin de que Carabineros no pueda argumentar ignorancia acerca de la calidad de periodista", como anticipando que la violencia se ejerce de todas formas, pero asegurando una excepción para los reporteros. Incluso llegó a afirmar que para las posibles obstrucciones y lesiones "estaba el seguro".

En la discusión en particular este punto fue discutido por separado. Por una parte se discutió la figura principal, que sanciona la obstrucción por vías del ejercicio del periodismo, y por otra la excepción que se proponía para Carabineros.[134] El diputado Escobar volvió a la carga sobre el primer punto, señalando que era preciso agregar la violencia psicológica, pues tal cual como estaba redactado el inciso parecía referirse solo a la violencia física. El diputado logró el apoyo de la Comisión. Sobre la exclusión de Carabineros, Escobar insistió en que implicaba dar carta blanca a la policía para ejercer violencia contra profesionales que se encontrarían trabajando para informar sobre hechos de interés público. Nuevamente logró el apoyo de la Comisión, salvo por el diputado Roberto Delmastro (RN), quien sostuvo "que no podía olvidarse que respecto a este punto coexistían dos verdades: la de los periodistas y camarógrafos que reclamaban por la violencia policial, y la de las policías, que hacían ver que su trabajo se desarrollaba en un medio altamente tensionado". El proyecto fue aprobado del siguiente tenor:

> El que con violencia obstruyere o impidiere el ejercicio de la actividad periodística, en cuanto esté destinada a buscar, recibir y difundir información sobre hechos de interés público, será sancionado con la pena de multa de una a cien unidades tributarias mensuales.
> Para estos efectos, se entenderá como hechos de interés público, los enumerados en el artículo 30, inciso tercero, de esta ley.

N° 16 del Código Penal, conocida en la doctrina como coacción y que asigna una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales 'al que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera'".

134 Id. La excepción disponía: "No será aplicable lo establecido en este artículo a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, cuando en el ejercicio legítimo de sus facultades, intenten mantener o restaurar el orden público, dar cumplimiento a órdenes judiciales, reprimir o investigar hechos delictivos o realizar cualesquiera otra acción propia de sus competencias".

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Estado de Chile ha establecido una relación necesaria entre protestas sociales y desórdenes públicos. Esta "conexión automática" se ha establecido en el nivel discursivo con las declaraciones de las autoridades, en el nivel legislativo con los proyectos de ley aprobados, en el nivel administrativo con la denegación de permisos o la alteración de los recorridos solicitados, y en el nivel judicial con las sentencias dictadas.

Carabineros de Chile ejerce violencia innecesaria y no en casos aislados, sino como una práctica institucional en el control de las protestas, práctica que constituye una violación a los derechos de los manifestantes. Este control represivo ha sido respaldado por el Estado, así como las investigaciones internas, cuando se inician. Más aun, el Estado no ha cuestionado la legitimidad del funcionamiento de la justicia militar (solo su lentitud), que es la instancia encargada de revisar las investigaciones internas o de investigar las denuncias de violencia innecesaria cuando no hay investigación interna, como en el caso del comunero Jaime Mendoza Collío. En otro capítulo de este *Informe* se verá que los avances de la reforma a la justicia militar son lentos e insuficientes.

La asimilación que el Estado hace de las protestas con los desórdenes lo ha llevado a tener en cuenta los derechos de solo algunos de los involucrados –quienes no pueden pasar ante una ruta bloqueada, por ejemplo–, sin considerar, como recomienda la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que las movilizaciones sociales involucran el ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación y el derecho de petición. Todos sus argumentos en esta materia se han construido en torno del llamado al diálogo, instancia que las más de las veces es solo formal, de carácter informativo e instaurada en la medida en que el Estado lo considere necesario.[135] Ese diálogo al que se invita a los sectores marginados dista de ser uno en que las partes concurren en pie de igualdad, lo que gatilla el recurso a otras formas de llamar la atención sobre demandas que, por lo demás, siempre se relacionan con la política social estatal.

135 Cabe recordar que el Tribunal Constitucional señaló, a propósito de la revisión de constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, que "la consulta a los pueblos interesados que dispone el Nº 1 del artículo 6º del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas (…) La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante". Y agrega que "al disponer el artículo 6, Nº 2, del Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece". Tribunal Constitucional, Rol 1.050, 3 de abril de 2008.

Tomando en cuenta los antecedentes presentados en este capítulo, se formulan las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

1. Introducir, por vía legal o reglamentaria, criterios orientadores que intendencias y gobernaciones deban observar al momento de autorizar las solicitudes de reuniones en espacios públicos. Esos criterios deben contener referencias precisas a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión, derecho de reunión, libre asociación y derecho de petición a la autoridad.
2. Instruir a sus funcionarios a no emitir declaraciones que respalden el ejercicio de la violencia estatal si existen investigaciones (administrativas o judiciales) pendientes.
3. Modificar el proyecto de ley que impone la obligación de pagar los daños a los organizadores de las movilizaciones, porque constituye censura e imposición de una carga desproporcionada sobre la ciudadanía, generalmente la más marginal.
4. Reformar el sistema de justicia militar, reduciendo su competencia para juzgar a civiles.
5. Discutir y proponer una reforma legal a los procedimientos de investigación internos de Carabineros de Chile, adecuándolos a los estándares del debido proceso. Solo una investigación interna seria, sujeta a estándares de transparencia e imparcialidad, podrá dotar de sentido a las cifras de sanciones que la institución exhibe.
6. Asegurar que los carabineros que intervienen en el control de las movilizaciones ciudadanas estén debidamente identificados, situación que debe extenderse a los móviles de la institución.
7. Capacitar a funcionarios policiales en el derecho internacional de los derechos humanos, incorporando temáticas de desarrollo más reciente, como la protesta.

SISTEMA PENITENCIARIO Y DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

El 2008 fue un año clave en materia de condiciones carcelarias en Chile. La autoridad, reacia a aceptar las denuncias que durante años venía haciendo la sociedad civil, reconoció por fin la crisis del sistema tras una serie de informes de instituciones públicas, de huelgas de funcionarios y de la visita de la Relatoría para los Privados de Libertad de la CIDH. Aquí se da cuenta del proceso. Primero se levantan cifras clave del sistema penitenciario, que demuestran que la imagen de la "puerta giratoria" es falsa. Luego se describe la actividad del movimiento pro derechos fundamentales en las prisiones y la respuesta de las autoridades a sus denuncias. Después se revisan los informes críticos de la Contraloría General de la República, la Cámara de Diputados y la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, junto con la visita de la Relatoría y sus efectos. Lo que emerge de estos documentos es una realidad de vulneración de derechos, de hacinamiento, tortura, problemas de rehabilitación y problemas específicos del sistema penal para adolescentes, además de la responsabilidad política del ministro de Justicia y de la responsabilidad internacional del Estado chileno. Por último, se plantean algunos desafíos que deberían ser considerados en las reformas al sistema.

Palabras clave: Vulneración de derechos fundamentales en las prisiones, crisis penitenciaria en adultos y adolescentes, responsabilidad política del ministro de Justicia.

INTRODUCCIÓN

Una política penitenciaria moderna, respetuosa de los derechos humanos, es una necesidad cada vez más imperiosa en Chile. El sistema penitenciario de nuestro país está en crisis, por un abandono histórico que se expresa en la insuficiencia de recursos, la sobrepoblación y las condi-

ciones infrahumanas en que viven los reclusos, una realidad que sugiere que a esta dimensión de la sociedad se le concede escasa relevancia. Hemos vivido un largo período con una política penitenciaria errada, poco transparente, sin una visión de sistema, y cuya gestión transgrede los derechos fundamentales de las personas involucradas. Hoy, en Chile, a las personas privadas de libertad se las considera como desprovistas de derechos constitucionales, y a los funcionarios penitenciarios se los mantiene en condiciones laborales inadecuadas para efectuar una labor tan compleja como administrar una cárcel, labor que supone manejar variables tan delicadas como seguridad, rehabilitación, sanidad, gestión de expedientes, administración y derechos fundamentales.

Por fin, después de muchos años, las autoridades han comenzado a reconocer públicamente esta crisis: en 2009 el ministro de Justicia, Carlos Maldonado, convocó a una mesa de trabajo para desarrollar propuestas de reforma al sistema carcelario, una actitud saludable que representa un primer paso. Pero para comprender qué es lo que hay que cambiar es necesario explicar cómo se destapó esta "caja de Pandora": hay información que es importante difundir pues repercute directamente en la situación de los derechos fundamentales de los privados de libertad y demuestra la profundidad de la crisis penitenciaria, y como tal puede utilizarse para detectar las fisuras más graves del sistema. Si las autoridades responsables prestan atención a estos aspectos, las posibilidades de adoptar una política efectiva y respetuosa de los derechos humanos estarán más cerca. El objetivo final es evitar que el paso por las cárceles solo genere mayor inseguridad y contribuya a dañar el tejido social en Chile.

La situación carcelaria pasa por un momento crucial. Hemos esperado más de diecisiete años para que se inicie un proceso de reforma global al sistema penitenciario, el que en 2009 se echó a andar con el apoyo del Ministerio de Justicia y la participación de un conjunto de especialistas.[1] Con todo, este Comité de Reformas a Penales inicia su trabajo al final de la administración Bachelet, lo que crea incertidumbre respecto de la ejecución de las propuestas que se levanten.

Este capítulo aborda la situación de las cárceles chilenas y su relación con los derechos humanos –haciendo hincapié en el mito de la puerta giratoria–, la responsabilidad internacional del Estado en la materia y los desafíos que le esperan a una política criminal futura.

1 El Ministerio de Justicia invitó entre otros a la Flacso (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales), el CESC (Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana) y el CEJA (Centro de Justicia de las Américas).

1. CÁRCELES Y DERECHOS HUMANOS: EL MITO DE LA PUERTA GIRATORIA

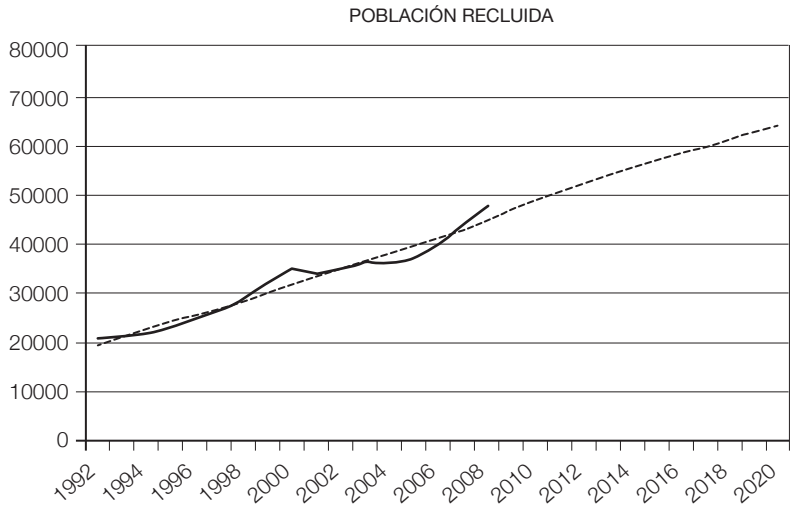
1.1 Cifras del crecimiento explosivo de la población penitenciaria

El sistema chileno de justicia penal ha sido profundamente reformado en los últimos años, y con ello ha aumentado su eficiencia y el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, estas transformaciones no alcanzaron al sistema penitenciario, que sigue rigiéndose por una legislación que no se corresponde con los estándares internacionales, y que carece de un sistema judicial de control de la ejecución de las sanciones penales.[2] En nuestro país, tanto para adultos como para adolescentes privados de libertad, la actividad penitenciaria no depende de leyes emanadas del Parlamento sino de reglamentos del Ejecutivo. Esta situación crea problemas de constitucionalidad pues lesiona el principio de legalidad, por el cual solo una norma de rango legal puede describir conductas prohibitivas, establecer penas y regular su ejecución.[3]

Además, durante las dos últimas décadas el sistema ha venido sobrecargándose, lo que contribuye a un desmedro en su desempeño en términos de calidad: la población penitenciaria se duplicó entre 1985 y 2007, pasando de 22.027 a 45.843 personas privadas de libertad.[4] En cuanto a los dos últimos años, según cifras de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, la población penal alcanzó a 48.998 en 2008 y 53.482 en lo que iba de 2009 al cierre de este *Informe*,[5] como se muestra en el siguiente gráfico:

2 Durante 2008 y 2009 tanto el Ministerio de Justicia como el Congreso Nacional trabajaron en un proyecto de ley sobre control judicial en el interior de las prisiones.
3 Ver Jorge Mera Figueroa, *Derechos humanos en el derecho penal chileno,* Santiago, Lexis Nexos, 1998, p. 87.
4 Ver Pablo Álvarez, Antonio Marangunic y Raúl Herrera, "Impacto de la Reforma Procesal Penal en la población carcelaria del país", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios* 11, Ministerio de Justicia-Gendarmería de Chile, diciembre de 2007, p. 121.
5 Ver el informe elaborado por la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema a propósito de la invitación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado a la sesión del 1 de junio de 2009.

Gráfico 1. **Evolución de la población penal chilena**



Fuente: Elaborado según información estadística de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema

Sin embargo, la capacidad del sistema penitenciario es de 31.576 personas, lo que arroja un 55% de sobrepoblación: más de 17.000 personas fuera de la capacidad real.[6] Según Gendarmería de Chile, más de veintitrés centros (de un total de 101) albergan el doble de internos de lo que deberían, e incluso hay recintos donde la sobrepoblación alcanzaría casi el 400%. El siguiente cuadro lista algunos penales con mayor hacinamiento:[7]

6 Lucía Damert y Liza Zúñiga, *La cárcel: Problemas y desafíos para las Américas,* Santiago, Flacso-Chile, 2008, p. 51.
7 Datos entregados por el director nacional de Gendarmería a *El Mercurio,* lunes 12 de enero de 2009, C3. Ver también informe citado de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema.

Tabla 1. **Penales con mayor hacinamiento**

Unidad penitenciaria	Sobrepoblación
CDP Peumo	394%
CDP Villarrica	253%
CDP Puente Alto	239%
CDP Buin	222%
CDP La Ligua	204%
CPF Temuco	193%
CDP Valdivia	133%

Fuente: Gendarmería de Chile.

En cuanto a los adolescentes privados de libertad, según el Ministerio de Justicia los centros del Sename cuentan a unos 1.200 jóvenes, de los cuales el 78,6%, cumple medidas cautelares de internación provisoria y el 21,4% condenas de régimen cerrado, según lo establece la ley de responsabilidad penal juvenil.[8] Estas cifras dan cuenta de un fenómeno que rompe con las lógicas de las medidas cautelares, las que no deben ser entendidas como penas anticipadas, y deben ser utilizadas en forma excepcional. Debe recordarse que en adultos las cifras son inversas, en términos tales que, al 31 de julio de 2008, un 77,6% está condenado y solo un 21,2% en prisión preventiva.[9] Como veremos más adelante, la reforma procesal ha generado un cambio positivo en la población penitenciaria adulta, donde la proporción de condenados representa la mayoría en comparación con el segmento de imputados, cuestión que no ocurre en el caso de los adolescentes.

En materia de disponibilidad de plazas, al 7 de mayo de 2008 los centros cerrados del Sename registraban una ocupación promedio de 85,4%, lo que varía de un centro a otro y de una región a otra. Solo tres de diecisiete centros presentan una ocupación superior a su número de plazas original: dos de la Región Metropolitana, donde se aplicaba más intensamente la privación de libertad, tanto en medidas cautelares como en sentencias, y uno en Limache, Región de Valparaíso, excedido

8 Ver "Informe de la comisión investigadora encargada de determinar la responsabilidad administrativa y política que les corresponden a las máximas autoridades del Sename y al ministro de Justicia en el fallecimiento de diez jóvenes con ocasión de un incendio provocado al interior de un centro de detención provisoria ubicado en la ciudad de Puerto Montt", pp. 64-66, www.camara.cl.

9 Cristián Riego y Mauricio Duce, *Prisión preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y perspectivas,* Santiago, CEJA, 2009, p. 179.

en su capacidad pero en forma más leve que los anteriores.[10] Si bien estas cifras no alcanzan los niveles de los adultos, en la práctica, a más de un año de la entrada en funcionamiento del sistema penal juvenil ya hay centros que comienzan a experimentar hacinamiento.

Por estas razones se identifica a Chile, junto con Panamá, como los países con mayor número de reclusos en América Latina. Ambos alcanzan una tasa de 305 por cada 100.000 habitantes, superando por mucho al resto de los países de la región (la tasa de Brasil es 227, Uruguay 193, Argentina 154 y Perú 139).[11]

1.2 Causas del aumento explosivo de la población penitenciaria

Un examen exhaustivo de las causas de este fenómeno excede el propósito de este capítulo, pero reseñamos las más importantes (funcionamiento de la reforma procesal penal, escaso uso de beneficios intrapenitenciarios y medidas alternativas a las penas), para demostrar que la principal respuesta del Estado a la crisis del sistema carcelario, la sola construcción de cárceles, resulta insuficiente para lidiar con el problema.

1.2.1 Reforma procesal penal

Los expertos reconocen que la reforma procesal penal ha tenido un marcado impacto en el incremento, y también la configuración, de la población penitenciaria. El nuevo sistema de persecución penal ha significado un aumento de un 25% de condenados privados de libertad en el período 2002-2007.

En 2002, el porcentaje de sentencias condenatorias respecto del total de términos aplicados en el país fue de 7,9%, y en 2007 alcanzó un 12,4%.[12] En cuanto a los condenados que deben cumplir su pena en recintos carcelarios, el total fue de 34.210 personas en un año y medio (enero de 2006 y junio de 2007). Según la investigación mencionada, durante el período ingresó mensualmente a las cárceles del país un promedio de 1.890 personas.

Otro fenómeno que ha generado entre los adultos la reforma procesal penal ha sido el citado cambio en la proporción de condenados en comparación con la proporción de personas que esperan en la cárcel una respuesta judicial, lo cual constituye un avance en cuanto al cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de Chile. Desde que entró en vigencia el nuevo sistema, la proporción de condenados

10 Ver informe citado en nota 8.
11 International Centre for Prison Studies, *World prison population list,* 8ª ed., Londres, King's College, 2009, y CEJA, *Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007,* Santiago, pp. 566 y 567.
12 Álvarez, Marangunic y Herrera, "Impacto de la Reforma Procesal Penal en la población carcelaria del país", p. 120.

pasó de conformar más del 51% durante el año 2000 a representar más del 70% durante 2006. En 2007, los condenados llegaron a constituir el 76% de la población carcelaria del país, mientras que el segmento de imputados sin condenas alcanzó el 24%.[13]

1.2.2 Poco uso de beneficios intrapenitenciarios

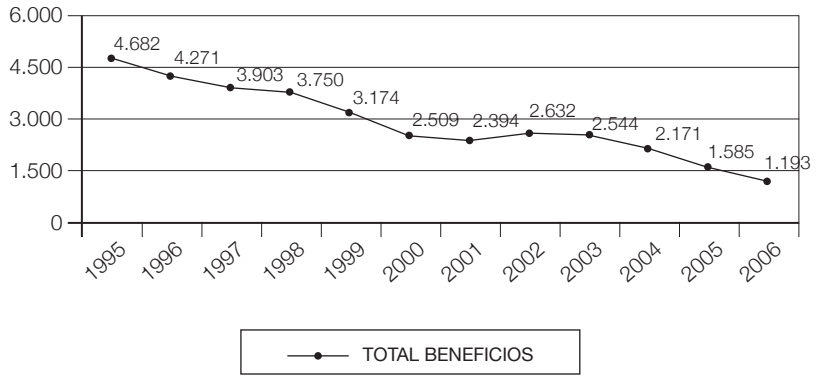
El segundo factor que contribuye al hacinamiento es la disminución en la aplicación de los beneficios intrapenitenciarios. Nuestro reglamento adhiere al sistema irlandés, que busca que el condenado tenga un contacto progresivo con la comunidad, lo que se entiende como un aspecto clave en el proceso de rehabilitación y reinserción social, que además es parte del derecho a un tratamiento justo y humanitario.[14] El preso debe ir cumpliendo una serie de requisitos para optar a salidas con diferentes intensidades –salida esporádica, dominical y de fin de semana, entre otras–, hasta llegar al momento donde pueda cumplir su sanción derechamente en libertad.

La aplicación de este tipo de beneficios se entrega a la administración, esto es, a Gendarmería en el caso de adultos y al Sename en el caso de los adolescentes. Según algunos estudios, en los últimos años se ha materializado una baja en la aplicación de éstos y, como indica una investigación académica, se ha evidenciado una utilización de criterios poco técnicos por parte de quien adopta la decisión final en la fundamentación de las concesiones.[15]

Según estadísticas de Gendarmería de Chile, estos beneficios se están aplicando cada vez menos: en 1995, 4.682 internos en promedio fueron objeto de estos beneficios; en 2006, solo 1.193.[16]

13 Id., p. 122.
14 International Centre for Prison Studies, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos,* cap. 8, www.prisonstudies.org.
15 Olga Espinoza y Carolina Viano, *El desafío de la libertad. Proceso de concesión de beneficios intrapenitenciarios para reinserción social,* Santiago, Ril-CESC, 2008, p. 136.
16 Gendarmería de Chile, *Compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile,* Santiago, 2006.

Gráfico 2. **Evolución temporal de condenados con beneficios intrapenitenciarios, promedio anual período 1995-2006**



Fuente: Gendarmería de Chile.

Estas cifras indican que los beneficios intrapenitenciarios no se están utilizando como elemento rehabilitador; la administración tampoco se vale de ellos para tener más espacio en la cárcel, esto es, no los usa para regular los flujos de entrada y salida que le permitirían equilibrar el sistema y evitar que colapse.

Una de las causas de este fenómeno es que la autoridad administrativa encargada de concederlos, el jefe del recinto o alcaide, no suele apoyarse en consideraciones técnicas, basadas en información objetiva sobre las ventajas para el proceso de integración social del recluso: "... el alcaide tiene la última palabra en la concesión de beneficios".[17] En la práctica, el alcaide puede negar la salida de un interno aunque haya recibido un informe técnico positivo, por temor de su futuro profesional si el recluso reincidiera o hiciera mal uso de su beneficio. Dice una asistente social: "Hay jefes que definitivamente sienten que a la cosa hay que darle curso, y hay otros que sienten temor de que pueda ocurrir alguna eventualidad que perjudique sus carreras y verse afectados con alguna anotación negativa, digamos, con escándalo público".[18]

17 Espinoza y Viano, *El desafío de la libertad. Proceso de concesión de beneficios intrapenitenciarios para reinserción social,* p. 136.
18 Id., p. 137.

1.2.3 Salidas alternativas

El último factor de hacinamiento es el funcionamiento de las salidas alternativas a la prisión (Ley 18.216). En la actualidad el número de condenados con salidas alternativas es similar al de los privados de libertad: en mayo de 2009 el sistema abierto contabilizaba 45.694 personas y el sistema cerrado 49.225.[19]

En una política criminal moderna estas salidas deberían ser mayoritarias, reservándose la cárcel para la criminalidad más grave. No ocurre así, y además el funcionamiento del sistema abierto es precario, lo que lo deslegitima frente a la comunidad, que no ve un seguimiento adecuado de estas sanciones. Todo ello potencia la creencia de que la única respuesta efectiva es la prisión.

La aplicación de la Ley 18.216 enfrenta problemas graves de infraestructura, de personal administrativo, de control de resultados y de reinserción social. Por ejemplo, la libertad vigilada –que supone un fuerte componente de seguimiento y orientación por parte de un funcionario, al que se denomina "delegado"– no puede cumplirse con normalidad porque la relación es de sesenta penados por delegado (promedio nacional), el doble de lo establecido legal y técnicamente. A lo anterior hay que sumar que más de un 17,7% de los penados viven en zonas geográficas donde no existen delegados ni centros de reinserción social. Además, más de la mitad de las personas sujetas a reclusión nocturna no cumplen esta sanción por la precariedad con que reacciona el sistema frente al incumplimiento.[20]

En síntesis, el crecimiento de la población penitenciaria se mantiene y los problemas de hacinamiento son transversales, lo que pone en cuestión la figura de la "puerta giratoria", según la cual los delincuentes entrarían y saldrían de la cárcel con rapidez y asiduidad. Puesto que las cárceles no son el lugar donde más se respetan los derechos humanos, se hace urgente potenciar la aplicación de los beneficios intrapenitenciarios y las salidas alternativas a la pena de prisión, además de modernizar su infraestructura, gestión y racionalidad, aspectos clave para mejorar las condiciones de vida de los recluidos y así materializar los objetivos de rehabilitación.

2. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: SE ABRE LA CAJA DE PANDORA

El funcionamiento de las prisiones y otros lugares de detención, así como el trato que allí se dispensa, han estado durante muchos años fuera del alcance y del conocimiento de la sociedad civil, por un fenómeno de largo

19 Ver la sección de estadísticas de www.gendarmeria.cl.
20 María Eugenia Hofer, "Medidas alternativas a la reclusión en Chile", *Conceptos* 4, Santiago, Fundación Paz Ciudadana, febrero de 2008.

desarrollo que tiene que ver con la idea de la invisibilidad del castigo.[21] Así, quienes las mantienen y administran están sujetos a lógicas de fiscalización menos desarrolladas que en otras áreas del aparato público.

En Chile, este proceso de invisibilidad ha provocado un continuo menoscabo de las condiciones de vida en las prisiones, desgaste que ni la sociedad ni las propias autoridades han advertido. Ejemplo de ello es que hasta ahora se ha priorizado la modernización de otros sectores públicos, como el sistema procesal penal a fines de la década de los noventa, pero no la reforma penitenciaria.

Por esta razón también es que hay pocos antecedentes jurídicos y empíricos acerca del funcionamiento del sistema carcelario. Como es evidente que sin un conocimiento sólido de los problemas que enfrentan las prisiones es muy difícil aventurar soluciones, la producción de información y discusiones fundadas acerca de todas estas cuestiones es una tarea urgente e ineludible, más aun si se tiene presente que en este campo la crítica suele ser mal recibida por las autoridades responsables.[22]

En lo que sigue se da cuenta de los acontecimientos de los últimos años, marcados por la aceptación oficial de la existencia de una crisis penitenciaria. Primero se reseña la labor de los grupos que trabajan por los derechos de los presos, luego la respuesta del Estado a las denuncias de vulneración de derechos fundamentales, y por último los informes de instituciones públicas no penitenciarias que terminaron de hacer visible la crítica situación del sistema carcelario.

2.1 Perspectiva de derechos humanos y estudios académicos

En los últimos diez años se ha consolidado en Chile un movimiento centrado en los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, integrado por centros académicos y organizaciones no gubernamentales que hacen exigencias concretas al Estado para mejorar las condiciones de vida en las prisiones, disminuir los abusos y elevar la

21 John Pratt, en *Castigo y civilización, una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios* (Barcelona, Gedisa, 2006), explica que el castigo se ha ido desplazando silenciosamente desde la esfera pública a la esfera de lo invisible.En una primera etapa la ejecución penal se realizaba en las plazas, a vista y paciencia de la comunidad. Luego, por consideraciones morales, el castigo se desplazó al interior de un edificio y así nacieron las prisiones. Las cárceles se transforman en la ejecución propiamente tal y se las considera un triunfo de la racionalidad, motivo de orgullo de una sociedad sofisticada que resuelve sus problemas más graves de forma civilizada; por eso se erigían orgullosas en el centro de las ciudades. Con el tiempo se las volvió a juzgar un espectáculo de mal gusto y se inició su erradicación a lugares alejados, donde la comunidad no pudiera verlas. Esta indiferencia no se limitó al desplazamiento a las afueras, también implicó un desentendimiento de lo que ocurría al interior de esos muros, lo que afianzó la falta de transparencia.

22 Ya en 1993 un sector de la academia recalcaba la falta de información empírica sobre el funcionamiento de las cárceles nacionales. Ver Cristián Riego, "La crisis penitenciaria y el informe de la Cámara de Diputados", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* 24, "Acerca de la cárcel", Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 1993.

transparencia del sistema.[23] Producto de este movimiento, comenzaron a publicarse informes que pasaron revista a las principales características del sistema carcelario chileno, tanto desde el punto de vista de la normativa que lo rige como de sus prácticas, y entregaron crudas conclusiones, sustentadas en la comparación entre los estándares internacionales en materia de derechos humanos y la realidad de nuestras cárceles.[24] Dichas conclusiones constatan deficiencias graves y sistemáticas en infraestructura y trato, lo cual implica que el Estado de Chile vulnera los estándares internacionales de derechos humanos, así como las garantías consagradas en la Constitución.

Uno de los fenómenos más evidentes es, como hemos visto, el hacinamiento en los penales. Con ello se vulnera el derecho de cada preso a disponer de un espacio adecuado para desenvolverse, las condiciones de higiene devienen deficitarias y en general se deteriora la calidad de las prestaciones que se reciben, hay problemas de seguridad, más motines, y violencia entre reclusos y entre funcionarios y reclusos. Todas dimensiones que vulneran los estándares fijados, entre otros instrumentos, por las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* de Naciones Unidas.[25]

Los informes de la sociedad civil también se detienen en la práctica generalizada de abusos por parte de funcionarios de Gendarmería. Se habla de un fenómeno generalizado no porque todos los funcionarios lo practiquen, sino porque el sistema lo tolera y lo permite. Algunas investigaciones han recogido el relato de internos que acusan golpes con puños, bototos, palos o sables, y en ciertos casos se han detectado verdaderas golpizas propinadas por grupos de funcionarios, pese a la prohibición nacional e internacional que pesa sobre la tortura, los apremios ilegítimos y los tratos inhumanos y degradantes.[26]

Estas situaciones se ven agravadas por la inexistencia de mecanismos eficientes de control y sanción. Gendarmería carece de un sistema idóneo para que los internos pongan en conocimiento de las autoridades

23 Este movimiento responde a una tendencia mundial. Algunas organizaciones pro derechos de los presos son KRUM en Suecia, KRIM en Dinamarca, KROM en Noruega, PROP en el Reino Unido, Coornhert Liga en Holanda, GGVU en Alemania y el Comité d'Action des Prisonniers en Francia. En Latinoamérica están el Centro de Estudios Legales y Sociales de Argentina, las Pastorales Penitenciarias y el Observatorio Penitenciario Latinoamericano.

24 En Chile, instituciones como Codepu, Confapreco y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (este último desde 2005) han estado haciendo un seguimiento permanente de las condiciones materiales y publicando artículos sobre el tema. También organizaciones internacionales como CEJIL, Amnistía Internacional y Human Rights Watch han hecho un seguimiento de la realidad carcelaria nacional.

25 Naciones Unidas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos,* adoptadas por el Primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955) y aprobadas por el Consejo Económico y Social, resoluciones 663c (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977; *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión,* adoptado por la Asamblea General, resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988; *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General, resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990.

26 Ver *Informe 2005*, capítulo "condiciones carcelarias".

penitenciarias las faltas o abusos cometidos contra ellos.[27] En cuanto al control judicial, estudios empíricos sobre el éxito de las acciones constitucionales acogidas en favor de los presos demuestran que es exiguo.[28]

El movimiento pro derechos fundamentales de los presos se fue potenciando con otro tipo de estudios, ya no centrados directamente en la perspectiva de los derechos humanos sino en el funcionamiento del sistema penitenciario en general. La imagen que se desprende de ellos es una de deterioro, falta de recursos y ausencia de control, y complementa los estudios que concluían la vulneración de derechos.[29]

2.2 La negación del Estado chileno

La actividad de denuncia y los estudios del movimiento pro derechos fundamentales de los presos han incomodado a la institución penitenciaria, poco acostumbrada a rendir cuentas por su funcionamiento. En general sus respuestas se acogieron a la estrategia de minimizar los núcleos problemáticos, considerando las denuncias como hechos puntuales que no conformaban un cuadro de crisis del sistema penitenciario. La negación fue sistemática tanto ante organismos nacionales como internacionales. Las siguientes declaraciones son ejemplares al respecto:

> No descalifico el informe de la UDP, me parece una opinión válida, externa a la institución. En democracia todos podemos emitir opiniones, con respeto y rigurosidad, y yo creo que el informe carece de rigurosidad.[30]

> El director nacional de Gendarmería, Alfredo Bañados, atribuyó hoy a situaciones complejas y puntuales los problemas que enfrentan algunos penales como la ex Penitenciaría.
> Si bien el jefe del servicio reconoció problemas de hacinamiento en el Centro de Detención Preventivo Sur de avenida Pedro Montt, aseveró que este factor no es una realidad generalizada en todas las cárceles, destacando el panorama de las regiones Primera, Cuarta y Sexta.
> Bañados dijo que una vez que entre en operaciones el penal Santiago I, las complicaciones de la ex Penitenciaría se verán

27 Id., p. 62.
28 Jörg Stippel, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile,* Santiago, LOM, 2006, p. 195 y ss.
29 Ver, por ejemplo, Lucía Damert y Liza Zúñiga, *La cárcel: Problemas y desafíos para las Américas;* Fundación Paz Ciudadana, *Políticas y programas de rehabilitación y reinserción de reclusos: Experiencia comparada y propuestas para Chile,* y Olga Espinoza y Carolina Viano, *El desafío de la libertad.*
30 Jorge del Canto, director nacional de Gendarmería, en *La Nación Domingo,* 31 de julio de 2005.

> resueltas. Asimismo, anunció que ya se solucionó el problema detectado en la calle 11 del citado recinto, donde casi un centenar de presos pernoctaba a la intemperie.[31]
>
> Ante las críticas de [el senador RN Alberto] Espina, el ministro de Justicia, Carlos Maldonado, pidió al director nacional de Gendarmería, Alejandro Jiménez, que investigue la actual situación de las cárceles nacionales. Pese a ello, reiteró que no existe una situación de crisis, y destacó la inversión que se ha hecho en infraestructura y dotación de personal para los penales. Jiménez contó en exclusiva a Radio Universidad de Chile que en dicha investigación pudo constatar que no existe la crisis a la que se alude, sino que el sistema está aquejado de una sobredemanda.[32]
>
> Nuestro mayor desacuerdo se refiere al título y a las primeras líneas que plantean una crisis carcelaria ligada a los derechos humanos. En Chile no existe tal crisis y los DD.HH se respetan dentro de los recintos penitenciarios. No se deben confundir las limitaciones e insuficiencias del sistema penitenciario chileno, derivadas de la condición de país aún en vías de desarrollo, con una supuesta crisis y ausencia de las garantías individuales que rigen, incluso dentro de la cárcel.[33]

En el ámbito internacional, el Estado chileno solo ha reconocido como problema el fenómeno del hacinamiento, pero ha destacado la construcción de cárceles licitadas como un proceso exitoso que apunta a superar este problema:

> 43. El Estado ha tomado medidas para el mejoramiento de las condiciones de reclusión de los internos en los recintos carcelarios (50.230 personas). El Reglamento Penitenciario de 1998 estableció criterios orientadores para la creación o modificación de los establecimientos penitenciarios como edad, sexo, tipo de infracción cometida; nivel de compromiso delictivo; especiales medidas de seguridad o de salud que la situación de ciertos internos demande; naturaleza de las actividades y acciones destinadas a la reinserción y otros criterios de la autoridad penitenciaria.

31 *La Nación,* 17 de agosto de 2006.
32 Radio Universidad de Chile, 8 de junio de 2009.
33 Alejandro Jiménez, director nacional de Gendarmería de Chile. *La Tercera,* 4 de marzo de 2009.

> 44. El Programa de Concesiones en Infraestructura Carcelaria ha permitido al Estado contar con la capacidad financiera y la experiencia de los servicios complementarios del sector privado para desarrollar recintos con un alto estándar de operación. Este programa tiene por objetivo contar con un sistema carcelario eficiente que otorgue garantías de seguridad a la ciudadanía y avance en la rehabilitación y el resguardo de los internos.
>
> A pesar de estos innegables avances, aún existen condiciones de hacinamiento agravadas por el deterioro de algunos edificios que sirven como centros de reclusión, lo que en ciertas circunstancias constituye una amenaza para la seguridad tanto de los internos como del personal penitenciario. Es un reto que supone ingentes recursos, pero que el Estado está asumiendo mediante un programa de construcción de nuevas cárceles. El Gobierno construirá seis nuevas cárceles y mejorará otros ocho recintos en los próximos cuatro años, agregando nueve mil plazas a la oferta penitenciaria existente en el país.[34]

2.3 El reconocimiento de la crisis

La persistencia del movimiento de derechos humanos y la actitud del Estado chileno de ignorar la crisis del sistema penitenciario radicalizaron las visiones e hicieron crecer las desconfianzas: el Estado se sentía atacado y poco reconocido en los esfuerzos desplegados en la materia, mientras las organizaciones insistían en apuntar a las deficiencias generales del sistema, más allá de las iniciativas particulares. Así las cosas, a fines de 2007 se habían asentado dos miradas contrapuestas, la estatal y la no gubernamental; faltaba una mirada externa para romper con esta lógica y permitir un avance que configurara la discusión político-criminal en torno al sistema carcelario nacional. Durante 2008 se dio este paso y se elaboró una serie de informes que entregaron información detallada del funcionamiento del sistema.

Los documentos (de la Cámara de Diputados, la Contraloría General de la República, la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, la Relatoría de los Privados de Libertad de la CIDH y Gendarmería de Chile) confirmaron la vulneración de derechos humanos que desde hacía años venía denunciando el movimiento en favor de los presos, así como la responsabilidad política y el despilfarro de fondos públicos en materia carcelaria.

La revisión de estos informes es clave; gracias a su publicación las autoridades han terminado por aceptar el estado de crisis del sistema.

34 Informe presentado por Chile ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 8 de mayo de 2009.

Si las autoridades responsables prestan atención a las fisuras más graves del sistema, las posibilidades de adoptar una política efectiva y respetuosa de los derechos humanos estarán más cerca.

2.3.1 La muerte de diez adolescentes en Puerto Montt y el informe de Unicef

El sistema penal juvenil entró en funcionamiento en junio de 2007 bajo graves cuestionamientos. Las críticas se centraron en el diseño legal y en la precariedad institucional con que se iba a implementar en Chile, particularmente en materia de respeto y garantía de los derechos de los adolescentes privados de libertad.[35] Esta preocupación se fundaba en dos informes emanados de una comisión de expertos constituida por ley para verificar las condiciones necesarias para la puesta en marcha de la reforma. En el primer informe se dice que "el sistema no está listo para operar y sus carencias son de tal trascendencia que se pone en serio riesgo la consecución de los fines perseguidos por el Legislador". La comisión mantuvo su opinión en un segundo informe, en el que reitera "la preocupación manifestada en el Primer Informe y posterior presentación en el Congreso Nacional, sobre el estado de implementación de la ley, la que se ve acrecentada por el breve plazo que resta antes de su aplicación. Para esta Comisión, y de acuerdo a los antecedentes tenidos en consideración, a la fecha no se dan las condiciones mínimas necesarias desde el punto de vista del texto legal, y no es posible garantizar que la infraestructura, el estado de los programas y la administración general del sistema permitan una adecuada puesta en funcionamiento integral de la justicia penal adolescente en junio próximo".[36]

Quedaba claro entonces que los expertos desaconsejaban la puesta en marcha del nuevo sistema. Como alternativa se habían propuesto dos opciones: una postergación, o bien la entrada en funcionamiento gradual basada en el rango etario, dejando para una primera fase a los jóvenes de dieciséis y diecisiete años, y para una segunda a los adolescentes de catorce y quince; esta segunda fecha debería determinarse a partir de una propuesta del Ministerio de Justicia, con compromisos precisos de ejecución.[37] Con todo, el Gobierno decidió que el nuevo sistema de justicia penal juvenil entrara en operaciones en junio de 2007. En dicha ocasión, el ministro de Justicia indicó que ello era preferible para el país:

> Creemos que tal determinación producirá beneficios para la ciudadanía, en términos de que efectivamente comenzará a haber

35 *Informe 2007*, p. 213 y ss, www.derechoshumanos.udp.cl.
36 Ambos informes en http://comisiondeexpertosrpa.blogspot.com.
37 *Segundo informe de la Comisión de Expertos sobre Responsabilidad Penal Adolesce*nte, abril de 2007, p. 21.

> responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan (...) Por otra parte, establecida la responsabilidad penal de un adolescente, se abrirán para él oportunidades de rehabilitación y reinserción que, sin ser las óptimas que se pretenden y por las cuales seguirá trabajando el Gobierno para alcanzarlas en el mediano plazo, a lo menos, serán claramente superiores a las de hoy.[38]

Cinco meses después, diez adolescentes murieron en un incendio provocado por los propios jóvenes en el Centro Tiempo de Crecer del Servicio Nacional de Menores en Puerto Montt. Según la información de prensa, los adolescentes no pudieron controlar el fuego y huyeron hacia el baño, pero las ventanas en ese lugar eran demasiado pequeñas y los diez internos murieron por asfixia y quemaduras.[39]

A casi un año de funcionamiento del nuevo sistema, Unicef culminó un documento con sus conclusiones. El organismo había participado en las comisiones encargadas de visitar los recintos de privación de libertad de los adolescentes infractores.[40] Éste es un extracto de esas conclusiones:

> Muchos de los centros visitados no cumplen con condiciones de vida básicas ni con los estándares normativos que rigen su funcionamiento. Es más, hay factores que afectan en términos negativos el desarrollo de los adolescentes internos o que derechamente producen daño en ellos. Parece altamente improbable, si no imposible, que en las condiciones descritas se pueda cumplir con la finalidad proclamada por la Ley 20.084 en su artículo 20, esto es, que "la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social".[41]

2.3.2 Informe de la Cámara de Diputados

En noviembre de 2007, en el contexto del drama de los jóvenes de Puerto Montt, y ante la petición de 49 diputados, la Cámara Baja acordó la creación de su propia comisión investigadora. El informe de esta comisión, disponible en la página web de la Cámara, atribuye responsabili-

38 Cámara de Diputados, Legislatura 355ª, sesión 26ª, 15 de mayo de 2007.
39 *El Mercurio,* "Menores heridos están sin actividad cerebral", 23 de octubre de 2007. Además dice en un cuadro explicativo: "Las ventanas del baño son demasiado pequeñas para los diez internos. Tres mueren asfixiados en el lugar y cinco fallecen más tarde en el hospital". *La Segunda,* "Único sobreviviente del incendio asegura que sacó sin ayuda a cinco de sus compañeros", 24 de octubre de 2007.
40 El Reglamento de la Ley 20.084 contempla la posibilidad de realizar visitas en los centros cerrados y semicerrados de todo el país, visitas que realiza una comisión mixta conformada por miembros del sistema de persecución penal y de la comunidad, entre ellos Unicef, agrupados en lo que el Reglamento denomina Comisión Interinstitucional.
41 *El Mercurio*, "Alarmante informe de Unicef sobre centros de reclusión juvenil", 27 de abril de 2008.

dad política al ministro de Justicia por la puesta en marcha de la ley en condiciones precarias, y por haber informado erróneamente al Congreso de que todo estaba listo para partir, cuando iba a vencer la prórroga del plazo de un año para la entrada en vigencia de la normativa:

> El ministro ofreció condiciones que, sin ser las óptimas, eran superiores a las del momento. Por tanto, la Comisión concluyó que el diagnóstico elaborado por el Ministerio de Justicia, el cual sirvió de base para la consideración del Congreso Nacional, fue errado. Asimismo, las condiciones mínimas objetivas que el ministro señaló no se cumplieron, existiendo por tanto responsabilidad del ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado Curti, y de la directora nacional del Sename de la época, señora Paulina Fernández.[42]

Cabe recordar que en mayo de ese año el ministro había esgrimido razones importantes –beneficios para la ciudadanía y oportunidades de realización e inserción– para que la ley entrara en vigencia, como ya vimos. Asimismo, asumió el siguiente compromiso: "Estaremos atentos a las observaciones que hagan los señores diputados y los actores del sistema. En tal sentido, me comprometo a presentar no solo mensualmente el estado de avance de la implementación y una constancia de las virtudes y dificultades que la aplicación práctica de la norma arroje, sino también en todo lo necesario respecto de modificaciones de ajustes legales que permitan que la ley cumpla sus propósitos".[43] La comisión de la Cámara de Diputados concluyó que la responsabilidad política se extendía a la directora nacional del Sename de la época, quien tenía responsabilidad en haber dado cumplimiento a dicha obligación.

Por último, la Comisión se pronunció sobre el estado de los centros, detectando ocho núcleos problemáticos:

1. Recintos inadecuados que impiden la segregación por edad y por situación procesal.
2. Hacinamiento.
3. Falta de elementos mínimos como frazadas o policarbonato en las ventanas, y condiciones antihigiénicas en los baños.
4. Existencia de materiales inflamables al interior de los recintos.
5. Escasez de funcionarios del Sename y de Gendarmería, y de capacitación para cumplir adecuadamente con el papel que les corresponde.
6. Falta de dependencias para que los gendarmes cumpliesen de manera adecuada su sistema de turnos.

42 *Informe final de la Comisión Investigadora del Servicio Nacional del Menor aprobado por la Cámara de Diputados*, www.camara.cl.
43 Cámara de Diputados, Legislatura 355ª, sesión 26ª, 15 de mayo de 2007.

7. Falta de oferta educacional sistemática.
8. Condiciones de inseguridad y riesgo para los internos y para los funcionarios.

El informe de los diputados finalizaba exhortando al Gobierno, y en especial a los Ministerios de Hacienda y de Justicia, a disponer a la brevedad de los recursos económicos y humanos necesarios: "Transcurridos más de catorce meses de la entrada en vigencia de la ley, siguen ocurriendo graves hechos en diversos centros del país que ponen en peligro la seguridad y la vida tanto de los menores privados de libertad como de los funcionarios del Servicio Nacional del Menor y de entidades colaboradoras que trabajan en su interior".

2.3.3 El informe de Contraloría

También la Contraloría General de la República se pronunció en materia de adolescentes privados de libertad, producto de una auditoría realizada al Sename.[44] Su informe da cuenta de los siguientes núcleos problemáticos:

1. Personal insuficiente.
2. Falta de supervisión financiera semestral.
3. Falta de talleres y cursos para la formación de los adolescentes.
4. Inexistencia de reglamento interno y del debido proceso para la aplicación de medidas disciplinarias.
5. Carencia de buzones de sugerencia.
6. Sobrepoblación de internos y falta de espacio para el desarrollo de actividades recreacionales, deportivas y de atención a los adolescentes.
7. Emisión incorrecta de certificados de estudios, indicándose "Educación Básica Escuelas Cárceles".[45]
8. Problemas con el suministro de agua potable.
9. Instalaciones que revisten riesgo de accidentes e inseguridad para el personal y para los internos.

Los informes de la Cámara de Diputados y de la Contraloría General de la República ejercieron presión para que las autoridades penitenciarias terminaran por aceptar la crisis del sistema; de ellos se concluye

44 El Informe final 132, de 2008, contiene la auditoría realizada al Sename, www.contraloria.cl. Allí se exponen las situaciones de mayor relevancia en la Región Metropolitana y en las demás regiones que conforman la muestra: Tarapacá, Atacama, Valparaíso, Maule, Biobío, La Araucanía y Los Lagos.
45 Según el Reglamento de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, art. 53, los certificados de estudios o diplomas que acrediten la aprobación o culminación de los estudios deberán extenderse en forma tal que no conste ni sea reconocible que los adolescentes han estado privados de libertad o en contacto con el sistema.

también que en Chile no se ha materializado el ideario jurídico asentado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige condiciones mínimas de servicios, infraestructura y trato digno al adolescente infractor.[46] Estos estándares siguen siendo aspiraciones que aún no pueden plasmarse en la totalidad de los centros de reclusión de nuestro país.

2.3.4 Improvisación en las cárceles concesionadas

El programa de concesiones de infraestructura contempló la construcción de diez recintos penitenciarios, en distintas regiones del país, con una capacidad total de 16.000 plazas y más de 350.000 metros cuadrados de construcción. La inversión original fue de US$ 280 millones. El propósito principal de la política de privatización de cárceles en Chile fue brindar servicios básicos y una reinserción social eficientes, eficaces y oportunos.[47]

Desde el año 2005 nuestros *Informes* comenzaron a dar cuenta de las falencias en la implementación de esta política, las cuales, en esa época y ahora, ponían en peligro la materialización de los objetivos que la privatización penitenciaria pretendía. Se trataba de conflictos tales como problemas con los términos y condiciones de los contratos de concesión, demoras en las entregas e incumplimiento de plazos, suicidios, problemas con la calidad y cantidad de la comida de funcionarios y presos, sobrecostos en la construcción y dudas sobre la rehabilitación de los presos.[48]

En marzo de 2008 la Cámara de Diputados creó una comisión especial que, en un plazo no superior a 120 días, estudiase el proceso de concesiones impulsado por la administración anterior, determinando las responsabilidades públicas involucradas, el perjuicio económico para las pequeñas y medianas empresas, y el impacto negativo en materia de seguridad ciudadana del incumplimiento de los plazos y metas trazados. La comisión debía elaborar propuestas tendientes a mejorar el proceso e informar a la ciudadanía de la realidad carcelaria de Chile.

La conclusión fue clara: en la implementación y puesta en marcha de este novedoso programa se procedió con criterios políticos y no técnicos. En palabras de la Comisión: "Ha quedado demostrado (...) que la puesta en marcha de este proceso obedeció, en parte, a estas lógicas (políticas) y se omitieron una serie de elementos indispensables para que el programa surtiera efectos".[49]

46 La Convención contempla en el art. 37 que los Estados Partes velarán por que "Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", y que "Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad".
47 El diseño de la política de privatización comenzó en diciembre de 2000 y la primera etapa comenzó a funcionar en octubre de 2005.
48 Ver *Informe 2006,* p. 31.
49 *Informe de la Comisión Especial investigadora del proceso de concesiones carcelarias*, www.congreso.cl.

A continuación revisaremos dos de los seis núcleos problemáticos que la Comisión detectó en su investigación, que son los problemas que tienen repercusiones directas en los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.[50]

2.3.4.1 Responsabilidades políticas, decisiones intempestivas y falta de programación

Expresamente, la comisión acusa falta de seriedad y de criterios técnicos que orientaran de mejor forma el diseño y puesta en marcha de esta política pública. Además, no se contemplaron importantes factores, como los que dicen relación con los funcionarios penitenciarios. Así las cosas, la comisión expresó que

> no hubo una política completamente seria en relación a la implementación del proceso de cárceles concesionadas. Ello se vio reflejado en un cúmulo de impedimentos que frustró que el conjunto de cárceles, que se había prometido a través de un discurso presidencial, no se entregara en tiempo y forma.
> (...) Las situaciones descritas anteriormente, denotan que la implementación y posterior puesta en marcha del proceso de concesiones carcelarias obedeció a lógicas poco técnicas en su implementación, corroboradas por la Contraloría cuando ha planteado que se omitieron auditorías, como asimismo, en que los controles internos de fiscalización tampoco funcionaron adecuadamente.[51]

2.3.4.2 Seguridad penitenciaria y ciudadana, hacinamiento y rehabilitación en las nuevas cárceles

Bajo este núcleo problemático la comisión da cuenta de graves problemas en materia de rehabilitación, hacinamiento e incumplimiento de las expectativas ciudadanas.

En el ámbito de la rehabilitación y reinserción social, en teoría los internos trasladados a los centros concesionados disponen de nuevas oportunidades de rehabilitación social, pero no fue posible determinar fehacientemente si lograrán reinsertarse en la sociedad.

50 Los otros aspectos fueron: "(3) Perjuicio al Estado de Chile con ocasión del pago millonario por concepto de indemnización a las concesionarias de las cárceles; (4) Inoperancia de los sistemas o procedimiento de control a través de los Inspectores Fiscales designados por el Ministerio de Obras Públicas; (5) Perjuicio para las pequeñas y medianas empresas que participaron en el proceso de construcción de las cárceles, en sus diferentes etapas; (6) Indeterminación de solicitud de mayores obras en la construcción de los diferentes establecimientos penitenciarios, en especial, de los ubicados en Antofagasta y Concepción".
51 *Informe de la Comisión Especial investigadora del proceso de concesiones carcelarias,* www.congreso.cl.

Por otra parte, la improvisación del proceso de establecimientos penitenciarios concesionados influyó de manera sustancial en lo referente a la seguridad ciudadana. En concreto, dice la comisión: "El proyecto original contemplaba un número de cárceles para recibir a una determinada población penal, el hecho de que no se hayan construido las cárceles de Antofagasta y Concepción, ambas pertenecientes al Grupo II, y la existencia del Grupo IV, hace que la población penal que estaba destinada a esos recintos esté hacinada en otros, o simplemente, se encuentre en libertad".

2.4 Visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Por invitación del Gobierno, del 21 al 25 de agosto de 2008 la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita a Chile. La presencia del relator había sido requerida por organizaciones de la sociedad civil y centros académicos, como Codepu y el Centro de Derechos Humanos de la UDP. La delegación estuvo encabezada por el relator Florentín Meléndez y compuesta además por personal de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH. El objetivo de la misión era recibir información y observar in situ la situación de las personas privadas de libertad en este país.

La relatoría dividió sus conclusiones en tres partes. La primera trata de las buenas prácticas, la segunda de los aspectos preocupantes, y la tercera de las recomendaciones.

2.4.1 Buenas prácticas

La Relatoría de la CIDH observó que los centros de detención concesionados ofrecen condiciones más dignas para los reclusos, sus familias y el personal que ahí trabaja. No se observó hacinamiento, mala alimentación o higiene, falta de seguridad interior ni violencia interna. Por el contrario, se registraron niveles adecuados en la separación de categorías de internos, servicios médicos, ocupacionales y laborales.[52] También se destacó la periódica presencia judicial en las prisiones, los Centros de Educación y Trabajo que promueven la actividad laboral en algunos recintos, y las reformas legales que derivaron en la adopción de un nuevo Código Procesal Penal y de una nueva ley de responsabilidad penal adolescente.

2.4.2 Aspectos preocupantes

En términos generales, la Relatoría observó con preocupación en todos los centros de detención visitados en Chile:

52 "Relatoría sobre Derechos de Personas Privadas de Libertad concluye visita a Chile", Santiago, 28 de agosto de 2008, www.cidh.oas.org, comunicado de prensa 39/08.

a. Un uso excesivo e innecesario de la fuerza y de los castigos, una práctica sistemática de malos tratos físicos por parte del personal de Gendarmería y el uso de medidas de aislamiento en condiciones infrahumanas.
b. Una práctica generalizada de registros corporales denigrantes y humillantes a las visitas, particularmente a mujeres y niñas.
c. La permanencia en centros carcelarios de personas con discapacidad mental y de ancianos de hasta ochenta años.
d. Graves deficiencias y limitaciones en los programas de readaptación social, incluyendo el limitado porcentaje de la población carcelaria que tiene acceso a los programas de los Centros de Educación y Trabajo.
e. En los centros operados por el Estado (los que no son licitados) se observó un nivel de hacinamiento "pocas veces visto en la región", condiciones de insalubridad extrema que incluyen servicios precarios o deficientes de agua potable, alimentación, higiene y salud, así como pésimas condiciones de infraestructura y graves deficiencias o ausencia de verdaderos programas de readaptación social.

En torno a los adolescentes privados de libertad, la Relatoría observó:

a. Un alto nivel de hacinamiento en el Centro para Menores de San Bernardo, el cual tiene una infraestructura precaria y condiciones de insalubridad.
b. Deficiente prestación de servicios básicos, especialmente en educación y atención de salud, así como de programas de esparcimiento, deportes y readaptación social.
c. Que no se cuenta con una separación adecuada de categorías de internos.
d. Persistencia de los malos tratos, uso excesivo de fuerza y del aislamiento como castigo.
e. Que la ley de responsabilidad penal de adolescentes no cuenta con el correspondiente sistema judicial e institucional especializado, y que el Sename no dispone de un presupuesto adecuado.

En los centros para mujeres de Santiago y Valparaíso, la Relatoría comprobó:

a. Un alto nivel de hacinamiento.
b. Infraestructura precaria y condiciones de insalubridad extremas.
c. Falta de atención médica especializada para las mujeres y de servicios pediátricos para los niños que están con ellas en la prisión.
d. Presencia de ancianas en los centros, que no cuentan con servicios geriátricos ni con la alimentación adecuada para su edad.

2.4.3 Recomendaciones de la Relatoría

El organismo internacional culminó su comunicado de prensa con las siguientes recomendaciones:

- **a.** Alienta a Chile para que continúe con el proceso de modernización y humanización de los centros de privación de libertad.
- **b.** Promueve la pronta aprobación de una ley de ejecución de la pena, de medidas de seguridad, de una ley penitenciaria conforme a los estándares internacionales, y la entrada en vigor del Protocolo Facultativo contra la Tortura de Naciones Unidas.
- **c.** Urge al Estado de Chile a investigar y sancionar los abusos de autoridad y los malos tratos en todos los centros de reclusión, a través de órganos independientes e imparciales.
- **d.** Recomienda capacitar debidamente a los funcionarios de Gendarmería en materia de derechos humanos y uso de la fuerza.
- **e.** Pide que se garantice la fiscalización efectiva y la vigilancia interministerial de los servicios prestados en las cárceles licitadas, con énfasis en las áreas de salud, educación, trabajo y otros programas de reinserción social.
- **f.** Recomienda profundizar y ampliar la política de readaptación social, con el fin de garantizar, con la participación de la sociedad, la reinserción efectiva de todas las personas condenadas por delitos e infracciones a la ley.
- **g.** Recuerda la obligación del Estado de garantizar el respeto irrestricto a los derechos humanos de todas las personas privadas de libertad en todos los centros de detención del país.

En conclusión, las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos complementaron las de los informes de la Contraloría y la Cámara de Diputados. Además, reafirmaron lo que los grupos no gubernamentales venían sosteniendo hacía ya tiempo en Chile:[53] los problemas del sistema penitenciario no son aislados sino sistemáticos y estructurales, y el Estado de Chile ha tardado demasiado en reconocerlos. La actividad de los grupos preocupados del quehacer penitenciario debiese tomarse como una oportunidad de enmendar el camino y, en conjunto con la sociedad civil, procurar un sistema carcelario respetuoso de los derechos humanos.

53 Por ejemplo, las denuncias realizadas por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales en sus informes anuales 2005, 2006, 2007 y 2008.

2.5 Informe de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema

La Fiscalía Judicial ha realizado una importante labor en materia de protección de los derechos de los presos.[54] Invitada a exponer por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 1 de junio de 2009 la fiscal judicial, Mónica Maldonado, describió una serie de circunstancias que dan cuenta del funcionamiento del sistema carcelario.

Sobre las condiciones materiales de los establecimientos penitenciarios del país, dijo la fiscal:[55]

> Desde mi designación como fiscal judicial de la Excma. Corte Suprema, he representado en diversas oportunidades, tanto al señor ministro de Justicia como al señor director nacional de Gendarmería de Chile, las deplorables condiciones de vida que se aprecian en los establecimientos penitenciarios del país, constatadas en las visitas que realizan los señores fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones, por instrucciones expresas de esta fiscal judicial, y la falta de una política penitenciaria que permita la reinserción social de los internos.

En cuanto a la sobrepoblación y los horarios de encierro:

> La condición de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios no concesionados es generalizada en el país, variando en porcentajes que representan con respecto a la capacidad del establecimiento.
>
> La situación de hacinamiento se ve agravada por el hecho de permanecer los internos encerrados en sus celdas por espacio de aproximadamente quince horas diarias, en celdas abarrotadas, que por lo general carecen de servicios higiénicos, y de la adecuada ventilación y luz, ya que el horario para el desencierro de los internos es a las 8:30 horas y de encierro a las 17 horas.

La fiscal Maldonado se refirió asimismo a la inexistencia de una política efectiva de rehabilitación de los internos, y a la escasez de actividades laborales, de capacitación, educativas, deportivas, espirituales y recreativas:

54 Además de este informe ha emitido otros que dan cuenta de las condiciones carcelarias; por ejemplo, el Oficio 179 del 25 de mayo de 2007, el Oficio 297 del 31 de mayo de 2007, el Oficio 384 del 29 de octubre de 2007, el Oficio 498 del 26 de diciembre de 2007, y el Oficio 29, del 29 de octubre de 2008.

55 "Informe elaborado por la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema a propósito de la Invitación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, a la sesión a celebrarse el día 1 de junio de 2009 para considerar los diversos problemas que afectan al funcionamiento del sistema carcelario en nuestro país".

> Considerando que los internos cuentan aproximadamente con nueve horas diarias de desencierro, parte de las cuales destinan a sus necesidades de alimentación, las horas que se pudieran destinar a la acción educativa, laboral y de capacitación, necesarias para su reinserción social, y a desarrollar actividades que procuren la disminución del compromiso delictivo de los internos, son mínimas.

Respecto de las condiciones sanitarias e higiénicas, aseveró:

> Especialmente grave resulta la falta de agua potable en el Centro Penitenciario de Valparaíso, en que los módulos 101 al 117 cuentan con agua potable durante dos horas, dos veces al día, por lo que los internos deben juntar agua para su aseo personal y para los baños.
> El Complejo Penitenciario de Arica presenta una situación muy similar a la de Valparaíso, en donde se entrega agua potable a los internos dos horas al día, fraccionada en la mañana y en la tarde.
> Situaciones muy similares viven los internos aislados de Colina II. En Colina II, desde las 10 a las 16 horas el segundo y tercer piso del establecimiento no cuentan con agua potable; la dotación de baños es mínima; se encuentran en malas condiciones de funcionamiento.
> En la Calle 6 del CDP Santiago Sur, por ser las celdas insuficientes para albergar a la población, para dormir, los internos deben colocar sus colchones en la calle, los que al momento de la visita están enrollados a los costados de la misma.

En cuanto a los castigos de internación en celda solitaria y las condiciones materiales en que se cumple esta sanción, dijo ante el Senado la fiscal judicial:

> Sin perjuicio de las mejoras efectuadas a las celdas de castigos en algunas regiones, sigue constituyendo un trato cruel e indigno someter a una persona a encierro hasta por diez días en celdas vacías de cualquier mueble, sin catre, colchón, ni frazadas, las que se les entregan en la noche; en celdas que habitualmente no cuentan con luz natural ni eléctrica, la que les entra por pequeñas celosías, muchas veces sin servicios higiénicos y sometidos a la buena voluntad de los gendarmes para que sean sacados a hacer sus necesidades biológicas, o directamente provistos de tiestos plásticos para este fin; y sin acceso a lectura. En algunos casos, son encerrados entre cuatro y seis internos en una misma celda, sin dotación suficiente de colchones.

2.6 Reconocimiento de la tortura

En cuanto a condiciones carcelarias los estándares internacionales no solo establecen exigencias en materia de infraestructura y servicios básicos que deben asegurarse a quienes cumplen sanción; también contemplan exigencias en torno al trato que los funcionarios estatales deben dar a los prisioneros. La normativa internacional reconoce que toda persona detenida o privada de libertad se encuentra en una situación de vulnerabilidad, en manos del Estado, por lo que las posibilidades de malos tratos y tortura deben ser contenidas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5, establece: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"; y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes, artículo 2, núm. 1: "Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción". La Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 a), contempla que "Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Normas internacionales más específicas, como los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, son igual de claras; el Principio I, relativo al trato humano, en su tercer párrafo establece: "[a los presos] se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona".

Las Cortes de Derechos Humanos europea y americana han desarrollado estos derechos con una nutrida jurisprudencia, en la que se aprecia con claridad el alcance y sentido de la prohibición, que cubre no solo la tortura física sino también la tortura psíquica.[56] Más específicamente, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos.[57]

56 A propósito de la Corte Europea de Derechos Humanos, ver caso *Ireland vs. The United Kingdom,* sentencia del 18 de enero de 1978, serie A N°25, párr. 167, y caso *Ribitsch vs. Austria,* sentencia del 4 de diciembre de 1995, serie A N°336, párr. 36. En el caso del sistema interamericano, ver Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo,* sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C N°69, párr. 98-103.

57 Corte IDH, caso *Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo,* sentencia del 19 de enero de 1995, serie C N°20, párr. 60.

Uno de los últimos aspectos que las autoridades penitenciarias chilenas han terminado por reconocer es la tortura, tras años de denuncias de la Confederación de Familiares de Presos (Confapreco), la Defensoría Penal Pública, algunos abogados y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Así se fue levantando el velo que cubría las prácticas de tortura dentro del sistema carcelario en democracia. Antes de ello la reacción de la autoridad había sido de negación rotunda; por ejemplo, Alejandro Jiménez, director nacional de Gendarmería, dijo en una oportunidad:

> No podemos evitar que de vez en cuando –y puede suceder porque es casi humano– haya personas que se sobrepasen de lo permitido y lo legal. Lo importante es que no es una política de Gendarmería, de tortura y de malos tratos, y por otro lado, que cuando pasan esas cosas se sancionan.[58]

Cabe recordar aquí el proceso judicial por el cual el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales demandó a Gendarmería para obtener el acceso a información del funcionamiento del sistema penitenciario (número de sumarios y sanciones por malos tratos). Tras el fallo judicial que se lo exigía previo pago de los costos, la institución cobró a la universidad más de 30 millones de pesos (US$ 60 mil, aproximadamente) por esa información.[59]

Finalmente, en los últimos días de julio de 2009, Gendarmería terminó por reconocer la existencia de tortura en las prisiones. Según su director nacional, en 2008 se iniciaron veintiocho investigaciones sumarias por malos tratos y treinta por tortura, y a julio de 2009 se habían abierto 95 investigaciones por malos tratos y tortura.[60]

Es un hecho significativo que la institución reconozca la situación y es importante que se den a conocer las cifras de los sumarios, pero no es suficiente. Debe configurarse una política institucional que contemple severas sanciones, capacitación y mejoras en las condiciones laborales de los funcionarios.

58 Jiménez enfatizó que las prácticas de tortura denunciadas por el Centro de Derechos Humanos de la UDP no existían, "ni hoy ni nunca". *La Tercera,* "Director de Gendarmería niega que haya torturas en cárceles", 24 de agosto de 2008.
59 Ver *Informe 2006,* p. 46.
60 CNN Chile, "Denuncian a gendarmes por torturar a internos", 21 de julio de 2009.

3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO CHILENO EN MATERIA DE CONDICIONES CARCELARIAS

El conjunto de antecedentes reseñados en esta ocasión dan buena cuenta del estado de cosas durante 2009. El Estado ha comenzado a asumir la realidad por fin, pero aún se encuentra en una posición delicada en cuanto a su responsabilidad internacional en materia de derechos fundamentales de los reclusos.

Chile ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo tanto está obligado, no solo a respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción, sino a garantizar su ejercicio y goce (art. 1), esto es, emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes del territorio del Estado estén en condiciones de ejercer sus derechos. A mayor abundamiento, respecto de la obligación de garantizar los derechos humanos la Corte IDH ha señalado que "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención".[61] Y esta obligación no es solo formal, "no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".[62] En otras palabras, el Estado no puede limitarse a la omisión; además debe emprender acciones positivas, establecer recursos y crear las condiciones para que los derechos puedan ejercerse. Por ejemplo, para garantizar el debido proceso debe destinar recursos para la estructura de los tribunales, pero también debe dictar normas procesales, asegurarse de que existan escuelas de derecho para preparar abogados, y proveer asistencia legal a los que la necesiten.[63]

Como se aprecia, esta obligación de garantizar además de respetar los derechos consagrados en la Convención supone políticas públicas que creen las condiciones para el ejercicio de los derechos a la vida, a la integridad corporal, al debido proceso y a la rehabilitación. Sin embargo, los diversos informes consignados han entregado información real y suficiente para concluir que, en esta materia, el Estado chileno no está cumpliendo con las obligaciones que los instrumentos internacionales le imponen.

61 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras,* sentencia del 29 de julio de 1988, serie C Nº4.
62 Id.
63 Jorge Mera y Cecilia Medina, eds., *Sistema jurídico y derechos humanos,* Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1996, p. 43.

No cabe desconocer el esfuerzo desplegado por las autoridades destinado a manejar un sistema penitenciario que fue recibido en mal estado.[64] Con todo, y como demuestran estos informes, los esfuerzos se han limitado a lograr mejorías marginales al interior de un sistema que requiere una revisión profunda, sin la cual la crisis no será superada. Difícilmente las políticas públicas emprendidas por el Estado chileno –construir más cárceles y poner en marcha la ley de responsabilidad penal juvenil– pueden, en la forma en que se han implementado y por los resultados que han mostrado, cumplir con el baremo de acción positiva que configura la obligación de garantizar.

4. UNA OPORTUNIDAD PARA ENMENDAR EL RUMBO

A raíz de los informes, visita del Relator, denuncias y sobre todo de la importante labor de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema, el 5 de junio de 2009 el Ministerio de Justicia anunció la creación de un Comité de Reformas a Penales que busca analizar posibles cambios al sistema. Así, el Estado se da una oportunidad para enmendar el rumbo. El desafío es que no se repita lo ocurrido en 1991, cuando la Cámara de Diputados elaboró un informe que constituyó el primer esbozo de un planteamiento de política criminal en torno al problema de la cárcel tras el retorno de la democracia: el informe contenía un diagnóstico oficial y sugerencias que en su gran mayoría no se materializaron.

Por otra parte, a comienzos de 2009 Chile ratificó el Protocolo contra la Tortura,[65] que apunta hacia la lógica de la transparencia y del control independiente. Para el derecho internacional este instrumento constituye una importante salvaguarda contra la tortura y el maltrato, y conlleva incentivos para que los centros de detención y prisión sean lo más transparentes posible. Esta vigilancia obligatoria debe permitir a las autoridades dar cuenta de forma transparente de los problemas y soluciones que se detecten; por ello será determinante el diseño de la institución que estará a cargo de estas visitas y de la prevención. Se ha levantado como candidato natural al futuro Instituto Nacional de Derechos Humanos, propuesta que presenta más debilidades que fortalezas, pues, si bien su diseño contempla la difusión de sus informes, recursos y facultades de solicitar información y proponer soluciones, no da seguridades de in-

64 Por ejemplo, el año 2008 se destinó al sistema cerrado aproximadamente $7.000.000.000, para el financiamiento de 183 obras y la contratación de 268 profesionales (seguridad interior, perimetral, regularización eléctrica, ampliación de espacios para talleres y escuelas). Ver la Cuenta Pública 2008 del Ministerio de Justicia, www.ministeriodejusticia.cl.

65 El 18 de diciembre de 2002 se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, cuyo objetivo es establecer un sistema de visitas periódicas a personas privadas de libertad, a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El Congreso Nacional en febrero de 2009 aprobó el Protocolo, Decreto de Promulgación Nº340.

dependencia, al menos según los proyectos existentes al cierre de este capítulo, dado que en la elección de sus miembros participan principalmente el Presidente de la República y las dos cámaras parlamentarias.

Hay que tener presente que Chile ya cuenta con experiencias en materia de prevención de la tortura; el ejemplo de la Comisión Interinstitucional en materia de ejecución penal juvenil –que, partiendo el segundo semestre de 2007, visitó todos los centros cerrados y semicerrados del país– nos entrega un saber valioso que se puede replicar en adultos.[66] Aprovechando esta experiencia, parece más efectiva la creación de una comisión nacional de prevención de la tortura y supervisión de las condiciones de detención y carcelarias, con similares características a la que opera en adolescentes. Esta última nos ha permitido valorar la participación conjunta de operadores del sistema y miembros de la comunidad, pues el reconocimiento legal ha sido clave para solicitar información y para realizar visitas y entrevistas sin aviso. Pero además la experiencia nos ha enseñado las debilidades que presenta esta estructura, enseñanza que podría aplicarse en una futura Comisión Nacional para fortalecer áreas como la publicación obligatoria de informes con el seguimiento de las propuestas realizadas.

Otro desafío dice relación con las condiciones laborales de los funcionarios penitenciarios. Sin buenas condiciones de trabajo se hace extremadamente difícil el respeto y goce de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Es imperativo reconocer que los funcionarios realizan una labor valiosa y que ésta debe alcanzar estándares internacionales, que exigen una remuneración idónea, una formación adecuada y un trato digno, todas exigencias que disminuyen las posibilidades de corrupción y tortura en el sistema.[67]

Ello se vincula con la necesidad de una reforma amplia, que se enfoque en una nueva forma de gestión de los centros tanto de adultos como de adolescentes. A lo que se debe aspirar es a un diseño organizacional más moderno, técnico, transparente y eficiente desde el punto de vista de la seguridad, de los recursos, de la información estadística y del respeto de los derechos fundamentales; cuestión relevante toda vez que las prisiones actuales son de grandes dimensiones, administran ingentes cantidades de recursos, acogen a un gran número de personas, con frecuencia de ambos sexos, y todo ello exige operatividad de sistemas, iniciación de programas de tratamiento y conformación de distintos equipos de personal.

66 Ver Sebastián Briceño, "Supervisión de centros privativos de libertad para adolescentes: El modelo chileno a la luz del modelo inglés", en *Justicia y Derechos del Niño* 10, Bogotá, Unicef, 2008.
67 Por ejemplo, Regla 46(2) de las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* de Naciones Unidas: "La administración se esforzará constantemente por despertar y mantener, en el espíritu del personal y en la opinión pública, la convicción de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia y, al efecto, utilizará todos los medios apropiados para ilustrar al público".

Otro de los desafíos consiste en fortalecer el derecho de defensa en el interior de las prisiones. En este sentido, consideramos interesante la iniciativa de la Defensoría Penal Pública, que está llevando a cabo una experiencia piloto en los centros carcelarios de la Región de Coquimbo. La idea del "Proyecto piloto penitenciario" es crear una unidad de defensores especializados en asesorar a los condenados en todos los temas jurídicos vinculados con la etapa de ejecución de las penas. Iniciativas como ésta fortalecen la vigencia de los derechos fundamentales en las prisiones, por lo que deben ser apoyadas y desarrolladas, administrativa y económicamente. Sin duda este plan piloto cosechará enseñanzas que en un futuro próximo permitirán expandir esta buena práctica a todas las cárceles del país.

Al cierre de este *Informe* muchos de estos temas están en distintas etapas de desarrollo,[68] y esperamos que otros sean considerados en el trabajo del Comité de Reformas a Penales. Con todo, queremos insistir en que estos puntos, y otros como la corrupción en el sistema carcelario, deben incorporarse en un debate público serio, que contemple una concepción diferente, más moderna y más humana de la prisión, que la imagine como centros seguros, que supongan una respuesta efectiva al fenómeno del delito, y que de verdad satisfagan los estándares mínimos en materia de derechos humanos desarrollados por el derecho internacional.

5. Recomendaciones

Teniendo en consideración estos desafíos y toda la información suministrada en este capítulo, se plantean a la autoridad las siguientes recomendaciones:

1. Definir la institución que estará a cargo de la prevención de la tortura. Se recomienda diseñar una comisión nacional con similares características a la creada en materia de adolescentes infractores.
2. Modernizar Gendarmería de Chile y el Servicio Nacional del Menor, considerando la profesionalización de la labor funcionaria y promoviendo una gestión más transparente y respetuosa de los derechos fundamentales. Para garantizar la competencia de todo el personal que se ocupa de las personas privadas de libertad se debe impartir enseñanza profesional, cursos de capacitación permanente y cursos de repaso. Para garantizar la transparencia, ambas instituciones debieran incorporar en su página web información sobre decesos, sumarios y sanciones, reincidencia y datos

68 El Ministerio de Justicia está preparando un plan de reforma al Servicio Nacional del Menor, un proyecto de ley sobre sanciones alternativas a la pena privativa de libertad y un proyecto de ley sobre la actividad penitenciaria y sobre el control judicial de la actividad penitenciaria.

estadísticos sobre la cobertura de los diversos programas de reinserción y servicios prestados en los centros de reclusión.

3. Apoyar económicamente el plan piloto de defensa penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, para que se pueda replicar en otras regiones.
4. Implementar y hacer seguimiento de las propuestas que elabore la Comisión de Reformas a Penales que actualmente trabaja en el Ministerio de Justicia.

JUSTICIA MILITAR Y DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

A más de cuatro años del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, nuestro país mantiene una deuda con el "plazo razonable" que exigió el tribunal internacional para la modificación de su justicia penal militar. Esta reforma ha sido un proceso largo y lento, obstaculizado por la postura ambivalente de la estrategia legislativa del Gobierno, por la prescindencia de la opinión de la sociedad civil y, finalmente, por una visión de la justicia militar como una herramienta de respaldo a Carabineros en su lucha contra la delincuencia, más que como una justicia técnica especializada, destinada a dar resguardo a bienes jurídicos estrictamente castrenses. Los operadores del sistema –autoridades gubernamentales y de oposición, así como las Fuerzas Armadas– ven recomendaciones más que obligaciones en el fallo de la Corte IDH, con lo que revelan desconocimiento acerca de su relevancia y principales mandatos. Todo ello incide en que hoy un gran número de civiles continúa siendo procesado bajo un fuero obsoleto y con graves problemas de legitimidad.

Palabras clave: Jurisdicción militar, debido proceso, violencia policial, caso Palamara Iribarne.

INTRODUCCIÓN

El cumplimiento del fallo *Palamara* sigue pendiente en 2009. Aunque el Estado ha manifestado su voluntad de acatarlo, se observan problemas fundacionales en esa intención, puesto que en la práctica no ha habido una postura clara respecto de la competencia que la justicia militar debiese tener, ni una estrategia para dar cumplimiento al fallo en un tiempo razonable, como indica la Corte. El número de causas que actualmente residen en la justicia militar sigue siendo elevado, y no se han erradicado conductas que afectan los derechos de las personas en este régimen, que debe ser de excepción.

Este capítulo examina el compromiso del Estado chileno con la obligación de adecuar su derecho interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción militar. Con ese objeto se revisa la estrategia del Gobierno para implementar el fallo Palamara, pues da luces sobre la comprensión que distintos actores relevantes –como autoridades estatales, Fuerzas Armadas y organizaciones no gubernamentales– tienen del papel de la justicia militar en una democracia.

Se entrevistó al secretario técnico de la Comisión para la Reforma a la Justicia Militar, se revisó el avance legislativo del único proyecto de ley que ha presentado el Gobierno y se examinó la viabilidad política de su aprobación, en función de la discusión en el Parlamento y en entrevista a un miembro de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Respecto de la interiorización de los contenidos centrales del fallo por parte de las autoridades estatales, se revisó un caso emblemático, el de José Huenante, para ver cómo actuó la Fiscalía en la investigación y sanción de los uniformados involucrados. Asimismo se revisó la conducta de los jueces de garantía respecto de niños y adolescentes acusados de maltrato de obra.

Se ve con buenos ojos el alcance que una nueva línea jurisprudencial de la Corte Suprema da a la jurisdicción militar, aplicada hoy solo a niños y adolescentes, pero cuyos fundamentos debieran extenderse a los adultos. Aun así, la cantidad de personas sometidas a este fuero especial permanece como un problema no resuelto.

1. ESTADO DE CUMPLIMIENTO DEL FALLO PALAMARA IRIBARNE

1.1 Primera iniciativa del Gobierno: el proyecto de ley Boletín 5159-07

El fallo *Palamara Iribarne,* en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a nuestro país por tener un sistema penal militar con competencia para juzgar a civiles sin un debido proceso, sigue planteando una situación problemática.[1] Hasta el cierre de este *Informe*, el proyecto de ley Boletín 5159-07, que según su mensaje pretende hacer excepcional la competencia de la justicia militar sobre civiles, y derogar la pena de muerte en determinados supuestos, es uno de los principales hitos en la respuesta de Chile a las obligaciones contenidas en el fallo.[2] El *Informe 2008* ya revisó íntegramente su contenido, pero

1 Corte IDH, caso *Palamara Iribarne vs. Chile,* sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135.

2 Ver Subsecretaría de Guerra, Ministerio de Defensa, "Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales recaídas en el caso Palamara Iribarne vs. Chile", 8 de agosto de 2008, p. 30, www.ssg.cl, y Ministerio de Relaciones Exteriores, "Informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos para su quinto período de sesiones", 16 de febrero de 2009, párr. 41 y 42, www.minrel.gov.cl.

nuevamente es necesario revisar su estado su avance. En esa ocasión el *Informe 2008* concluyó lo siguiente:

> Del examen del citado proyecto de ley se puede observar que éste no se refiere en absoluto a la estructura y organización de los tribunales militares chilenos, ni al procedimiento penal contemplado en el CJM, el que, como lo destaca la sentencia de la Corte IDH, resulta contradictorio con las garantías básicas del debido proceso consagradas en la Convención Americana (...). En todo caso, el *propio art. 5 propuesto confiere competencia a los tribunales militares para juzgar a civiles* (...). Se trata de los delitos de amenazas, lesiones y homicidios a carabineros en su calidad de tales, que en caso de ser cometidos por civiles serían de conocimiento de los tribunales militares. (...) La relevancia social de esta situación deriva de la circunstancia de que se trata de actos más o menos frecuentes en la práctica (...) constituye una infracción de su derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.
>
> Finalmente, de acuerdo al proyecto examinado, los tribunales militares serían competentes para conocer: "De las causas por *delitos comunes* cometidos por militares en el cumplimiento de orden o en acto de servicio o en recintos militares". En este punto el proyecto de ley no respeta lo señalado por la Corte IDH.

Así, el proyecto resulta insuficiente en su contenido sustantivo y adjetivo para satisfacer lo indicado por la Corte Interamericana. Cabe insistir en que la Corte dispuso que el Estado de Chile debía adecuar su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar en un *plazo razonable*. El fallo data de noviembre de 2005, y aún no se cumple. El proyecto de ley fue presentado el 3 de junio de 2007 y actualmente se encuentra con urgencia simple y con informes positivos de la Corte Suprema y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.[3] El proyecto no registró actividad alguna durante 2008, período en que se encontraba sin urgencia, y solo a principios de 2009 ha tenido algún movimiento: se le otorgó urgencia simple, se le retiró y nuevamente volvió a dársele urgencia simple. Hoy en día el proyecto permanece en el mismo estado que a fines de 2007: en el primer trámite constitucional en el Senado. Se espera que el Gobierno presente a fines de 2009 un nuevo proyecto de reforma a la justicia penal militar.

El subsecretario de Guerra, Gonzalo García, según indica el acta del informe emitido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia

3 Ver primer informe de comisión en Boletín 5159-07, 8 de noviembre de 2007.

y Reglamento, señaló que el proyecto presentado era parte de una estrategia legislativa del Gobierno de la Presidenta Bachelet, pues "dado que resulta políticamente inviable obtener una completa reforma a la justicia militar en el marco de un único proyecto de ley dentro de plazos razonables y, más aun, que intentar un proceso integral de reforma podría resultar contraproducente y terminar minando cualquier iniciativa al respecto, se hizo aconsejable plantear una estrategia legislativa en etapas".[4] De este modo, el cumplimiento del fallo Palamara estaría dividido en cuatro iniciativas legislativas:

Etapas de cumplimiento	Contenido
Primera etapa	Delimitación de la competencia excepcional de los tribunales militares respecto de civiles y derogación de la pena de muerte.
Segunda etapa	Adecuación del derecho interno a normas y obligaciones internacionales (armamento prohibido, delitos de lesa humanidad, derecho internacional humanitario, prisioneros de guerra, regulación de mercenarios, etc.).
Tercera etapa	Reforma procesal militar, procurando el establecimiento del debido proceso (desde la integración de los tribunales militares hasta el procedimiento mismo).
Cuarta etapa	Reforma del derecho penal sustantivo, con la consiguiente actualización de los tipos penales militares (según la moderna distinción de derecho a la guerra, en la guerra y de posguerra).

De este plan de cuatro fases, trazado claramente en un discurso del entonces ministro de Defensa, José Goñi,[5] solo se ha avanzado en una. Además, el plan ha sido criticado por el mundo académico[6] debido a la insuficiencia de las respuestas a la orden de la Corte IDH (en los aspectos que el propio proyecto decide tratar), y si el Gobierno decidiese continuar con esta estrategia aún quedarían tres iniciativas legislativas que presentar.

El secretario ejecutivo de la Comisión de Estudios para la Reforma a la Justicia Militar, Pablo Contreras, emitió consideraciones ambivalentes en relación al papel que actualmente desempeña el proyecto de ley en la

4 Id.
5 Ministro de Defensa Nacional, "Discurso en sesión inaugural de la Comisión de Estudios para la Reforma a la Justicia Militar", 17 de octubre de 2007, www.ssg.cl.
6 Ver por ejemplo Jorge Mera Figueroa, "Adecuación de la jurisdicción penal militar chilena de tiempo de paz a los estándares internacionales de derechos humanos", en Centro de Derechos Humanos, *Anuario de derechos humanos 4,* Universidad de Chile, junio de 2008, pp. 205-211.

estrategia del Gobierno para el cumplimiento del fallo. Por un lado reconoció su insuficiencia técnica y que por lo mismo podría no perseverarse en él –de ahí que legislativamente no hubiese avanzado su tramitación durante todo 2008–, pero al mismo tiempo manifestó que se le consideraba un avance en la materia y que seguía siendo una base para las futuras reformas a la justicia militar a emerger del trabajo de la Comisión.[7]

Como se verá, existe otro componente en la estrategia para dar cumplimiento al fallo, que se materializó en primer lugar en los "Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar" y en el trabajo que se realiza en dos subcomisiones referidas a un Código de Justicia Militar (CJM) penal y procesal. De todas formas, el proyecto de ley sigue siendo considerado una base posible para cimentar una reforma a la justicia militar, aun cuando la delimitación de competencia de la justicia militar que propone contradice la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH.

1.2 Incomprensión del fallo y papel de la justicia militar en tiempos de paz

El *Informe 2008* se centró en el análisis normativo del proyecto de ley. En esta ocasión se reseña la postura de las diferentes instituciones involucradas en su tramitación, las que, aunque parecen coincidir en la necesidad de reformar la justicia militar, no comprenden del todo las implicaciones del fallo *Palamara Iribarne* para nuestro país.

En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, las opiniones vertidas por los auditores de las distintas ramas de FF.AA. y Carabineros, así como por algunos parlamentarios, evidencian una confusión entre un concepto de jurisdicción militar de carácter especial, orientada a responder las necesidades técnicas particulares de la disciplina militar, y que tome en cuenta los valores que la inspiran, con una jurisdicción militar que toma en consideración fenómenos como la seguridad ciudadana y el papel que las FF.AA. y Carabineros cumplen en mantener el orden y la seguridad, y que les otorga un mayor respaldo en esas funciones.

Al respecto debe mencionarse que la Corte IDH es explícita en fijar el papel que cumplen los tribunales militares en tiempos de paz:

> Chile, como Estado democrático, debe respetar el *alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles* (...) en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los Tribunales Militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales

7 Entrevista personal, 1 de julio de 2009.

> castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que *esos delitos solo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado*.[8]

Las opiniones del auditor general de Carabineros, Ismael Verdugo, y del auditor general del Ejército, Juan Arab, en el informe citado son contrarias a lo indicado por la Corte. El primero señala que originalmente Carabineros vio con preocupación que se limitara completamente la competencia de la justicia militar respecto de civiles, pero que luego estimó muy satisfactorio que estudios posteriores justificaran "la inclusión en esa jurisdicción especial de ciertos delitos cometidos por civiles, como es el caso de aquellos contemplados en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código del ramo".[9] De igual modo, el auditor general del Ejército recalcó las excepciones referidas al maltrato de obra y homicidio de carabineros. Estos análisis no se hacen cargo de la realidad, vista la gran cantidad de casos hoy en manos de la justicia militar por delito de maltrato de obra, sea como sujeto activo o como víctima. [10]

Ya se vio la posición ambivalente de la Subsecretaría de Guerra. Por un lado tiene la visión de que el proyecto de ley restringe de forma importante el alcance de la justicia militar; de hecho, en su informe respecto del cumplimiento del fallo *Palamara*, indican que "se tiene en cuenta que, si bien no resuelve todos los problemas que plantea una reforma integral a la jurisdicción militar, sí restringe la competencia en forma *cualitativa*".[11] Por otro lado, el actual volumen de casos de civiles ante la justicia militar es un dato hasta cierto punto irrelevante, según Pablo Contreras, el secretario ejecutivo de la Comisión de Reforma a la Justicia Militar: "El volumen de causas no es un factor preponderante al momento de definir la lógica normativa".

Sin embargo, la Corte es muy clara: la jurisdicción militar no puede y no debe juzgar a civiles, solo a militares por la comisión de delitos militares.

También resultan conflictivas las opiniones del senador Baldo Prokurica (RN), quien indica que "más allá de lo que propone el proyecto en estudio, no debe dejarse de lado el debate sobre cómo debe enfrentarse el tema del orden y la seguridad pública y respaldarse a las Fuerzas

8 Corte IDH, caso *Palamara Iribarne vs. Chile,* sentencia del 22 de noviembre de 2005, párr. 132 y 139; el destacado es nuestro.
9 Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, informe citado, pp. 31 y 34. Los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar contemplan los delitos de homicidio de carabineros y maltrato de obra a los mismos.
10 Ver cifras en el punto 3 de este capítulo.
11 Subsecretaría de Guerra, "Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales recaídas en el caso Palamara Iribarne vs. Chile", 8 de agosto de 2008, p. 31.

Armadas y Carabineros, habida consideración de que una de las más relevantes preocupaciones de la comunidad es la seguridad ciudadana".[12] El senador de oposición apoya una jurisdicción militar que dista de ser una justicia especializada que busca resguardar los valores militares. Por el contrario, cree que su función debe ser de apoyo a la función policial y satisfacer las preocupaciones de la comunidad respecto de la delincuencia. Prokurica sostiene que "en el afán de respaldar a estas instituciones y buscar un mayor rigor en la aplicación de la ley, los Tribunales Militares representan un camino adecuado para lograrlo".

La senadora DC Soledad Alvear, miembro de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y autora de uno de los proyectos de ley presentados para dar cumplimiento al fallo Palamara Iribarne (Boletín 4792-07), ha participado en la discusión de diversas iniciativas para limitar la competencia de la justicia militar en Chile.[13] Alvear opina que la postura representada aquí por las palabras de Prokurica es la de los parlamentarios de derecha que integran la Comisión, y a su juicio constituye uno de los principales factores del retardo en dar cumplimiento en un plazo razonable a la decisión de la Corte[14]. Cualquier intento de reducir las atribuciones de la justicia militar es atacado por los parlamentarios de derecha, dice la senadora Alvear, porque temen que una eventual competencia de la justicia ordinaria para juzgar a militares los encause por crímenes pasados. La postura reacia a la reforma a la justicia militar por parte de las Fuerzas Armadas se debe también a que implicaría una reducción de sus atribuciones.

Si bien la postura sostenida por Carabineros no se refiere a la justicia militar como una herramienta de la persecución penal, sí pretende que cumpla con fines diversos del juzgamiento de delitos estrictamente militares. Así, el auditor general de Carabineros sostuvo en el informe de la Comisión que "la ciudadanía percibe que el nuevo sistema procesal penal no protege suficientemente los derechos de las víctimas. Siendo así, podría relativizarse la necesaria estrictez en la persecución de delitos cometidos contra la Fuerza Pública, no obstante tratarse de asuntos que comprometen el orden público. (...) *Señaló que los efectivos encargados de velar por el orden y la seguridad requieren de un ordenamiento jurídico fuerte que los proteja y los respalde*". Por ello, llamó a tener cuidado ante la posibilidad de instalar en nuestro medio modelos que corresponden a otras realidades.

En el mismo sentido, el coronel (J) de Carabineros Manuel Arancibia, en su calidad de director de justicia subrogante,[15] sostuvo que si bien no se pretende que la justicia militar cumpla un rol en la persecución de

12 Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, informe citado, pp. 31 y 34.
13 Ver, por ejemplo, Boletín 5159-07, 4702-07 y 4669-07.
14 Entrevista personal, 4 de agosto de 2009.
15 Entrevista personal, 5 de agosto de 2009.

los delitos, sí debe respaldar a Carabineros estableciendo una sanción segura para quienes atenten contra sus efectivos. Para el coronel Arancibia, hoy se justifica que la justicia militar juzgue casos en que civiles están involucrados, ya sea como sujetos activos o pasivos de un delito, por dos consideraciones: primero, el hecho de que Carabineros sea un cuerpo policial militarizado implica que toda conducta que suponga un ilícito civil es trascendente, aunque en el mundo civil no lo sea, por la disciplina que es necesario mantener en un cuerpo con características orgánicas militares; de hecho, para el coronel es un aspecto negativo que en el nuevo sistema procesal penal aquellos carabineros que cometen un delito común puedan "sacarla fácil" acogiéndose a una salida alternativa, pues en su opinión ello fomenta el relajo en la disciplina.

En segundo lugar, Arancibia justifica que ciertas conductas sean juzgadas por el CJM por consideraciones técnicas. Así, por ejemplo, para delitos como la deserción, que para un juez del fuero común pueden tener poca relevancia en la escala general de los ilícitos penales, pero que afectan profundamente valores militares como la cadena de mando, se requieren jueces del fuero militar, por el juicio de reproche que puede hacerse al funcionario. En otras palabras, ciertas conductas solo pueden ser juzgadas por jueces militares porque requieren de una determinada formación profesional y del conocimiento de la doctrina militar relevante para estimar si en un caso el efectivo actuó acorde a la normativa y no se podía razonablemente esperar otra conducta por su parte, conocimientos que estarían ausentes de la experiencia o formación profesional de un juez de fuero común, lo que podría derivar en un tratamiento más beneficioso o más pernicioso para el funcionario policial.

El auditor general del Ejército apoyó estas opiniones en el informe de la Comisión, al sostener que "para un tribunal no especializado es difícil juzgar estas conductas, prueba de lo cual es la circunstancia de que mientras las ofensas a Carabineros han sido conocidas por los tribunales ordinarios, prácticamente no ha habido condenas".

En cuanto a la postura de la Corte Suprema, si bien apoyó el proyecto de ley Boletín 5159-07 también declaró que la jurisdicción militar se justifica como un mecanismo de apoyo a la función y responsabilidad policiales, al examinar el mismo año 2007 el proyecto de ley Boletín 4792-07, presentado por la senadora Soledad Alvear, que buscaba limitar la competencia de los tribunales militares estableciendo que únicamente podían juzgar delitos que tuviesen pena militar. Más allá de los problemas de técnica legislativa de este proyecto –el CJM no establece penas solo para delitos específicamente militares (por ejemplo, la pérdida del estado militar), sino que en la mayoría de los casos opera de forma supletoria de las penas del Código Penal–, la Corte Suprema chilena indicó que

> *en todos aquellos delitos en que el sujeto activo sea un militar, aun cuando no respondan a la naturaleza de propiamente militar, existe la necesidad de mantener un criterio interpretativo y de aplicación de las materias de interés castrense que sea armónico con las funciones y fines llamados a cumplir por las Instituciones Armadas.* Dicha realidad, fundada en la especialidad y tecnicismo de la función militar, no obstante aparecer reconocida en la exposición de motivos de la propia iniciativa, no se advierte que resulte debidamente cautelada con la sola y eventual sugerencia de crear Fiscalías especializadas del Ministerio Público. Por el contrario, la prevención que en tal sentido formula el mismo proyecto debería llevar a sostener que la aplicación de una pena militar como único criterio de atribución o exclusión de competencia de la justicia militar *no constituye un factor que cautele todos los intereses que confluyen en la materia y, en cambio, puede llegar a producir una desprotección de la función militar y de los intereses que ella está llamada a servir.*[16]

Si bien la opinión de la Corte Suprema en el Boletín 5159-07 ha sido distinta, resulta preocupante ver que todavía existe un sector del máximo tribunal que ve a la justicia militar como algo más que una jurisdicción especializada, con un objetivo técnico de resguardo de bienes jurídicos específicos. Si se observa la composición actual de la Corte Suprema (veinte ministros), se tiene que once ministros de los que apoyaron la decisión de rechazo comentado se encuentran aún en sus cargos.

Las opiniones de los auditores del Ejército y Carabineros, de los jueces citados y del senador que representa posturas de derecha reflejan una realidad inquietante: no se comprende o simplemente se ha decidido ignorar el papel que cumple la justicia militar en una sociedad democrática, y que la Corte Interamericana ha definido como excepcional. Tal corriente de opinión sostiene que la jurisdicción penal ordinaria es insuficiente para castigar los delitos cometidos contra carabineros en el ejercicio de sus funciones, y que se requiere de un régimen especial para la investigación de aquellos ilícitos; que la jurisdicción ordinaria no da el suficiente apoyo a las labores de mantenimiento del orden público y control de la criminalidad que desarrollan las FF.AA. y Carabineros, lo que justifica una justicia militar que no solo juzgue con "rigor" estos ilícitos, sino que armonice la necesidad de justicia con las labores que estos organismos realizan, apoyándolos por lo tanto en estas funciones. Pero ocurre que estos fines atribuidos a la jurisdicción militar van en dirección opuesta de lo señalado por la Corte IDH, que estima que la

16 Corte Suprema de la República de Chile, Oficio 36, Informe Boletín 4792-07, considerando 6°, 29 de enero de 2007. El destacado es nuestro.

justicia militar debe sancionar solo cuando se lesionen o pongan gravemente en peligro bienes jurídicos de orden militar, como la cadena de mando o la disciplina militar, y que solo debe operar cuando el sujeto activo de dichos ilícitos sea un militar en el ejercicio de su cargo.

El mandato de la Corte Interamericana va más allá de exigir un debido proceso o una competencia limitada de esta jurisdicción; lo que la Corte exige realmente es delimitar el papel que la justicia militar cumple en una sociedad democrática en tiempos de paz. Si estas perspectivas no cambian, es de esperar que las futuras iniciativas de reforma sean también deficientes, por lo menos a la luz de los estándares fijados por el fallo *Palamara*. Lo anterior pone de relieve que no basta con tener el propósito de presentar iniciativas de ley que modifiquen la justicia militar: para que Chile cumpla *efectivamente* la obligación internacional de adecuar su derecho interno a las exigencias impuestas por la Corte, debe asegurarse de que los proyectos sean aprobados y entren en vigencia.

1.3 Segunda iniciativa del Gobierno: la Comisión de Estudios para la Reforma a la Justicia Militar

Un mes después de que el Gobierno presentara el proyecto de ley Boletín 5159-07 se creó la Comisión de Estudios para la Reforma a la Justicia Militar, cuyas funciones, en lo pertinente para el presente capítulo, eran: estudiar las diversas propuestas de reformas a la justicia militar que serían enviadas al Congreso durante el año 2008; elaborar propuestas derivadas de sus estudios, para obtener un resultado armónico de las reformas al CJM y demás leyes conexas con el sistema general de jurisdicción militar y el ordenamiento nacional; y proponer, gradualmente, proyectos de ley conforme al cumplimiento de las dos primeras etapas.[17]

Al igual que el caso del proyecto de ley comentado, la creación de esta Comisión de Estudios ha sido uno de los grandes argumentos que el Estado ha esgrimido en función del cumplimiento de las obligaciones internacionales de Chile. Dice el Estado, por ejemplo, en el informe enviado a principios de 2009 al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que "uno de los principales temas pendientes de la modernización de la administración de justicia es la competencia de la justicia militar (...). Para encarar este desafío se ha constituido una Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar".[18] Su papel es potenciado en el informe al sistema interamericano de derechos

17 Ministerio de Defensa, "Decreto Supremo 175 crea Comisión de Estudios para la Reforma de la Justicia Militar", 20 de agosto de 2007, www.ssg.cl.
18 Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, "Informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos para su quinto período de sesiones", 16 de febrero de 2009, párr. 41 y 42, www.minrel.gov.cl.

humanos, en el cual se realiza una precisa y acuciosa descripción de la constitución y de las labores que la comisión está llamada a cumplir.[19]

En realidad el trabajo que ha realizado esta Comisión ha sido un aporte para el debate interno sobre el estado de la justicia militar en Chile; ha desarrollado diversos seminarios sobre la materia y ha presentado a la comunidad, en agosto de 2008, el documento "Principios formativos para la reforma a la justicia militar", que contiene veintisiete principios o directrices. Según el informe enviado al sistema interamericano, la labor de la Comisión terminará con la entrega de una propuesta de reforma integral que abarque la modificación del proceso penal militar y de los tipos penales militares. Al cierre de esta edición, la labor de la Comisión se entendía cumplida en una primera etapa con el consenso expresado en los "Principios formativos", y se abocaba a la reforma del procedimiento y a lo que en doctrina se llama la "parte especial" de la justicia militar –esto es, la elaboración de delitos específicos regulados en el CJM– con la creación de dos subcomisiones: la de derecho penal militar y la de derecho procesal penal militar.

Sin embargo, es posible plantear dos reparos al trabajo que ha realizado la Comisión de Estudios. En primer lugar, según el mismo instrumento que la crea (DS 175, art. 2), la Comisión está conformada por representantes de los Ministerios de Justicia, Interior, Relaciones Exteriores y Defensa, y de Carabineros, Investigaciones y el Ejército. El informe de cumplimiento de agosto de 2008 destaca esta composición como heterogénea: "El Estado de Chile ha decidido formar una Comisión que contemple la visión de distintos sectores, todos relevantes en la articulación de una futura reforma integral al CJM. Para ello, ha convocado a especialistas del Ministerio de Justicia, del Ministerio del Interior...".[20]

A diferencia de otras iniciativas de reforma impulsadas por los gobiernos de la Concertación, como la reforma procesal penal y la laboral, esta Comisión no contempla a académicos o miembros de organizaciones no gubernamentales. El secretario de la Comisión justificó esta diferencia en una estrategia legislativa, por la cual se optó por presentar un anteproyecto listo a la sociedad civil, para facilitar su discusión; así, el informe de cumplimiento de abril de 2009 dice: "Una etapa central antes de concluir el proyecto de ley definitivo consiste en entregar a la ciudadanía un anteproyecto que pueda ser evaluado y debatido, con el objeto de obtener una retroalimentación desde la sociedad civil y las entidades que la conforman...".[21]

19 Subsecretaría de Guerra, "Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales recaídas en el caso Palamara Iribarne vs. Chile", abril de 2009.
20 Subsecretaría de Guerra, "Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales recaídas en el caso Palamara Iribarne vs. Chile", agosto de 2008, p. 10.
21 Subsecretaría de Guerra, "Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales recaídas en el caso Palamara Iribarne vs. Chile", abril de 2009, p. 30.

Pueden formularse dos objeciones a esta estrategia. En primer lugar, si bien es cierto que el proyecto de ley se presentará a la sociedad civil, podemos ya estimar que la ausencia de este sector representó un problema para el contenido del único proyecto que ha sido, hasta hoy, efectivamente presentado a la comunidad. El Boletín 5159-07 establece un ámbito de competencia de la justicia militar que los actores oficiales perciben como excepcional y adecuado, pero a los ojos de la comunidad, que observa cómo funciona en la práctica la justicia militar en Chile, ésta no es tan excepcional, visto que más del 40% de los casos que se encuentran en Corte Marcial, solo del año 2008, involucran a civiles.[22] Pero, según el secretario técnico de la Comisión para la Reforma a la Justicia Militar, este dato no fue "preponderante".

Más importante aun, la visión que la sociedad civil tiene de la justicia militar, de su ámbito de competencia y del papel que debe cumplir en tiempos de paz, dista considerablemente de la del Gobierno y hoy día se encuentra ausente de las iniciativas gubernamentales para dar cumplimiento al fallo. Por ejemplo, el codirector del Observatorio Ciudadano José Alywin opina:

> El Gobierno rara vez se ha hecho parte en las causas que se siguen a objeto de perseguir la responsabilidad criminal de las actuaciones de efectivos policiales. Ello a pesar de no existir limitaciones legales para estos efectos. Esta pasividad contrasta con el rol activo que el Gobierno, en particular el Ministerio del Interior, ha asumido en la persecución de la responsabilidad penal de la población civil que participa de acciones de protesta social, o cuando se le imputa participación en hechos de violencia que afectan a efectivos policiales o a la propiedad. Tampoco ha impulsado con la energía que se requiere las iniciativas legislativas para poner término a la competencia de la justicia militar para conocer delitos que afectan a la población civil.[23]

Como se observa, son visiones diferentes de las atribuciones de la justicia militar: para la sociedad civil es claro que su ámbito debe estar restringido a delitos específicamente militares, mientras que la interpretación del Gobierno privilegia el test de la proporcionalidad más que la cotidianeidad; en otras palabras, existe mayor preocupación por el contenido normativo del CJM que por su aplicación y cómo ésta afecta a la ciudadanía.

22 Ver Amnistía Internacional, "Información para el Examen Periódico Universal de Chile ante la ONU", www.amnesty.org; y BBC Mundo, "HRW apunta a la justicia militar chilena", 26 de agosto de 2009.

23 José Aylwin Oyarzún, "A un año de la muerte de Matías Catrileo", *La Nación,* 5 de enero de 2009. Ver también Emol, "Girardi debuta en vocería de comando de Frei y Burgos lo critica", 19 de agosto de 2009; Pamela Pereira Fernández, "Agenda no escrita", carta en *La Segunda,* 23 de septiembre de 2009, p. 8; El Siglo.cl, "Hugo Gutiérrez: 'A defender los derechos de las personas", 12 de agosto de 2009.

En segundo lugar, se ha mencionado que a fines de 2008 la Comisión comenzó su trabajo dividida en dos comisiones, con el fin de presentar una propuesta integral de reforma. Persisten las dudas sobre cómo se articulará el proceso de reforma en lo referido a la competencia de la justicia militar, pues si bien se han aprobado por consenso las líneas básicas de la justicia militar gracias a los principios formativos mencionados, en particular el principio X de competencia de la justicia militar,[24] que es compatible con lo indicado por la Corte IDH en el caso *Palamara Iribarne*, no queda clara la forma en que esto se materializará, ya sea partiendo de la base de lo establecido en el proyecto de ley Boletín 5159-07 o en los futuros proyectos de ley que presentaría el Gobierno.

2. INCORPORACIÓN DE LOS ESTÁNDARES FIJADOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Las obligaciones internacionales que pesan sobre nuestro país derivan del solo hecho de que Chile ratificó diversos tratados de protección de los derechos humanos, por lo que los dictámenes de las cortes internacionales son obligatorios desde su pronunciación, con independencia de la promulgación o no de una ley en Chile. De este modo, las consideraciones de estos tribunales son vinculantes para nuestro país desde su notificación, y por ende nuestras autoridades deben incorporarlas en su diario vivir. Por esta razón no puede argumentarse que mientras no se dicte una ley las autoridades del Estado están eximidas de adecuar su compor-

24 "PRINCIPIO X: Competencia funcional de los órganos judiciales militares
Los tribunales militares, como jurisdicción especializada, tienen competencia sobre los delitos militares cometidos por militares.
Excepcionalmente, en tiempo de guerra o en situaciones de crisis, tendrán competencia para conocer casos calificados en que el delito no revista carácter militar y afecte sustancialmente los principios de los cuerpos armados.
Lo anterior se entiende sin perjuicio de la potestad disciplinaria.
La justicia militar se justifica por la protección de la eficacia de las Fuerzas Armadas como organismo de combate especializado en la defensa de la seguridad exterior del Estado. Se trata de una especialidad que se justifica por la protección de la eficacia operativa y el resguardo de los principios de la organización militar, en defensa del Estado de Derecho Constitucional. Solo la necesidad funcional puede justificar la existencia limitada, pero irreductible de una justicia militar. Se trata, por lo tanto, de un principio que se relaciona con el derecho a un juez natural y a un tribunal independiente e imparcial, todos integrantes de la máxima general del debido proceso y que constituyen bases esenciales ampliamente recogidas en tratados internacionales que versan sobre derechos fundamentales. Así por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge implícitamente estas exigencias en el artículo 8, mientras que lo propio hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14. La Constitución Política de la República recoge estos principios en su artículo 19, número 3.
La jurisdicción militar tiene un fundamento de su establecimiento en el resguardo del orden, la disciplina y la jerarquía de las Fuerzas Armadas y es en virtud de ello que el principio restringe la competencia de estos tribunales a delitos cometidos en relación con las funciones castrenses y cuando son cometidos por militares. Sin embargo, se admite una excepcional y calificada extensión de competencia para otros delitos que no revisten dicho carácter en los casos de tiempo de guerra o situaciones de crisis donde, cumpliéndose exigentes circunstancias, dichos ilícitos son conocidos por tribunales militares. En estas situaciones, y solo cuando afecte sustancialmente los principios constitucionales de los cuerpos armados, se justifica esta ampliación de competencia".

tamiento. Por ejemplo, al momento de resolver cuestiones de competencia entre la justicia ordinaria y la militar, los tribunales chilenos deben tomar en cuenta la decisión de la Corte Interamericana, y cuando se va a modificar la ley, el cambio debe orientarse a lo indicado por la Corte, con independencia de que se esté o no de acuerdo con sus fallos.

En estas materias se pueden ver avances relevantes y otros casos en que se ignora por completo la jurisprudencia de la Corte. Cabe recordar que no solo pesa sobre nuestro país la obligación de modificar el CJM, sino también de modificar la conducta de las autoridades, la cual por sí sola puede originar responsabilidades internacionales. Revisaremos a continuación estas conductas estatales, positivas y problemáticas, no sin antes citar el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que versa sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

> Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.[25]

2.1 Conductas problemáticas. El caso de José Huenante

Según la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, "se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

25 Al respecto, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* la Corte Interamericana, en el párrafo 123, indicó: "La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. *Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.* El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana" (el destacado es nuestro).

El 3 de septiembre de 2005, José Huenante Huenante, entonces de dieciséis años, se encontraba junto a unos amigos en las cercanías de la población Marisol, en Puerto Montt. Los jóvenes vieron acercarse una patrulla policial y le arrojaron piedras, a lo que la patrulla respondió llevándose detenidos a José Huenante y a un amigo; pero solo éste volvió a su casa.[26] Desde ese día la familia de José Huenante no ha cesado de buscarlo. Presentó su denuncia ante Carabineros, y el caso fue originalmente considerado como presunta desgracia. Solo el 15 de marzo de 2009, casi cuatro años después de la desaparición del adolescente, y después de dos sumarios administrativos y años de investigación, tres policías fueron formalizados por el delito de secuestro y sustracción de menores.[27] Oficialmente no se ha establecido que José Huenante haya muerto.

No es posible afirmar que hoy en Chile existe una práctica de desaparición forzada de personas a manos de la policía, pero el presente caso hace patentes situaciones reñidas con las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos que pesan sobre nuestro país.

2.1.1 Problemas en la investigación del caso

Cecilia Huenante fue a denunciar la desaparición de su hijo el mismo 3 de septiembre de 2005 en que fue detenido, pero la respuesta de Carabineros fue no aceptarla: "Yo desconfío de los carabineros porque cuando fui a presentar la denuncia por presunta desgracia no la aceptaron. Me dijeron que lo buscara sola. Y mis otros dos hijos me acompañaron al hospital para ver si lo encontraba".[28] El hecho de no recibir una denuncia supone que Carabineros no otorga protección inmediata a la víctima de la solicitud, y también incide directamente en las posibilidades de éxito de la investigación. Más grave aun, Carabineros no está facultado para rechazar ninguna denuncia.[29] En la página www.carabineros.cl, específicamente en la sección "¿Qué hacer en caso de extravío de personas?", se describe un procedimiento detallado de las actuaciones de los funcionarios policiales, que contempla lo siguiente:

26 La Nación.cl, "El caso de José Huenante no pasará a la Fiscalía Militar", 31 de marzo de 2009.
27 Cooperativa.cl, "Carabineros formalizados por desaparición de menor fueron dados de baja", 17 de marzo de 2009. Ver también tramitación de causa en página web del Poder Judicial, causa RIT 3288-2005, Juzgado de Garantía de Puerto Montt.
28 *La Nación,* "La sombra de José Huenante", 22 de marzo de 2009.
29 Los artículos 83 y 173 del Código Procesal Penal son claros en este punto. El artículo 83 dice: "Actuaciones de la policía sin orden previa: Corresponderán a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales: e) *recibir las denuncias del público".* El artículo 173 dice en su inciso final: "También se podrá formular la denuncia ante los funcionarios de Carabineros de Chile (…) todos los cuales *deberán hacerla llegar de inmediato* al Ministerio Público" (el destacado es nuestro).

• El carabinero tomará nota de todos los antecedentes que permitan ubicar a la persona: nombres, características físicas, instituciones que normalmente frecuenta, entre otros.
• En un plazo no mayor a una hora, los antecedentes de la denuncia se registrarán en el sistema "Encargos de Personas", quedando la información en línea en todas las unidades del país.
• En un plazo no mayor de veinticuatro horas el carabinero responsable hará consultas para dar con el paradero de la persona.
• Posteriormente se realizará una nueva entrevista con el denunciante.

En el caso de José Huenante nada de esto ocurrió, según el relato de Cecilia Huenante. Como se observa, no solo se debió haber aceptado la denuncia la primera vez, sino que se debió haber entrevistado a la denunciante y haber obtenido información sobre los posibles paraderos de la víctima y sobre las causas eventuales de su desaparición. En materia de desaparición de personas el lapso entre la desaparición y la denuncia es crucial, por eso la misma sección de encargo de personas de Carabineros (SEP) indica en su sitio web que: "Contrariamente a lo que muchos creen, las denuncias por presunta desgracia *pueden y se deben hacer dentro de las primeras 24 horas*, en la Unidad de Carabineros más próxima a sus domicilios".[30] No haber cumplido el procedimiento, entonces, afectó considerablemente las posibilidades de éxito de la investigación.

Al respecto, la Corte Interamericana ha sido explícita:

> La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio (...). *Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares*, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.[31]

El Ministerio Público formalizó el caso el 15 de marzo de 2009, a más de cuatro años de la desaparición de José Huenante. Hasta la fecha, según la prensa se ha comprobado que los carabineros involucrados adulteraron el libro de detenidos y el libro de kilometraje de la patrulla policial;[32] también se indica la presencia de testigos que vieron a José subir a la patrulla,

30 Sección de encargos de personas (SEP), www.carabineros.cl; el destacado es nuestro.
31 Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 177 (el destacado es nuestro).
32 *La Segunda*, "Dan de baja a carabineros imputados por desaparición de menor por 'graves faltas administrativas'", 17 de marzo de 2009.

dato que el abogado defensor, Jorge Vásquez, sostuvo que no es efectivo.[33] En julio de 2009 se realizó una reconstitución de escena en la cual los tres imputados se rehusaron a participar. Éstos fueron dados de baja tras dos sumarios administrativos, de los que solo el segundo estimó la existencia de "irregularidades" (la comprobación de la adulteración de los registros de kilometraje del radiopatrulla y de la cantidad de detenidos).[34]

La eficiencia del sumario administrativo como método investigativo es cuestionable en el presente caso. Por un lado, la adulteración de los registros respectivos es información que dio a conocer la investigación del Ministerio Público a Carabineros, y no al contrario, como podría esperarse,[35] puesto que la posibilidad de revisar tales registros es permanente para Carabineros. Así lo indica la "Directiva complementaria del reglamento de vehículos para Carabineros de Chile" de 1999, en el capítulo de fiscalización y control de vehículos, Nº 20, letra g:

> El control diario del vehículo lo llevará el conductor en una libreta, en la cual registrará el consumo de combustible, aceite y kilometraje recorrido. Dicha libreta se abrirá el 1º de cada mes y se cerrará el último día de él, y los datos mensuales se estamparán en el libro de vida único de los vehículos.

No se aprecia motivo alguno por el cual hayan tenido que pasar casi cuatro años desde los hechos para que se procediera a la revisión de dichos registros. Del mismo modo, no se entiende por qué esa diligencia antes no rindió frutos. Existe un deber de fiscalización e investigación que debe ser emprendido diligentemente por las autoridades estatales en casos de violaciones a derechos humanos, como lo es la desaparición de un adolescente, y más aun si las últimas personas con quienes se le vio eran funcionarios policiales. Recordemos que para la Corte Interamericana la obligación de investigar para sancionar es de medio, no de resultado, esto es, si no se logra determinar responsables no hay necesariamente una violación de una obligación internacional, pero el factor tiempo es de suma relevancia, particularmente cuando hay un niño cuyo paradero se desconoce. La Corte, en efecto, ha dicho

> que la inefectividad de tales procesos penales queda claramente evidenciada al analizar la falta de debida diligencia en la conduc-

33 "Cuando el fiscal indica que hay testigos que vieron a José Huenante subirse a la radiopatrulla, no existe ese testimonio, no existe", El Gong.cl, "Caso Huenante no va a la justicia militar", YouTube.com.
34 Cooperativa.cl, nota citada, y *La Segunda,* nota citada. Al respecto, el coronel Pedro Messen, prefecto de la Provincia de Llanquihue, dijo: "Las faltas graves de la normativa institucional se refieren a algunas deficiencias encontradas en los libros reglamentarios nuestros. Ahora, con esto quiero en dejar en claro que la Fiscalía cuenta con todo nuestro apoyo".
35 La Nación.cl, "Carabineros reabre sumario por desaparición de menor", 16 de marzo de 2009.

ción de las acciones oficiales de investigación. Esta falta de debida diligencia se manifiesta en la irrazonabilidad del plazo transcurrido en las investigaciones, la falta de adopción de las medidas necesarias de protección ante las amenazas que se presentaron durante las investigaciones, las demoras, obstáculos y obstrucciones en la realización de actuaciones procesales y graves omisiones en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.[36]

2.1.2 Postura del Ministerio Público en materias de justicia militar

Si bien los imputados fueron formalizados el 15 de marzo de 2009, como se dijo, días después el Ministerio Público presentó una solicitud de traslado del caso a la justicia militar. La solicitud originó una audiencia en donde la postura del fiscal, Sergio Coronado, fue remitir el caso a justicia militar por la aplicación del artículo 5 del CJM, específicamente por ser los autores carabineros que habrían cometido el delito con ocasión de su servicio.[37] No se acogió la solicitud, el Ministerio Público apeló y el 12 de mayo se confirmó la decisión del juez de garantía.[38]

Las razones del fiscal son contrarias a los mandatos de la Corte Interamericana. Primero, el fiscal reconoció que el delito era común –esto es, que los actos imputados no están vinculados al cumplimiento de la función militar–, y por ende no afectaba bienes jurídicos estrictamente militares. La única justificación para la petición del Ministerio Público era la existencia del artículo 5 del CJM, artículo que debe ser leído a la luz del fallo Palamara Iribarne. Pero la interpretación del fallo por parte del fiscal Coronado es compleja. Contraargumentando las solicitudes de la defensa y del querellante para que el caso quedara en sede civil, el fiscal indica "que el fallo Palamara solo se refiere a que la justicia militar juzgue a civiles, lo que no ocurriría en el presente caso", lo que implica una lectura restrictiva de la decisión de la Corte IDH, limitando sus efectos al solo juzgamiento de civiles y excluyendo de su razonamiento el juicio de militares por delitos ordinarios, cuestión que la Corte también entiende como excluida de este fuero:

> La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes

36 Corte IDH, caso *Masacre de la Rochela vs. Colombia,* sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C Nº163, párr. 155. Es importante mencionar que en su proceso de formación de funcionarios la malla curricular de Carabineros de Chile contempla uno o más semestres de formación en derechos humanos. Ver "Programa de formación de oficiales de orden y seguridad de Carabineros de Chile", www.escuelacarabineros.cl.
37 Audiencia RIT 3288-2005, Ruc 0500419374-3, audio en poder de los autores. La tramitación de la causa puede verse en www.poderjudicial.cl.
38 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol Corte 71-2009, "Acta de audiencia realizada el día martes 12 de mayo de 2009 para la vista del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público", www.poderjudicial.cl/causas.

> jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y *constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos.* El Tribunal destaca que esos delitos solo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado.[39]

Con todo, la situación más problemática es el hecho de que, tal como indica el querellante, toda la argumentación del Ministerio Público tiene sentido si el niño José Huenante está muerto. Hasta la fecha no se ha encontrado su cuerpo, y en este sentido sería también aplicable la Convención sobre los Derechos del Niño, que no permite que se dé por muerto al niño, sino que para todos los efectos debe asumirse que está vivo. Esto podría explicar la falta de premura en las diligencias investigativas, después de cuatro años de la desaparición de la víctima.

Por último, otra conducta preocupante pero no relacionada con este caso es la de algunos juzgados de garantía, que a pesar de ser aquellos a los que la propia Ley 20.084 encomienda la aplicación del sistema de responsabilidad adolescente, han optado por remitir a la justicia militar los casos en que a adolescentes de entre quince y diecisiete años les es imputado un delito tipificado en el CJM. Lo veremos en detalle más adelante, en el apartado 2.2.2.

2.2 Conductas positivas

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente se observan avances en el juzgamiento de civiles menores de dieciocho años imputados por la comisión de delitos que corresponderían a la justicia militar. Desde la segunda mitad de 2007 se observa una línea jurisprudencial en algunos juzgados militares, respaldada por la fiscal judicial Mónica Maldonado y, más relevante aun, por la propia Corte Suprema, que excluye de la competencia de la justicia militar a imputados que sean menores de edad, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Ley 20.084.

2.2.1 La conducta de los juzgados militares y de la Corte Suprema

En las causas Rol 5441-2007, 1586-2008, 1729-2008 y 3191-2008 se han trabado contiendas de competencia entre un determinado juzgado de garantía y un juzgado militar respecto de un imputado menor de dieciocho años que ha cometido delitos que están en el CJM. En este caso

39 Corte IDH, caso *Palamara Iribarne vs. Chile,* sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135, párr. 132.

los mismos juzgados militares entendieron que no eran competentes para conocer causas con imputados adolescentes, enviaron los casos a la jurisdicción penal ordinaria, y fueron los juzgados de garantía los que originaron la contienda al oponerse a conocer los casos.

En los cuatro casos los juzgados militares entendieron que no eran competentes ya que el sujeto activo de estos delitos, el posible ofensor, era un menor. El razonamiento se inspira en las siguientes ideas matrices:

> • Chile, para dar cumplimiento a las obligaciones de la Convención de los Derechos del Niño, estableció un régimen de responsabilidad penal especial para adolescentes, consagrado en la Ley 20.084, hoy vigente.
> • Dicha ley trajo como consecuencia que se modificara el Código Penal, específicamente el art. 10 nº 2, estableciéndose que los menores de dieciocho años y mayores de catorce tienen una responsabilidad penal distinta de la de los adultos, por lo que deben ser sometidos a una jurisdicción especial, instituida en la Ley 20.084.
> • La introducción de la Ley 20.084 se interpreta suponiendo la incompetencia de los juzgados militares para conocer estos casos, según el art. 62 que modificó el art. 135 del CJM.
> • Se entiende, y es especialmente relevante, que "Asimismo, las normas de procedimiento y los principios inspiradores de esta novata legislación (Ley 20.084) son incompatibles e inconciliables con el procedimiento establecido en el Código de Justicia Militar que, a su vez, se complementa supletoriamente con el Código de Procedimiento Penal, no existiendo la debida armonía entre el Código de Fuero y el nuevo sistema, que crea diversos mecanismos (entre ellos una justicia especializada) y sus principios inspiradores, lo que conlleva que el menor de edad afecto a responsabilidad penal no pueda en esta jurisdicción ejercer en forma íntegra todos los derechos, garantías y medidas que le entrega la legislación vigente desde junio del año 2007...".[40]
> • A mayor abundamiento, otro juzgado señala que "sería consecuente con el interés superior del menor que la tramitación de estos casos criminales fuera en concordancia con la Ley 20.084".[41]

Es un avance que la justicia militar no se considere competente para juzgar a menores de dieciocho años. En este sentido, puede observarse una línea consistente en los fallos pronunciados por el Tercer y el Cuarto Juzgados Militares. Su razonamiento ha sido respaldado tanto por la

40 Cuarto Juzgado Militar, Resolución del 3 de junio de 2008; Corte Suprema, Causa Rol 3191-2008.

41 Tercer Juzgado Militar, Resolución del 13 de marzo de 2008: "8º. Que el citado precepto anterior consagra el interés superior de los adolescentes, resultando más favorable que el del Código de Justicia Militar, al que estaba sometido el menor Luis Salazar Provoste, por lo que este Tribunal Militar no está facultado para conocer este proceso".

fiscal judicial Mónica Maldonado como por la propia Corte Suprema, que falló en los cuatro casos que la declinatoria de competencia de los respetivos juzgados de garantía no era procedente. Al respecto dijo la fiscal judicial Maldonado:

> Del contexto de la Ley 20.084 se desprende que la responsabilidad penal del adolescente se encuentra reglamentada estableciéndose sanciones de naturaleza y extensión distintas a las que corresponden en la responsabilidad penal ordinaria, que ellas deben ser conocidas y resueltas en los procedimientos que establece la misma ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal (art. 27) y que tanto los jueces de Garantía, los jueces del juicio oral en lo penal así como los fiscales adjuntos y defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar especialmente capacitados (art. 29); en general toda la normativa contenida en los Títulos II y III de la ley debe conducir a la conclusión de que los adolescentes deben ser juzgados de acuerdo con los procedimientos del Código Procesal Penal, es decir, por los tribunales establecidos en dicho cuerpo legal.[42]

Finalmente, la propia Corte Suprema ha sostenido claramente:

> 5º. Que a mayor abundamiento, el Pleno de esta Corte Suprema, con fecha 16 de agosto del año pasado, informando un proyecto de ley que modifica el Código de Justicia Militar, expresamente señaló que el proyecto no distingue ni hace excepción respecto de los menores adolescentes que sean imputados por delito de competencia de los tribunales militares, los cuales debieran ser siempre juzgados por los tribunales ordinarios, todo ello según la ley de responsabilidad penal de los adolescentes, la cual fue dictada para dar cumplimiento a normas internacionales y tratados ratificados por Chile.[43]

Esta incipiente línea jurisprudencial no solo alude a casos referidos a daños a propiedad fiscal, como lo es un auto policial, pues los casos Rol 1586-2008, 1729-2008 y 3191-2008 se refieren a *maltrato de obra a Carabineros*, vale decir, a lesiones y agresiones a funcionarios policiales en ejercicio de sus funciones.

42 Mónica Maldonado, "Informe Ministerio Público Judicial", 1 de abril de 2008, en Corte Suprema, Causa Rol 1586-2008, sentencia del 15 de abril de 2008. La misma línea argumentativa es presentada por Beatriz García de Cortázar, "Informe sobre contienda de competencia", 18 de junio de 2008, en Corte Suprema, Causa Rol 3191-2008.
43 Corte Suprema, Causa Rol 3191-2008, sentencia del 9 de julio de 2008, considerando 5. La misma conclusión puede observarse en Causa Rol 1729- 2008, considerando 5, y Causa Rol 5441-2007, considerando 5.

También es relevante el pensamiento elaborado por la fiscal judicial Maldonado, quien ha indicado en sus informes que "Se ha estimado que los civiles imputados de delitos deben quedar fuera de la jurisdicción militar, toda vez que los tribunales castrenses son de fuero y por tanto deben conocer de los asuntos que en forma estricta afectan a los militares; ello debe llevar a la interpretación restrictiva de las disposiciones legales que otorgan a los tribunales militares la facultad de juzgar a personas que no tengan tal calidad".[44] Este argumento ciertamente puede extrapolarse a cualquier persona que se ve expuesta a la justicia militar, independientemente de su edad: sus garantías están mejor reconocidas en la jurisdicción ordinaria, específicamente en el Código Procesal Penal. Asimismo, si se trata de una interpretación estricta, ésta no se observa en su aplicación a civiles, como se evidenció en el 42% de los casos que se refieren a maltrato de obra.

Más allá del avance que esta línea jurisprudencial supone, pueden notarse dos deficiencias. Por un lado, la única razón por la cual la Corte Suprema la adopta es que existe texto expreso en que se indica. Parece entonces que solo cuando entren en vigencia el proyecto de ley Boletín 5159-2007 y sus subsecuentes proyectos de procedimiento la Corte Suprema estaría dispuesta a pasar los casos a la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, no se hace mención alguna al fallo Palamara y al mandato que impone a nuestro país, mandato que, reiteramos, no está condicionado a la publicación de una ley. Como dijo la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano*, también contra nuestro país, "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella".

2.2.2 La postura de los juzgados de garantía

Aun con todo lo dicho, persiste y preocupa la interpretación que los juzgados de garantía de Coyhaique, Pucón, Puerto Aysén y Los Ángeles realizaron en los casos citados. Llama la atención en particular que la lectura de la normativa –puesto que la discusión entre el juzgado militar y el de garantía versa sobre una lectura desigual del articulado– fuese garantista de los derechos humanos en la versión del juez militar.

De hecho, el Juzgado de Garantía de Puerto Aysén indicó: "2º. Que la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Juvenil, ha establecido reglas especiales en cuanto al procedimiento en las causas por delitos en las que aparezcan como imputados los adolescentes, no obstante no ha modificado la competencia de los tribunales ordinarios en materia pe-

44 Mónica Maldonado, "Informe Ministerio Público Judicial", 18 de octubre de 2007, en Corte Suprema, Causa Rol 5441-2007 y 1 de abril de 2008, en Corte Suprema, Causa Rol 1586-2008, sentencia del 15 de abril de 2008.

nal en orden a atribuirle a éstos el conocimiento de delitos que deben ser juzgados por los tribunales militares en el caso que aparezcan como imputados adolescentes. 3º. Que además ninguna otra disposición legal ha otorgado facultades a este juzgado de Garantía para conocer los ilícitos cuyo juzgamiento corresponde a los juzgados militares, en el caso que se vean involucrados adolescentes, por lo cual no cabe sino concluir que este tribunal no es competente para conocer los antecedentes remitidos por el Cuarto Juzgado Militar".[45]

Y el Juzgado de Garantía de Coyhaique señaló: "4º. La interpretación de *lege ferenda* que se deduce del contenido de la resolución del señor juez militar, puede ser deseable, y lo es en cuanto a reducir la competencia de la justicia militar, sobre todo cuando se trata del juzgamiento de civiles, pero ello no es lo que ordena la ley, y hasta en tanto la ley no ordene lo contrario, la competencia en el caso de autos, le es propia y excluyente".[46]

Como se observa, aquí prima la postura que se basa en un texto expreso y en una lectura basada exclusivamente en una norma de orden interno. Lo más grave es la completa ignorancia que esas decisiones judiciales demuestran de la condena que existe en contra del Estado de Chile por parte de la Corte Interamericana, en donde no solo se nos ordena transformar nuestra justicia militar, sino que la aplicación que se haga del actual régimen sea restrictiva,[47] sin mencionar el interés superior del niño o adolescente, consagrado en otro tratado internacional del cual nuestro país es signatario.

Estos juzgados no se hacen cargo de dicho mandato, pero además uno de ellos es explícito en sostener que no existen normas para fallar en contrario. Si estos fallos no hubiesen sido revocados por la Corte Suprema, nuestro país podría incurrir en responsabilidad internacional, no solo de la Convención Americana, sino de la Convención sobre los Derechos del Niño.

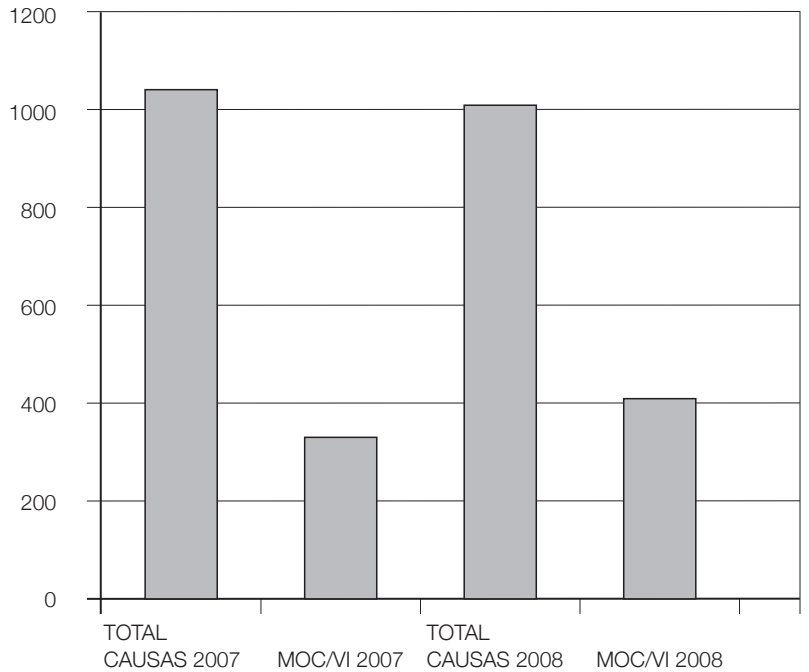
3. CIVILES SOMETIDOS A LA JUSTICIA MILITAR EN CHILE

A pesar de la claridad del fallo *Palamara Iribarne* respecto de la necesaria disminución de la competencia de la justicia militar en Chile, la situación en términos numéricos no ha mejorado.[48] El gráfico 1 mues-

45 Juzgado de Garantía de Puerto Aysén, *RIT 3829-2007*, sentencia del 3 de octubre de 2007.
46 Juzgado de Garantía de Coyhaique, *RIT 1207-2008,* sentencia del 5 de junio de 2008.
47 Id., párr. 14 parte dispositiva de la sentencia: "El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo".
48 La falta de datos sobre la cantidad de casos por violencia innecesaria y maltrato de obra a Carabineros es un problema relevante. La página web del Poder Judicial no contempla estadísticas al respecto y solo en las memorias anuales se puede conocer el número total de ingresos ante las cortes marciales, sin distinguir por tipo de casos. Los datos aquí presentados fueron obtenidos revisando los libros de ingreso de la Corte Marcial de Santiago correspondientes a

tra la cantidad de casos por violencia innecesaria y maltrato de obra a Carabineros en el libro de ingresos de la Corte Marcial de Santiago:

Gráfico 1. **Total de ingresos a Corte Marcial de Santiago vs. ingresos por maltrato de obra a Carabineros y violencia innecesaria, 2007 y 2008**



Los ingresos a la Corte Marcial de Santiago disminuyeron levemente, de 1.105 casos en 2007 a 1.085 en 2008, lo que equivale a un disminución del 1,8%; pero la cantidad de ingresos por concepto de maltrato de obra a Carabineros y violencia innecesaria se incrementó: en 2007 la suma de estos dos tipos de ingresos, en donde hay civiles involucrados como sujetos activos o pasivos del delito, fue de 360 casos, mientras que el 2008 fueron 444 casos, esto es, un incremento del 23,3%. Los casos por violencia innecesaria y maltrato de obra correspondían en 2007 al 32,5% del total de ingresos, y el 2008 correspondían al 40,9%. La baja del total de ingresos y alza de estos dos tipos de causas constituye una señal preocupante.

los años 2007 y 2008.

En el *Informe 2008* alertamos de esta situación. Respecto del año 2009, y en un contexto de escasez de datos actualizados sobre la materia, resultan interesantes las cifras provistas por la Comisión Defensora Ciudadana (organismo asesor de la Presidenta que busca velar por los derechos e intereses de las personas ante acciones u omisiones de organismos públicos), que reportó que hasta abril de 2009 había recibido 37 reclamos contra Carabineros de Chile, de los cuales 27 correspondían a problemas con procedimientos policiales.[49]

Los números de nuestro sistema criminal, por lo tanto, aparecen como contrarios a los mandatos de la Corte IDH.

4. RECOMENDACIONES

1. La reforma a la justicia militar debe basarse en una delimitación apropiada de la competencia de este fuero, en conformidad con lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los futuros proyectos de ley de derecho penal especial militar y derecho procesal penal militar deberán concordar en todo punto con los mandatos de la Corte.

2. Se hace necesario redefinir la estrategia del Gobierno para reformar la justicia militar, dado el atraso de la estrategia de cuatro etapas. Ciertamente se debe lidiar con la oposición en esta materia, pero se estima vital que el Estado fije una postura clara y pública respecto del papel que le cabe a la justicia militar en democracia.

3. No debe prevalecer la idea de que el fallo Palamara solo habrá de ser respetado cuando se apruebe la ley. Se recuerda que el fallo en cuestión es vinculante aun sin ley alguna que materialice la reforma; no se trata de una mera recomendación sino de una obligación, por lo que el Poder Judicial debe interiorizar su debido alcance.

49 Jorge Claissac Schnake, subsecretario General de la Presidencia, 8 de mayo de 2009, en respuesta a solicitud de información, Folio AF001W19.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y TRANSPARENCIA

SÍNTESIS

La libertad de expresión en Chile ha vivido un año clave tras la entrada en vigencia de la ley de transparencia, que deja atrás el secretismo tradicional del aparato del Estado y supone un gran paso en la consagración del derecho de acceso a la información pública, derecho que resulta fundamental para consagrar una sociedad activa, interesada en los temas públicos y que ejerza un exhaustivo control sobre sus autoridades. La Ley 20.285 establece derechos y obligaciones, y crea una institucionalidad encargada de que aquéllos se ejerzan y éstas se cumplan. Aquí se revisa la implementación de la ley y su reglamento, sus avances, sus efectos y sus deudas pendientes, para concluir con una serie de recomendaciones precisas sobre modificaciones a la legislación, capacitación, campañas de difusión y portal único de acceso a la información.

Palabras clave: Libertad de expresión, derecho de acceso a la información, ley de acceso a la información, transparencia activa, Consejo para la Transparencia.

INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión, entendida como la facultad de emitir opinión y la de informar cualquier idea por cualquier medio y en cualquier forma sin censura previa y sujeto a responsabilidad ulterior, es uno de los derechos fundamentales de toda persona y pilar fundamental de una sociedad democrática, consagrado positivamente no solo en nuestra Constitución sino en diversos tratados internacionales ratificados por el Estado chileno. Esta consagración origina diversas obligaciones para el aparato estatal, dirigidas principalmente a permitir que cada persona y la sociedad entera ejerzan libre y espontáneamente este derecho. Además pesa sobre el Estado una obligación de omisión, que

se traduce en no establecer trabas u obstáculos ilegales o arbitrarios que impidan su pleno ejercicio.

En los últimos años, el ordenamiento jurídico chileno ha sido objeto de múltiples modificaciones orientadas a establecer las condiciones mínimas para el ejercicio de la libertad de expresión. Se ha derogado la censura previa en materia cinematográfica, el artículo 6, letra b) de la ley de seguridad del Estado que consagraba el delito de desacato, y la protección de la "vida pública" en los términos que lo establecía el artículo 19, número 4 de la Constitución; se dictó la Ley 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, y se eliminó el Decreto Supremo 26 sobre casos de secreto y reserva de la información pública, entre otras novedades. De estas transformaciones, la última de gran importancia es la entrada en vigencia de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, la que introduce un cambio no sólo jurídico sino cultural, al establecer la publicidad de los actos del Estado como regla general, limitando el secreto o reserva a casos excepcionales.

En cada uno de los *Informes* anteriores se ha hecho énfasis en los obstáculos legislativos que impedían el pleno ejercicio de la libertad de expresión en Chile. En esta versión se hará hincapié en esta nueva ley de transparencia o acceso a la información pública,[1] que si bien cumple con las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del caso *Claude Reyes y otros vs. Chile,*[2] presenta algunos problemas de implementación a escasos meses de su puesta en marcha.

Para un mejor entendimiento de la nueva ley, el capítulo revisa en primer lugar sus aspectos generales, su contenido y los inconvenientes que se han presentado en su aplicación; en segundo lugar se analiza el nivel de cumplimiento a través de cuatro casos concretos; por último, se revisa el derecho a solicitar y recibir información del Estado, analizando el comportamiento de los órganos estatales ante las solicitudes de información de particulares.

Se concluye que el Estado chileno ha dado un gran paso hacia la consolidación del acceso a la información y que la labor del Consejo para la Transparencia ha sido hasta ahora positiva, pero que hace falta asegurarse de que los criterios de los funcionarios públicos sean adecuados y uniformes.

1 El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Libertad de Opinión y Expresión ha declarado que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades del Estado está protegido por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La protección de este derecho deriva del derecho a la libertad de expresión establecido por el Pacto, que "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (…). Citado en *Informe anual del relator especial sobre libertad de expresión 2003,* párr. 27.

2 Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile,* sentencia de 19 del septiembre de 2006, parte resolutiva. Cabe señalar que el 24 de noviembre de 2008 la Corte dio por concluido este caso en razón de que Chile había dado cumplimiento a la sentencia. Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros,* cumplimiento de sentencia, resolución del 24 de noviembre de 2008.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 20.285

El Relator Especial para la libertad de expresión de la OEA reconoce un valor especial al derecho de acceso a la información como promotor "de los objetivos más importantes de las Américas, incluyendo democracias transparentes y efectivas, respeto por los derechos humanos, mercados económicos estables y justicia socioeconómica".[3]

En el plano nacional, las iniciativas emprendidas por el Gobierno han estado en general orientadas a la consecución de este fin. Así, el año 1994 se crea la Comisión Nacional de Ética Pública, en 1999 se publica la Ley 19.653 o Ley de Probidad, y en 2005 se reforma la Constitución (Ley 20.050) para incluir en las bases institucionales los principios de transparencia, probidad y publicidad de los actos de la administración.[4] Finalmente, en noviembre de 2006, la Presidenta Michelle Bachelet dicta el instructivo presidencial sobre transparencia activa, donde se lee: "Para que exista real participación y sea efectivo el control ciudadano de la gestión pública, es imprescindible que las personas cuenten con la mayor cantidad de información posible sobre la actividad de los órganos públicos y autoridades, de una manera sencilla, accesible y expedita".[5]

1.1 Importancia de una ley de acceso a la información

Hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.285, el régimen de acceso a la información se encontraba regulado en la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, en particular en los artículos 13 y siguientes agregados por la Ley 19.653 (modificatoria) del 17 de noviembre de 2001. Dichos artículos establecían un procedimiento para obtener la información, pero no contenían deberes específicos para el Estado ni un procedimiento especial: el *hábeas data* era de conocimiento de los tribunales ordinarios y, por lo demás, cumple fines distintos que los perseguidos por la nueva normativa.

El abogado especialista en acceso a la información Pedro Anguita opina que estas normas fueron "un intento ineficaz" y que ahora "es la primera vez en toda nuestra historia republicana que tenemos un mecanismo eficiente para acceder a la información bajo el control del Estado y sus órganos. Se trata de una ley en forma, con definiciones, principios, procedimientos y un órgano de control con facultades sancionatorias".[6] Que haya un régimen específico sobre esta materia constituye una ga-

3 CIDH, *Informe anual 2003,* vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, capítulo IV: "Informe sobre el acceso a la información en el hemisferio", párr. 12.
4 *Informe 2006*, pp. 312-318.
5 "Instructivo presidencial sobre transparencia activa y publicidad de la información de la administración del Estado", 4 de diciembre de 2006, Gab. Pres. 008.
6 Entrevista personal, 20 de octubre de 2009.

rantía para el ciudadano, porque deja la potestad reglamentaria del Ejecutivo en un plano secundario y excepcional, amarrado a las exigencias determinadas por la ley, que es jerárquicamente superior.

1.2 Concepto de información pública

La ley entiende por información pública "los actos y resoluciones de los órganos de Administración del Estado, sus fundamentos y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial" (art. 5).

Esta definición no presenta diferencias sustanciales con el artículo 13 de la Ley 18.575, pero la nueva ley innova al incorporar al concepto de información pública los procedimientos que se utilizan para su dictación, la información elaborada con presupuesto público y toda otra que esté en poder de la administración. La información disponible es notoriamente más amplia y no repara en el formato o fecha en que se haya emitido. "La ley establece un principio de presunción de ser pública para toda aquella información que esté en poder de los órganos estatales", precisa Anguita. Con ello se alinea con los estándares internacionales sobre la materia, los cuales indican que "el público debe tener acceso a todos los registros en poder de los órganos del Estado, independientemente de su origen. La información puede haber sido producida por un órgano diferente, pero aun así debe ser accesible". [7]

Ahora bien, al definir los conceptos de documento y de sustento o complemento directo y/o esencial, el reglamento de la Ley 20.285 restringe el amplio contenido de la información a la que se puede acceder. En su artículo 3 define complemento directo y complemento esencial ciñéndolos a los documentos básicos con los cuales se dictó un acto administrativo específico, lo que supone una interpretación restringida de la ley. Esta limitación es contraria a los estándares internacionales y constitucionales, los cuales determinan que toda restricción a un derecho debe provenir de fuente legal. Así lo disponen tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Constitución Política de Chile.[8] Dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "... en cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público".[9]

7 CIDH, "Principios sobre la libertad de información", en *Relatoría especial sobre libertad de expresión,* principio 1. Ver también *Informe del relator especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, sr. Abid Hussein*, ONU Doc. E/CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999, párr. 12.

8 La Convención Americana establece que "las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino *conforme a leyes* que se dictaren por razones de *interés general* y con el propósito para el cual han sido establecidas." (art. 30; el destacado es nuestro). La Constitución, por su parte, asegura a todas las personas "la seguridad de que los *preceptos legales* que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza…" (art. 19, nº 26; el destacado es nuestro).

9 Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile,* sentencia de 19 del septiembre de 2006.

La ley, al requerir el concurso de distintas fuerzas políticas para su aprobación, se erige en teoría como una garantía para los ciudadanos, asegurándoles que la regulación de sus derechos no quedará entregada a la decisión política del gobierno de turno, el que por medio de simples decretos podría lesionarlos indebidamente. En la práctica, eso fue lo que ocurrió en 2001 bajo la antigua regulación, cuando un reglamento del Ejecutivo restringió de manera significativa el alcance del derecho de acceso a la información como estaba contemplado en la ley.[10]

1.3 Órganos regulados por esta ley

Se encuentran regidos por sus disposiciones los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, Fuerzas Armadas y de Orden, así como los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, como el Registro Civil, el Instituto Nacional de la Juventud y la Comisión Nacional de Energía, entre otros.

La ley contiene normas expresas sobre determinados órganos. Así, las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado o sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior al 50% deben regirse por el principio de la transparencia e informar los antecedentes que exige la ley a la Superintendencia de Valores y Seguros (disposiciones transitorias, art. 10); disposición esta última que no ha estado exenta de controversia en los pocos meses de vigencia de la ley, como se verá más adelante a propósito del fallo del Consejo para la Transparencia en un reclamo contra EFE. El Banco Central y la Contraloría se sujetarán excepcionalmente a lo que la ley mencione y a sus respectivas leyes orgánicas. Los demás órganos constitucionalmente autónomos, como el Poder Judicial, el Congreso Nacional, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia Electoral, siguen rigiéndose por sus propios reglamentos, sin perjuicio de su sometimiento al principio de la transparencia en ciertas actuaciones (disposiciones transitorias, arts. 6 a 9).

Estos diversos estadios regulatorios contrarían los estándares establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente el principio 2 sobre derecho de acceso a la información, que declara que éste "se extiende a todos los órganos públicos en todos

10 Al respecto, ver *Informe 2003*, pp. 223-231. Ver también Pedro Anguita y Domingo Lovera, "El derecho de acceso a la información en Chile: Régimen jurídico vigente y proposiciones para su reforma", en *Información pública* III(1), Santiago, Escuela de Periodismo, Universidad Santo Tomás, junio de 2005, pp. 39-105. Para un análisis que comenta esta regulación y su aplicación por parte de los tribunales de justicia, ver Jorge Contesse Singh, "La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile", en F. González ed., *Libertad de expresión en Chile*, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2006.

los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollen funciones públicas".[11]

1.4 Deberes del Estado en la materia

El primero de ellos es la *transparencia activa*, definida como la obligación de los órganos del Estado de mantener de oficio información disponible y completa en sus páginas web y actualizarla dentro de los diez primeros días de cada mes, como establece el reglamento de la Ley 20.285 en su artículo 50 y siguientes. Entre los principales contenidos que el Estado debe mantener disponibles y actualizados en sus páginas web se encuentran su estructura orgánica; las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos; el marco normativo que les sea aplicable, y la planta de personal a contrata y a honorarios con las correspondientes remuneraciones, entre otros especificados en la ley.[12]

Esta iniciativa del Ejecutivo es concordante con lo expresado por los Relatores Especiales de Naciones Unidas, de la OEA y de la OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa) en su Declaración Conjunta del año 2004, que establece que "las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda gama de información de interés público y que se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación".[13]

Un segundo gran deber del Estado es garantizar el derecho a la información o *transparencia pasiva*, es decir, que toda persona pueda solicitar y recibir información de cualquier órgano del Estado. Señala la ley en su artículo 10, inciso 2, que ello comprende "el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales".[14]

11 CIDH, "Informe relatoría especial para la libertad de expresión", en *Informe anual 2008,* volumen III, 25 de febrero de 2009, párr. 153.
12 Ley 20.285, título III, "De la transparencia activa", artículos 7 al 9.
13 "Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión", declaración conjunta de los Relatores Especiales de Naciones Unidas, de la OEA y de la OSCE, 6 de diciembre de 2004, www.cidh.org.
14 Ley 20.285, título IV, "Del derecho de acceso a la información de los órganos de la administración del Estado", artículos 10 al 30.

1.5 Restricciones al acceso a la información

Éste es uno de los aspectos más delicados. Ya en la Declaración Conjunta citada una de las aprehensiones de los relatores fue justamente los conceptos amplios promovidos para restringir el derecho a la información, tales como seguridad e interés nacional. Al respecto estableció la Declaración Conjunta: "Las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos, y también deberían establecer los límites generales con respecto al periodo de tiempo durante el cual los documentos deban mantenerse como secretos".

En el caso chileno, la nueva normativa establece taxativamente las causales de negación; es decir, las únicas razones por las cuales se puede negar información son aquellas que la misma ley señala. Por una parte están las cinco causales establecidas en el artículo 21, y por otra la situación que señala el artículo 20, cuando la información se refiera a documentos o antecedentes que puedan afectar directamente los derechos de terceros, y en que éstos pueden oponerse a la entrega de los documentos solicitados; en este caso basta con la negativa, pues la ley no exige que el tercero exprese sus motivos. Si no se deduce la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de la información.

La primera de las causales de reserva o secreto establecidas en el artículo 21, en virtud de las cuales se puede negar total o parcialmente la información, se da cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. La ley explicita luego lo que entiende por afectar el debido cumplimiento del servicio en base a tres hipótesis: 1) cuando la información vaya en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito, o se trate de antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales; 2) si se trata de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de que los fundamentos de estas actuaciones sean públicos una vez que aquéllas sean adoptadas, y c) requerimientos de carácter genérico, relacionados con un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes, cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores.

Sobre esta causal, el abogado experto en derecho a la información Pedro Anguita opina:

> Es la causal más recurrente que han esgrimido los órganos públicos desde que entró en vigencia la ley. Todo requerimiento de acceso en principio afecta a un órgano, pues significa destinar recursos humanos y materiales para atenderlo, sin embargo, si como bien dice la Constitución Política de la República el

> Estado está al servicio de la persona humana, ese costo debiese ser asumido sin problemas por el Estado y sus órganos.

Una segunda razón para restringir el acceso a la información es cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, su vida privada o derechos de carácter comercial o económico. Aquí la ley reitera el criterio ya expuesto en su artículo 20.

La tercera y cuarta causales son genéricas: cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden o la seguridad públicos; y cuando afecte el interés nacional, en especial en lo que atañe a la salud pública, las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

La quinta causal se refiere a todos aquellos documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo con las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución. En este caso se validan las antiguas leyes sobre secreto que se hayan basado en idénticas causales a las establecidas en la Constitución (art. 8), es decir, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación y el interés nacional. Como se verá más adelante, este punto ha tenido una primera repercusión en el secreto que establece el artículo 436 del Código de Justicia Militar.

En los meses de vigencia de la nueva normativa ha quedado en evidencia que algunos órganos públicos niegan consistentemente información con el argumento de que "no existe". Esta situación no está amparada por la ley, en tanto las restricciones deben provenir de causales establecidas en ella, y la inexistencia de la información no está contemplada en la Ley 20.285. Por lo demás, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha expresado que "entiende que las autoridades pueden generar información que les es solicitada cuando no cuentan con dicha información (...) Por lo tanto, en el caso de que la solicitud de información pueda ser fácilmente lograda, incluso creando un nuevo documento, esta solicitud debe ser respondida".[15]

La práctica indica que los servicios públicos argumentan que crear la información afecta el debido cumplimiento de sus labores. Así, se usa ampliamente una causal de negación que por su naturaleza excepcionalísima debe interpretarse de manera estricta, para afectar lo menos posible el ejercicio del derecho.

15 CIDH, "Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, p. 36.

El Consejo para la Transparencia ha señalado que "no basta invocar la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos o de implicar la indebida distracción de los funcionarios. Para que estas excepciones a la obligación de entregar información surtan efectos deben ser acreditadas por quien las alega...".[16] El Consejo ha reiterado este criterio en resoluciones posteriores, como una en contra del Servicio Agrícola y Ganadero: "Que, en este sentido, (...) cuando se invoca una circunstancia que extinguiría la obligación de entregar la información corresponde que sea probada por quien la alega".[17]

Un aspecto positivo en este ámbito es la obligación de mantener registros de los actos y resoluciones declarados como secretos o reservados. Pero esta causal de que afecta el debido cumplimiento de sus labores pareciera demasiado amplia y no atiende al principio de la divisibilidad de la información, en virtud del cual si un acto administrativo contiene a la vez información que puede ser conocida e información que no puede ser conocida, se dará acceso a la primera y no a la segunda.[18] Incluso, tal como se indica en el artículo 48 del reglamento de la ley, si el Consejo estima que la causal está correctamente aplicada, todos los escritos, documentos y actuaciones que hayan servido de base para su pronunciamiento se mantendrán en reserva.

1.6 El papel del Consejo para la Transparencia

La ley crea una institucionalidad especial, el Consejo para la Transparencia (en adelante, el Consejo), para resolver fundadamente los reclamos por denegación de acceso, dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la ley por parte de los órganos del Estado, proponer normas al Presidente de la República y al Congreso Nacional para perfeccionar la transparencia y formular recomendaciones para el adecuado cumplimiento de la legislación.[19] Junto con lo anterior, sus funciones incluyen actividades de capacitación y de difusión, y finalmente, aplicar sanciones a los funcionarios que no cumplan con el deber de entregar la información.[20] Dadas las vitales funciones que cumple, se entiende la importancia de una correcta implementación del Consejo para el éxito de la iniciativa legal.

La Presidenta de la República nombró como miembros del Consejo, con la aprobación unánime del Senado, a los abogados Raúl Urrutia (RN), Roberto Guerrero (UDI), Alejandro Ferreiro (DC) y Juan Pablo Olmedo (independiente, pro PPD). Olmedo fue designado presidente del organismo por sus pares, por un período de dieciocho meses.

16 Consejo para la Transparencia, "Decisión Amparo A1-09", 23 de junio de 2009, considerando 10.
17 Id., "Decisión Amparo A16-09", 15 de julio de 2009, considerando 6.
18 Ley 20.285, artículo 11, letra e.
19 Id., título V, "Del Consejo para la Transparencia", arts. 31 al 44.
20 Id., "Reglamento", arts. 38 al 41.

Hubo críticas al proceso de nominación de los consejeros: se le atribuyó "un excesivo cuoteo político y falta de transparencia en el proceso de selección", y se dijo que "la Presidenta desoyó criterios de transparencia y paridad de género en el proceso para escoger a los integrantes del Consejo".[21] Claudia Lagos, del Programa de Libertad de Expresión de la Universidad de Chile, no cuestiona a los profesionales "sino la forma en que La Moneda llevó a cabo el proceso: a puertas cerradas".[22] Y el especialista Pedro Anguita sostuvo que el proceso no fue transparente, sino "producto de un acuerdo político entre el Gobierno y la oposición".

Antes de los nombramientos, directores de diversas organizaciones de la sociedad civil habían enviado una carta a la Presidenta donde hacían hincapié en la importancia de un proceso transparente y exento de todo cuoteo político:

> La experiencia internacional constata la importancia de que este proceso de selección sea abierto y consultivo, de manera de evitar que los candidatos/as sean asignados/as considerando solo criterios políticos, y asegurar que cuenten con el mérito y calificaciones requeridos, con el respaldo de la sociedad civil y que generen confianza pública. (...)
>
> No obstante, igualmente queremos enfatizar en que el proceso de nominación de candidatos/as a ocupar los cargos de consejeros/as debe ser transparente y abierto. Ello supone, al menos, incorporar instancias de participación ciudadana consultiva y publicar en medios de comunicación masivos el mérito y calificaciones de los/as candidatos/as y de aquellas personas que resulten elegidas para ocupar los cargos.[23]

Acerca de este punto también se manifestó el senador PS Jaime Gazmuri, quien, junto con descartar que existiese cuoteo político en la designación de los consejeros, dijo que "la gente normalmente tiene ideas políticas y está muy bien que las tenga. No conozco chilenos que no tengan ideas políticas. El tema es que elijamos gente que dé garantías de que van a hacer bien su trabajo".[24]

21 Observatorio de Medios FUCATEL, "ONG's critican el proceso impulsado por Bachelet/La opacidad y el cuoteo rondan al Consejo para la Transparencia", 22 de septiembre de 2008. www.observatoriofucatel.cl.
22 Id.
23 Carta a la Presidenta de la República, firmada por Moisés Sánchez, de Fundación Pro Acceso; Silvana Lauzán, de Corporación Participa; María Eugenia Díaz, de Genera; Carolina Carrera, de Humanas; Marcela Fajardo, de Fundación Pro Bono, y Claudia Lagos, del Programa de Libertad de Expresión de la Universidad de Chile, abril de 2008, www.proacceso.cl.
24 Senado.cl, "Consejo para la Transparencia: Senador Gazmuri descarta que sistema de nominación se preste para cuoteo político", 27 de agosto de 2008, www.senado.cl.

La conclusión sobre este primer punto es que, puesto que existían y existen aún numerosas organizaciones de la sociedad civil que desarrollan trabajo profesional de seguimiento y promoción de la transparencia, el proceso de selección de los consejeros hubiese quedado menos expuesto a las críticas si se las hubiese invitado a participar de él.

Luego del nombramiento de los consejeros surgieron problemas de estructura y personal. Según la prensa, pocos días antes de la entrada en vigencia de la ley el Consejo funcionaba con muebles prestados o donados por otras reparticiones públicas, en condiciones "austeras".[25] El personal administrativo del organismo contabiliza a unos cuarenta funcionarios. Respecto de esta relativa precariedad de medios, el presidente del Consejo comentó que no todo podía hacerse de inmediato, "hay que pensar que es una presidencia fundacional, lo que corresponde es la instalación del Consejo", cuyas prioridades han sido montar el sistema de gestión de casos y hacer seguimiento de la obligación de transparencia activa.[26] Esta etapa de fundación explicaría, como se detalla más adelante, el retraso en la resolución de las solicitudes bajo su conocimiento, así como la postergación de las funciones promotoras, las cuales no fueron desarrolladas por el Gobierno con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley.

Otro asunto que la sociedad civil ha objetado fue que ninguno de los cuatro consejeros presentó su declaración de intereses en el plazo que la ley de probidad estipula para los funcionarios públicos: dentro de los treinta días siguientes a su asunción del cargo. Juan Pablo Olmedo se defendió de esta objeción mediante una interpretación del concepto de funcionarios públicos y de la noción de autonomía: "Nuestro criterio es que no somos funcionarios públicos, sino consejeros, y no tenemos obligación de hacerlo, ya que somos un organismo autónomo". A juicio de Olmedo, a pesar de su posición de garantes de la transparencia no había razón para presentar declaración de intereses: "¿Y para qué? Si a contar de abril estará disponible en nuestra página web para todos. Nosotros en ese sentido tenemos un estándar superior de transparencia porque hacemos una declaración de intereses por voluntad propia, porque la ley no nos obliga".[27] En cambio para María Eugenia Díaz, de la Fundación Genera, la postura del Consejo era problemática: "Éticamente tendrían que hacerlo, porque es la organización que debe velar por la transparencia en las distintas instituciones. Tienen que predicar con el ejemplo (...) Hay que recordar que los miembros de esta instancia reciben sueldos del erario fiscal, por lo tanto caben dentro de

25 *El Mercurio*, "Consejo para la Transparencia opera en ex sede de EFE y con muebles prestados", 17 de abril de 2009.
26 Entrevista personal, 5 de agosto de 2009.
27 El Mostrador.cl, "Miembros del Consejo para la Transparencia no han presentado declaración de intereses", 13 de enero de 2009.

la administración del Estado. Tanto es así que sus nombramientos van a toma de razón de la Contraloría".[28]

También debe considerarse que el Consejo encontró algunos problemas de instalación en sus funciones. Debido a la complejidad de su funcionamiento, lo esperable es que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 20.285 el Consejo ya hubiese estado en óptimas condiciones de ejercer la totalidad de sus funciones, sin desconcentrarse en asuntos vinculados a su organización interna. Al respecto se dijo: "Con recursos limitados, personal recién contratado a partir del mes pasado y definiendo aún sus propios estatutos de funcionamiento, el Consejo deberá estar en condiciones de asumir plenamente sus roles el 20 de abril. Sin embargo, este esfuerzo de instalación de su propia organización le ha impedido asumir un rol activo en la preparación del resto de la institucionalidad pública".[29]

Así, se ha observado un Estado lento e ineficiente, porque la estructuración adecuada del Consejo para la Transparencia no pasa solamente por la designación de sus miembros, además requiere contar a tiempo con una infraestructura que permita a los consejeros y a su personal ejercer plenamente las funciones que les asigna la ley, y desde el momento de la entrada en vigencia de ésta.

1.7 Reglamento de la ley de acceso a la información

La Ley 20.285 cuenta con un reglamento, cuya redacción correspondió a la Comisión de Probidad y Transparencia. La versión definitiva del reglamento se tuvo recién el 16 de abril, es decir, apenas cuatro días antes de su entrada en vigencia junto con la ley;[30] aparentemente, la demora se debió a las críticas a una primera versión –publicadas por el Centro de Investigación e Información Periodística, CIPER–, que se estimó como restrictiva y no alineada con el espíritu de la ley.[31]

Por ejemplo, el proyecto de reglamento definía como información pública solamente los "actos o resoluciones de los órganos de la Administración del Estado", en clara contradicción con la Ley 20.285 y con la Constitución, la que en su artículo 8 establece que "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen". De este modo, una herramienta jurídica jerárquicamente inferior estaba restringiendo el ejercicio de un derecho que tanto la Constitución como la ley expresan de manera

28 Id.
29 Cristóbal Tello, "Transparencia: ¿Está listo el Estado?", artículo de opinión publicado en *La Tercera*, 5 de marzo de 2009, www.chiletransparente.cl.
30 *El Mercurio*, "Gobierno cauto, a una semana del comienzo de la ley de transparencia", 11 de abril de 2oo9.
31 CIPER, "Ley de Transparencia: Retiran reglamento que amenazaba limitar acceso a la información", http://ciperchile.cl.

amplia. La Comisión de Probidad y Transparencia solucionó este punto eliminando del menú de definiciones que contiene el artículo 3 del reglamento el concepto de información pública.

Otro aspecto que fue objeto de crítica, y que terminó siendo eliminado del artículo 6 del reglamento, era el que facultaba al funcionario público a negarse a elaborar, producir, procesar o consolidar información si ésta no se encontraba disponible. En este caso nos vemos frente a una restricción no determinada por ley y, por lo tanto, contraria a los estándares sobre el acceso a la información. Ya vimos la recomendación que hizo en su momento la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión al respecto. Si entendemos por información pública solamente aquella que consta en documentos, estaríamos dejando fuera del campo de protección de la ley una serie de antecedentes que no constan necesariamente por escrito.

El Consejo tendrá un papel vital en establecer los criterios sobre este punto, pues fácilmente un organismo público podría esgrimir como causal de negación que producir una información que no consta en ningún soporte implicaría una distracción indebida de sus funciones regulares.

Lo que no fue eliminado del reglamento, pese a que el mismo Consejo habría recomendado descartarlo a la Contraloría General de la República,[32] fue el artículo 48, inciso segundo: "Durante la tramitación del procedimiento, el Consejo deberá velar por el secreto de los escritos, documentos y actuaciones". Parece inaudito que el propio reglamento de la ley de transparencia establezca como regla general que los procedimientos serán secretos. La tendencia legislativa en Chile desde hace algunos años ha sido transparentar cada vez más la actuación del Estado. Las reformas a los procesos penales y laborales se han basado principalmente en la transparencia y publicidad. En este contexto del secreto como excepción ello implica un retroceso, sobre todo porque si hay un órgano que debe ser ejemplo de transparencia es precisamente el Consejo para la Transparencia.

Otro aspecto relevante sobre este secreto es que la limitación no esté establecida por ley. Ya se ha citado la postura de la Corte Interamericana en cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en lo que es información pública –"deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público"–, y esas leyes deben dictarse "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".[33]

Sobre el principio de máxima divulgación de la información pública, el reglamento señala que el órgano público "comunicará toda la infor-

32 Id.
33 Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 del septiembre de 2006, párr. 86.

mación necesaria para el ejercicio efectivo del derecho con sujeción estricta a las excepciones establecidas en la Constitución o la ley" (art. 13). El reglamento reconoce que toda limitación al acceso a la información debe tener su fuente en la ley o en la Constitución, no en él mismo, tal como sucede con el artículo 48.

1.8 Inconvenientes en la implementación de la ley

Echar a andar una ley como ésta, orientada al control ciudadano, implica una reforma profunda en la estructura del Estado, y también en la visión de la ciudadanía, que pasa a tener un papel activo y determinante como actor principal del escenario democrático. Por esta razón una correcta y eficaz implementación es de vital importancia para hacer realidad los derechos y beneficios presentes en la ley. Veremos a continuación si se ha contado con una estructura capaz de responder a las necesidades que la misma ley establece.

1.8.1 Vacancia legal

Un primer problema al que se vio enfrentado el Estado fue el breve plazo para la implementación de la ley: ocho meses. Cristóbal Tello, director ejecutivo de la Fundación Chile Transparente, comparó este plazo con las experiencias de Inglaterra y México, donde se otorgaron varios años al aparato público para que se preparara.[34]

En esos ocho meses el Estado debía capacitar a todos los funcionarios, redactar el reglamento respectivo, difundir la ley a la ciudadanía, resolver el problema de los organismos públicos y municipalidades que no contaban con páginas web y seleccionar al personal del Consejo, entre otras tareas. Pronto se vio que el plazo era insuficiente para concretar todos estos objetivos de un modo que no fuese improvisado, y como veremos, los resultados fueron en ocasiones deficientes.

1.8.2 Difusión de la ley de transparencia

La difusión de la ley es un mandato que establece nuestra Constitución, para la cual es deber del Estado respetar y *promover* los derechos fundamentales garantizados por ella y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5, inciso 2). Este deber de promoción también está claro para el sistema interamericano de derechos humanos, y lo precisa la actual presidenta de la Corte, Cecilia Medina, al señalar que "... el Estado debe también promocionar los derechos humanos, entendiendo por esto no sólo darlos a conocer

34 Cristóbal Tello, "Transparencia: ¿Está listo el Estado?".

a la comunidad nacional, sino también el emprender las campañas necesarias para que se creen las condiciones que permitan por una parte que puedan ser ejercidos y, por otra, que sean respetados por todos —incluyendo en ese 'todos' tanto a particulares como a los agentes del Estado".[35] Así, el Estado no sólo tiene una obligación pasiva, que consiste en no vulnerar los derechos fundamentales, sino también una obligación activa de garantizarlos y promoverlos.

Contrarían este estándar interamericano las declaraciones del ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, tratando de explicar por qué no se hicieron campañas de difusión de la nueva ley de transparencia: para "... no sembrar ilusiones, queremos que el Estado esté en condiciones de responder".[36] En la misma línea se expresó Felipe del Solar, secretario ejecutivo de la Comisión de Probidad y Transparencia, órgano dependiente del mismo Ministerio: "Había un espíritu de cautela por ser una reforma muy profunda con un volumen de demanda difícil de estimar".[37]

El senador Jaime Gazmuri (PS), redactor del proyecto de ley junto con el senador Hernán Larraín (UDI), dijo, por el contrario: "Hay que hacer mucha pedagogía sobre esta ley. Queda todavía un proceso muy fuerte para un empoderamiento de la ciudadanía de esta nueva herramienta democrática".[38] Y la Corporación Participa emitió un informe que concluye que informar a la sociedad sobre los mecanismos de participación ciudadana no ha sido prioridad del Estado.[39]

Decidir en qué momento realizar una campaña de difusión de la ley no puede ser un asunto que quede al mero arbitrio de las autoridades, pues el Estado tiene el deber de promover los derechos fundamentales; el acceso a la información pública es uno de estos derechos, por lo tanto se debía realizar una difusión apropiada de la nueva ley, de manera que en el momento de entrar en vigencia las personas estuviesen conscientes de que son titulares de este derecho. Si la ciudadanía no sabe que puede obligar al Estado a que le entregue información, se debilita la participación ciudadana destinada a fiscalizar la actuación del aparato estatal. En otras palabras, la difusión es el puente entre la información que el Estado pone a nuestra disposición y la ciudadanía que tiene el derecho de conocer esa información. No sirve lo primero sin lo segundo.

35 Cecilia Medina y Claudio Nash, *Sistema interamericano de derechos humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2007, p. 19. El destacado es nuestro.
36 *El Mercurio*, "Gobierno cauto, a una semana del comienzo de la ley de transparencia", 11 de abril de 2009
37 Entrevista personal, 7 de julio de 2009.
38 *El Mercurio*, "Los padres de la Ley de Transparencia analizan su debut", 26 de abril de 2009.
39 Participa, "Nivel de cumplimiento artículo 7, principio de transparencia activa por parte de los ministerios", www.participa.cl.

El cuarto informe estadístico de solicitudes de la Comisión de Probidad y Transparencia, de julio de 2009, muestra un total de 9.017 solicitudes de información. A partir de ellas, el mismo estudio elabora un perfil promedio de la persona que solicita información: serían mayoritariamente hombres (64,8%), con estudios universitarios (45,9%), de más de treinta años (47,9%) y residentes de la Región Metropolitana (44,4%).[40]

En síntesis, todos los antecedentes muestran un Estado que ha priorizado la capacitación de sus funcionarios y la instalación de un soporte tecnológico apto antes que la difusión de la ley. Sin embargo, como se verá, el proceso de capacitación no ha sido del todo satisfactorio.

1.8.3 Capacitación de los funcionarios públicos

El proceso de transparentar la actuación del Estado implica eliminar una cultura del secretismo que ha sido la predominante por siglos. En este contexto, uno de los pilares del éxito es la correcta y oportuna capacitación de los funcionarios en torno a las exigencias y obligaciones de la nueva normativa. Esta capacitación no consiste en enseñar solo el contenido de la ley, sino cómo afecta directamente sus funciones y la relación con el organismo donde se desempeñan.

Así, en los ocho meses de vacancia legal el Estado realizó una serie de capacitaciones que, según algunos especialistas, no tuvieron un criterio uniforme (Pedro Anguita habla incluso de "criterios muy dispares"): en algunos casos las llevaron a cabo los departamentos jurídicos de cada organismo, o el Sistema Nacional de Capacitación Municipal; en otros casos se recurrió a licitaciones y fueron particulares quienes se adjudicaron la tarea. Según Felipe del Solar, cada servicio público determinaba a qué funcionarios capacitar, y éstos participaron de jornadas organizadas por la Comisión de Probidad y Transparencia. Según cifras de la Comisión, en estas jornadas se habrían capacitado 3.200 funcionarios (de un total de 65.000 que, según la mesa de ayuda de la ANEF, forman parte de la administración del Estado). Además, no hubo un sistema de seguimiento para asegurarse de que el funcionario capacitado haya compartido la información adquirida con sus compañeros de servicio.[41]

Por otra parte, según la Subdere las jornadas de capacitación bajo su organización terminaron el 23 de abril, tres días después de la entrada en vigencia de la ley, y participaron 1.200 funcionarios, entre administradores, secretarios, asesores jurídicos, encargados de informática, relacionadores públicos y encargados de las oficinas de partes, entre otros.[42]

40 Comisión de Probidad y Transparencia, "Informe 04 estadístico de solicitudes", julio de 2009, www.probidadytransparencia.gob.cl.

41 Información provista por Felipe del Solar. Cabe destacar que la Comisión de Probidad y Transparencia decidió capacitar seriamente a los funcionarios de archivos (doscientos en total), a los cuales la ley no señala expresamente.

42 Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, "Más de 1.200 funcionarios capacita-

El llamado a licitación de estas jornadas lo hizo la Subdere recién en febrero de 2009, estableciendo como cierre de recepción de ofertas el 16 de marzo.[43] La prensa informó asimismo sobre la realización de "cursos exprés" apenas cinco días antes de la entrada en vigencia de la ley: "El programa Chile Probidad pretende capacitar este año a 13 mil funcionarios y llegar a 160 mil para el 2012", dice la nota de *El Mercurio*, que agrega que el taller estaba dirigido a los encargados del Sistema Integral de Atención Ciudadana (SIAC) en cuarenta servicios públicos.[44]

Estos datos no son alentadores, en tanto hablan de improvisación y retrasos. La capacitación requiere de un sistema organizado y de calidad, que otorgue conocimientos y herramientas a quienes facilitarán el ejercicio del derecho a los ciudadanos, más aun cuando se trata de una práctica –la transparencia– tradicionalmente resistida por la autoridad y sus funcionarios. Surgen interrogantes cuyas respuestas están en suspenso: no siempre ha habido claridad de que los funcionarios que se capacitan sean los que tendrán a su cargo la implementación de la ley, y no se conoce la duración de las capacitaciones (la convocatoria a un seminario no responde la duda de si eso implica una charla de algunas horas o jornadas de varios días). Una capacitación de calidad requiere desarrollar un programa de seguimiento que compruebe que se ha logrado aplicar la normativa abstracta a funciones concretas. Según Felipe del Solar, este seguimiento para detectar fallas en la práctica no se contempló en todos los casos, lo que resulta preocupante en tanto una de las principales formas de crear una cultura de transparencia en el sector público son capacitaciones eficientes y de calidad.

Sobre este punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha señalado que "el Estado está en la obligación de promover una cultura de transparencia en la sociedad y en el sector público, de actuar con la debida diligencia en la promoción del acceso a la información, de identificar a quienes deben proveer la información, y de prevenir los actos que lo nieguen y sancionar a sus infractores".[45]

2. TRANSPARENCIA ACTIVA

"El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para

dos en Ley de Transparencia", www.subdere.gov.cl.

43 Id., "Llamado a licitación pública para capacitación 'Seminarios Ley 20.285 Transparencia y Acceso a la Información Pública' en las 15 regiones del país", www.subdere.gov.cl.

44 *El Mercurio*, "Cursos express: Gobierno capacita a funcionarios públicos a días de que entre en vigor Ley de Transparencia", 16 de abril de 2009.

45 CIDH, "Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, p. 34.

que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad".[46]

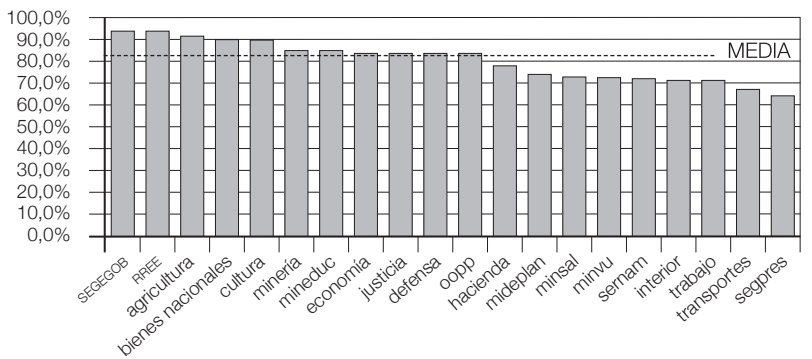
Así se expresó la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Viene al caso pues esta defensa es uno de los pilares sobre los que se construye el derecho de acceso a la información. En el caso chileno la entrada en vigencia de la Ley 20.285 ha traído como consecuencia la revelación de información a la cual antes teníamos un acceso limitado: sueldos de autoridades supremas como la Presidenta de la República, ministros de Estado, jefes de servicio, ejecutivos de las empresas públicas y asesores; gastos del Gobierno en publicidad, cuentas de celulares de senadores y diputados, familiares de políticos que trabajan en el aparato estatal, etc. Éste era uno de los objetivos de la ley, que el Estado pusiera a disposición de la ciudadanía información básica, y por ello cabe revisar cómo lo ha hecho en estos primeros meses de vigencia de la nueva normativa.

2.1 Datos generales

La Ley 20.285 consagra la transparencia activa en su artículo 7, cuando obliga a los órganos estatales a mantener determinada información en sus páginas web, de forma permanente y actualizada cada treinta días.

Un informe elaborado por la Corporación Participa revisó las páginas web de los organismos estatales entre las 00:01 y las 14:30 horas del 20 de abril de 2009, y determinó que un 81% de los veinte ministerios cumplía satisfactoriamente con la obligación de transparencia activa (ver gráfico 1).[47]

Gráfico 1. **Cumplimiento Transparencia Activa**



46 Corte IDH, caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 del septiembre de 2006, párr. 87.
47 Participa, "Nivel de cumplimiento artículo 7, principio de transparencia activa por parte de los ministerios", www.participa.cl.

El mismo estudio reportó en esa ocasión que ningún ministerio informaba sobre el criterio de adjudicación de adquisiciones y contrataciones, y que en materia de presupuesto la información estaba desactualizada, era muy técnica y difícil de encontrar. Tampoco informaba ningún ministerio sobre los beneficios que entrega el Estado y los mecanismos de participación ciudadana, todos aspectos de los cuales la ley obliga a publicar información.

El análisis independiente contrasta con las palabras del ministro Secretario General de la Presidencia, el mismo día que entró en vigencia la Ley 20.285. Viera-Gallo dijo el 20 de abril que hasta las cinco de la tarde la aplicación de la ley estaba siendo "ampliamente favorable", pues de los 264 servicios obligados a entregar información sólo faltaba que lo hicieran diez.[48] El contraste entre ambas versiones se debe a los criterios utilizados para verificar si se ha cumplido o no con la ley: para el Gobierno la medición era cuantitativa, es decir, debía expresar en cifras la cantidad de organismos que habían cumplido, sin entrar a analizar el contenido de los datos liberados.

Sin embargo, si bien el análisis cuantitativo es necesario, un análisis cualitativo también lo es. Éste implica revisar si en cada página se cumple íntegramente con el deber de transparencia activa, acorde con toda la información exigida por la Ley 20.285 en su artículo 7. En general la prensa informó que faltaban datos, que la información no se encontraba con facilidad y que estaba en desorden, que se notaba la ausencia de criterios unificados en la entrega de la información y escasa claridad en los procedimientos para solicitar antecedentes.[49] A una semana de vigencia de la ley, se informó que solo el "23% de las instituciones de los Organismos Centrales del Estado cumplen con todas las exigencias estipuladas en la nueva ley. Esto equivale a 31 entidades de 131".[50]

El estándar de transparencia activa se refiere no solo a cumplir con la obligación de mantener información en páginas web: ésta debe ser de fácil acceso y estar desplegada de modo que cualquier persona pueda entenderla. En palabras de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión:

> La sola existencia de una página web no es *per se* un cumplimiento por parte del Estado con las obligaciones que derivan del derecho de las personas al acceso a la información pública. Cuando la persona que solicita información tiene acceso a Internet el Estado debe proveer la dirección exacta en donde puede hallar

48 *El Mercurio*, "La Moneda y Hacienda lideran lista de los asesores mejores pagados", 21 de abril de 2009.
49 *El Mercurio*, "FF.AA. no entregan sus plantillas de sueldos", 21 de abril de 2009.
50 *El Mercurio*, "Implementar hoy un portal único de transparencia es un tema de voluntad política", entrevista a Eduardo González, director de informática del Consejo para la Transparencia, 27 de abril de 2009.

> la información solicitada para guiar al solicitante, debido a que a veces, la complejidad de la información sistematizada, su cantidad o su forma de denominarla puede confundir al receptor.[51]

La creación de un portal único de acceso a la información pública es una herramienta eficaz para mejorar el ejercicio de este derecho. Una entrega parcelada de datos, en cambio, desorienta a la ciudadanía. Por eso constituye una buena señal que tanto el presidente del Consejo para la Transparencia como el secretario ejecutivo de la Comisión de Probidad y Transparencia se hayan mostrado a favor de la creación de un portal único;[52] Del Solar declaró incluso que el Gobierno lo tendría listo a fines de 2009.[53] Entre tanto se han lanzado algunos portales con información pública, como Chileclic (www.chileclic.gov.cl) y Municipios Transparentes (www.municipiostransparentes.cl). Sobre el primero, Eduardo González, director de informática del Consejo, dijo que sus creadores "tienen un problema técnico: como no todos los organismos tienen los datos dispuestos de la misma forma, esto puede hacer que a un buscador le cueste encontrar la información";[54] el segundo portal es ordenado y claro, como veremos, y permite que los municipios que no tenían página web suban su información.

El debate en torno al portal único también conlleva analizar quién es el encargado de administrarlo. Según Olmedo, la labor debe recaer en el Consejo para la Transparencia, que garantizaría un mínimo de imparcialidad y que la información no ha sido tergiversada: "El Consejo quiere ese portal único; es el recipiente y el que le da autonomía y garantiza continuidad".[55]

2.2 Casos específicos

Hay casos en que la transparencia activa –más bien, su ausencia– ha sido objeto de un debate mayor. Son los siguientes: publicación de remuneraciones de funcionarios, Fuerzas Armadas y Carabineros, municipalidades y otros poderes del Estado.

51 CIDH, "Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, p. 40.
52 *El Mercurio*, "Los datos de toda la administración pública debieran estar en un mismo sitio web", entrevista a Juan Pablo Olmedo, 18 de abril de 2009.
53 *El Mercurio*, "Gobierno alista un portal único de transparencia para el segundo semestre", entrevista a Felipe del Solar, 4 de mayo de 2009.
54 *El Mercurio*, "Implementar hoy un portal único de transparencia es un tema de voluntad política", entrevista a Eduardo González, director de informática del Consejo para la Transparencia, 27 de abril de 2009.
55 Entrevista personal, 5 de agosto de 2009.

2.2.1 Publicación de remuneraciones

Varios organismos estatales publicaron el escalafón del funcionario con su respectivo grado y, en una segunda publicación, las remuneraciones asignadas a cada grado. Esta práctica va en contra de los principios de la ley, que específicamente ordena la publicación en Internet de "La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones" (art 7, letra d). Si el espíritu de la ley es facilitar y promover el acceso a la información, la expresión "correspondientes" debe entenderse como que la remuneración debiera estar a continuación de los datos del funcionario público y no en un documento separado; el principio de facilitación de la información establecido en el art. 10, letra f, refuerza esta idea, pues implica una obligación para el Estado de contar con mecanismos que supongan un fácil acceso a la información por parte de los particulares.

2.2.2 Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile

Amparándose en el artículo 436 del Código de Justicia Militar, las páginas web de las ramas de la Defensa Nacional y Carabineros publicaron de manera parcial la información exigida por la ley, no dando a conocer la lista de sus funcionarios de planta ni remuneraciones.[56] El artículo citado establece como documento secreto aquel que verse sobre plantas o dotaciones de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile.[57]

Este punto es problemático, porque el artículo 21, nº 5, de la ley de acceso a la información establece la reserva cuando "se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política"; sin embargo, el Código de Justicia Militar no cumple con los requisitos, pues no constituye una ley de quórum calificado. La Constitución no establece en ningún pasaje que el sistema judicial militar se organice mediante una ley de esta naturaleza, por lo que debe primar la ley de transparencia.

Por lo demás, el artículo 2 de la Ley 20.285 establece primero una regla general determinando cuáles son los sujetos obligados por dicha ley, entre los cuales nombra a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y luego menciona qué organismos excepcionalmente están exentos en parte (Banco Central y Conservador de Bienes Raíces). Las Fuerzas Armadas y Carabineros no aparecen en este listado. Además, la determinación de si la información sobre el personal y su remune-

56 *El Mercurio*, "FF.AA. no entregan sus plantillas de sueldos", 21 de abril de 2009.
57 "Artículo 436. Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros: 1.- Los relativos a las plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal."

ración constituye una afectación a la seguridad nacional depende del organismo inquirido y posteriormente del Consejo para la Transparencia, órgano creado especialmente para resolver estos conflictos. De este modo, ni las Fuerzas Armadas ni Carabineros de Chile pueden establecer como regla general que dicha información es secreta, puesto que la regla general es la transparencia, y la reserva y el secreto quedan en un plano de excepción regulado por normas de derecho estricto en la misma Ley 20.285.

Los órganos en cuestión debieran publicar la información relativa a su personal y su respectiva remuneración. El debate sobre este punto ya ha llegado al Consejo, el que, en una resolución dividida (3 a 1), confirmó la negativa de Carabineros de Chile de entregar información acerca del número de efectivos destinados al Departamento de Protección de Personas Importantes (PPI), y la cantidad de personas que reciben esta protección. El razonamiento del voto mayoritario señala que

> en este caso concreto el Consejo estima que la revelación de la dotación del Departamento de Protección de Personas Importantes produciría un daño o detrimento en el debido cumplimiento de sus funciones. En efecto, conocer esta información afectaría la planificación estratégica de dicho Departamento y, por tanto, su función principal, cual es proteger a dichas personas de eventuales atentados delictivos derivados de su autoridad o importancia. Conectada esta información con las personas protegidas se develaría su capacidad operativa efectiva, generando o una sensación de escasez de personal y desprotección o una de exceso de personal dedicado a estas tareas.
> (...)
> En efecto, de conocerse este dato y reducirse la eficacia del Departamento, conforme ya se explicó, se afectaría la seguridad pública pues ésta se ve directamente impactada cuando una autoridad es víctima de un delito. Lo mismo puede decirse de la seguridad de las personas protegidas en virtud de este programa, afectadas en tanto éste perdería eficacia. Se trata, en opinión del Consejo, de un daño superior al beneficio que la divulgación de esta información aportaría al debate público y al control social de la acción policial.[58]

No toda petición de información a las Fuerzas Armadas y de Orden constituye *per se* una afectación a la seguridad nacional o al debido cumplimiento de sus funciones. Es necesario ponderar los valores en juego y

58 Consejo para la Transparencia, caso A-45 entre José Pedro De la Carrera y Carabineros de Chile, 28 de julio de 2009, www.consejotransparencia.cl.

tomar la decisión según las características específicas del particular. En este caso, el Consejo los pondera y estima que la solicitud sí afecta el debido funcionamiento del órgano y la seguridad de la nación, pero no explica por qué, lo que sienta un mal precedente en la materia. Se da a entender que, siempre que esté en juego la seguridad nacional, este bien jurídico debe prevalecer, siendo que la ponderación de derechos es una técnica que busca justamente evaluar caso a caso qué bien jurídico debe primar.

Concuerda con ello el voto minoritario del presidente del Consejo:

> el test de daño debe acreditar que la afectación a la o las causales constitucionales de secreto o reserva debe ser cierto, probable y específico, condiciones que no se reúnen en este caso. Estima, en efecto, que es improbable que esta información sea empleada para facilitar las actividades delictivas de una persona o que la eficacia de este Departamento se reduzca.[59]

La discusión está abierta, y se espera que se vaya dirimiendo a medida que se cuente con más jurisprudencia del Consejo.

2.2.3 Las municipalidades

Donde mayores problemas tuvo el Estado con la transparencia activa en un principio fue en los municipios. En Chile hay 345 municipalidades y no todas cuentan con páginas web. Numerosos alcaldes pidieron una "marcha blanca" al Consejo por esta situación,[60] dado que en virtud de la Ley 20.088 ellos además están obligados a entregar su declaración de patrimonio en un plazo máximo de treinta días después de asumir el cargo, y dos semanas antes de que entrara en vigencia la ley de transparencia solo 27 de los 52 alcaldes de la Región Metropolitana habían cumplido con este deber.[61]

Entre los problemas aducidos por las municipalidades se mencionó la falta de computadores, escáneres, profesionales informáticos e incluso de conectividad digital. Municipios como Putre, Ollagüe, Camiña, San Pedro de Atacama, Sierra Gorda o Las Cabras ni siquiera tienen página web; según la Asociación Chilena de Municipalidades, 100 de las 345 municipalidades carecen de este servicio.[62]

Nuevamente volvemos al tema de la improvisación y la inadecuación de los plazos breves. El Estado debió prever este panorama y capacitar a funcionarios municipales como una prioridad. Los municipios son el

59 Id., voto disidente de Juan Pablo Olmedo, punto 4.
60 *El Mercurio*, "Gobierno cauto, a una semana del comienzo de la ley de transparencia", 11 de abril de 2009.
61 *El Mercurio*, "Casi la mitad de los alcaldes electos en la RM aún no entrega su declaración de patrimonio", 5 de abril de 2009.
62 *El Mercurio*, "Estudios prevén que municipios tendrán problemas con la ley", 19 de abril de 2009.

órgano administrativo más cercano a la población, por lo que resulta vital que cuenten con un soporte tecnológico capaz de responder a las necesidades de sus habitantes. Finalmente, la situación se resolvió con la creación de Municipios Transparentes (www.municipiostransparentes.cl), gracias a las gestiones de la Comisión de Probidad y Transparencia, la Fundación Chile Digital y la Sociedad Medios Australes S.A.[63] En esta página, todos los municipios que no cuenten con sitio web pueden subir la información requerida en virtud de la transparencia activa. Queda pendiente su apropiada difusión para que la ciudadanía acceda a la información pertinente.

2.2.4 Congreso Nacional y Poder Judicial

La ley de transparencia tiene una aplicación general en la administración estatal y solo algunas de sus disposiciones son vinculantes para los otros poderes del Estado. En el Congreso Nacional, no se acogió de igual modo en ambas cámaras: el Senado publicó su enlace de transparencia activa un día antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.285, y de manera muy detallada, mientras que la Cámara de Diputados entregó información genérica e incompleta, sin desglose de gastos.[64]

El Poder Judicial, también días antes de la entrada en vigencia de la ley, integró a su página un *link* ("Ley de Transparencia") que contiene toda la información exigida, entre ella "la escala de sueldos de todos sus funcionarios, información de licitaciones y explicación de las funciones y organización de todos sus estamentos".[65]

3. EL DERECHO DE SOLICITAR Y RECIBIR INFORMACIÓN POR PARTE DEL ESTADO

¿Ha cumplido el Estado con su obligación de entregar información cuando le ha sido solicitada? Para analizar su actuación en este ámbito debemos observar el comportamiento de los órganos del Estado frente a los requerimientos y, en caso de negativa, ver cuál ha sido la postura del Consejo. Como la normativa es reciente y éste ha resuelto solo algunos de los requerimientos que ha recibido, no es posible todavía establecer una tendencia en cuanto a sus criterios. Sin embargo, hay observaciones interesantes que hacer.

63 "Municipios lanzan portal web para cumplir con Ley de Transparencia", www.superimagen.cl.
64 *El Mercurio*, "Senado entrega amplio desglose de gastos de sus integrantes y la Cámara de Diputados da a conocer cifras generales de los parlamentarios", 21 de abril de 2009.
65 *El Mercurio*, "Poder Judicial se adelanta a Ley de Transparencia", 17 de abril de 2009. Ver también "Senado se anticipa a ley y publica datos parciales de gastos y asesorías", 20 de abril de 2009, http://jovinosenador.cl, y "Comienza a regir la Ley de Acceso a la Información: La Moneda ordena publicar hoy a mediodía datos de sus funcionarios", 19 de abril de 2009, www.leydetransparencia.cl.

Al cierre de este *Informe* los servicios y organismos de la administración central del Estado habían recibido 9.017 solicitudes de información. Los ministerios con más solicitudes son Defensa Nacional con 1.152 (21,3%), Trabajo con 1.049 (19,4%) y Educación con 696 (12,9%). Tratándose de servicios u otras instituciones, Carabineros ha recibido el porcentaje mayor de solicitudes (12,8%), luego está la Dirección del Trabajo con 11,6% y en tercer lugar la Subsecretaría de Educación con un 7,7%.[66]

También hasta el cierre de este Informe, el Consejo para la Transparencia había recibido 20 reclamos por incumplimiento de la transparencia activa y 203 amparos de denegación de solicitudes de acceso a la información. En agosto había declarado inadmisibles cinco de los primeros (25%), en dos casos ya se ha pronunciado respecto al fondo (10%) y trece continúan pendientes (65%). De los 203 amparos de denegación, ya ha declarado inadmisibles 36 de ellos (17,7%), en diez casos hay un pronunciamiento en cuanto al fondo (4,9%) y en 157 aún no hay pronunciamiento (77,3%).[67]

Respecto de los fallos pendientes, hay que contemplar el criterio expresado por el presidente del Consejo, quien nos dijo que, "cuando estamos partiendo y las resoluciones son fundacionales, yo estoy dispuesto a demorarme más en la solución de los casos y asumir ese costo, (...) la calidad de las primeras cincuenta resoluciones en materia de fondo es muy importante, porque vas a tener la base doctrinaria".

3.1 El caso EFE

De las resoluciones que ha dictado el Consejo, una que arroja luces sobre el alcance del derecho de acceso a la información, cuando se trata de empresas públicas creadas por ley, es la decisión del Reclamo Nº A4-09, en el caso de Mauricio Leonardo Oyarzún Muñoz contra la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE).

Oyarzún había solicitado determinadas actas de reuniones ordinarias y extraordinarias del Consejo de EFE, y la empresa le negó la información argumentando que la Ley 20.285 solo la obliga a los deberes de transparencia activa, pero no a entregar dichos documentos. En fallo dividido (3 a 1), el Consejo para la Transparencia respaldó a EFE. Fundamentó su decisión en que el artículo 2, inciso tercero, de la ley de transparencia establece que las empresas públicas creadas por ley, como es el caso de EFE, están obligadas a lo que expresamente en ella se establezca, y la obligación de entregar información a petición de parte no aparece en la ley por la cual se creó la Empresa de Ferrocarriles del Estado. El único precepto legal vinculante para EFE se encontraría en el artículo décimo transitorio de la Ley 20.285, que establece una catego-

66 Ministerio Secretaría General de la Presidencia, "Informe Nº4 estadístico de solicitudes".
67 Cifras obtenidas en base a la información publicada en www.consejotransparencia.cl.

ría distinta de transparencia activa de la señalada en el artículo 7 de la misma y a la cual EFE está obligada.

El voto minoritario del consejero Raúl Urrutia fue partidario de no hacer tal distinción, debido a que la ley siempre habla de los órganos de la administración del Estado, dentro de los cuales se encuentran, a su juicio, las empresas públicas creadas por ley. Éstas quedarían así obligadas tanto a la transparencia activa como al acceso a la información. Dice Urrutia que "ni el artículo décimo [transitorio], ni los artículos constitucionales y legales citados excluyen a las empresas públicas creadas por ley de la aplicación del principio de transparencia".[68]

La extensión de la obligación de transparencia a las empresas públicas creadas por ley es uno de los temas sobre los cuales se espera que haya más discusión –porque la ley no es clara ni contundente al respecto–, y este pronunciamiento es el primer antecedente para tener en cuenta. El presidente del Consejo para la Transparencia opina que

> Conceptualmente, las empresas públicas son parte de la administración del Estado y no hay razón para que estén ajenas al acceso a la información, lo cual no significa que este derecho tenga cualidades específicas. El tema es cuál es el mecanismo de control y de qué manera ejerces derecho, y ahí no tengo ni una duda de que en el proceso legislativo se perdió ese inciso del artículo 13 [de la ley 18.575]. Nosotros [el Consejo para la Transparencia] lo hicimos valer tres o cuatro veces y no hubo caso, hubo una expresa voluntad del legislador de dejar fuera del derecho al acceso a la información a las empresas públicas, y yo debo respetar la ley.

4. CONCLUSIONES

Con la publicación de la Ley 20.285 el Estado chileno ha dado un gran paso en la consagración del derecho de acceso a la información, creando un sistema que no solamente establece derechos y obligaciones, sino una institucionalidad encargada de que este derecho sea ejercido y que las obligaciones se cumplan.

Sin embargo, hay deudas pendientes en la materia: hay que fortalecer la capacitación de los funcionarios públicos para que se transformen en colaboradores y no en obstáculos para llegar a la información; igualmente, falta difusión de la ley de transparencia en la ciudadanía.

El fundamento inmediato de la transparencia es consagrar una sociedad activa, interesada en los temas públicos y que ejerza un exhaustivo

68 Consejo para la Transparencia, "Decisión Reclamo Nº A4-09", punto 6, voto disidente.

control sobre sus autoridades. Si las personas no están conscientes de la titularidad de su derecho de acceder a la información pública, difícilmente se tendrá un Estado más democrático, más moderno y transparente, con intensa participación ciudadana y un debate público de calidad.

5. RECOMENDACIONES

1. El Estado debe adecuar su legislación a los estándares interamericanos en materia de acceso a la información, en los siguientes aspectos:

a. Legales

• Modificar el artículo 2 de la Ley 20.285 para que amplíe el campo de aplicación a todos los poderes del Estado, de modo que no puedan exceptuarse los poderes Legislativo ni Judicial, empresas públicas ni órganos autónomos como la Contraloría General de la República ni el Banco Central.

• Reformular el artículo 21.1 letra c) de la Ley 20.285, que establece la reserva de la información cuando el requerimiento sea de carácter genérico y por ello distraiga indebidamente a los funcionarios públicos de sus labores habituales. La propia ley debe establecer criterios claros sobre cuándo debe entenderse que una solicitud es genérica.

• Reparar el vacío existente en la Ley 20.285 respecto de solicitudes de información que no existe materialmente, creando el "deber de elaboración" tal como lo exigen los estándares interamericanos.

• Desarrollar la obligación de transparencia activa agregando determinadas características a la forma de disponer la información, en virtud del principio de facilitación que la misma ley establece: lenguaje sencillo, sin tecnicismos, y enlaces a la vista, con información de fácil acceso.

• Complementar el artículo 36 de la Ley 20.285 incorporando mecanismos de participación de la sociedad civil en el proceso de nombramiento de los consejeros.

• Derogar el artículo 436 del Código de Justicia Militar, que obstruye el acceso a la información y no cumple con los requisitos que establece el artículo 21, nº5, de la Ley 20.285.

b. Reglamentarios

• Ajustar las definiciones contenidas en el artículo 3 del reglamento de la Ley 20.285 sobre sustento o complemento directo y sustento o complemento esencial, para que no restrinjan el concepto de información pública desarrollado en la ley.

• Aclarar el sentido y alcance del inciso segundo del artículo 48 del reglamento, para entender si se refiere a los escritos, documentos y actuaciones solicitados originalmente o a aquellos propios del procedimiento ante el Consejo para la Transparencia. En este último caso, la reserva afecta la publicidad de los procedimientos.

2. Realizar una adecuada y completa campaña para publicitar la Ley 20.285, puesto que hasta ahora los esfuerzos por difundir sus ventajas han sido prácticamente inexistentes.
3. Urge una política de capacitación basada en dos pilares: centrarse en las necesidades específicas de cada organismo y asegurar el seguimiento de los funcionarios capacitados, para garantizar que difundan y pongan en práctica correctamente el conocimiento adquirido.
4. El portal único de acceso a la información debe ser administrado por el Consejo para la Transparencia, no solo para asegurar un lenguaje unificado que permita un acceso más amable y expedito a la información, sino para garantizar la imparcialidad y favorecer la fiscalización de quienes no cumplan con el deber de la transparencia activa.

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y DERECHOS HUMANOS

"La violencia no ocurre exclusivamente en las calles,
ocurre también al interior de los hogares. (...)
Los cobardes que agreden a las mujeres o a los hijos
seguramente no aprueban mi gestión como Presidenta,
porque conmigo les ha ido mal. (...) Estamos tipificando
el femicidio en el Congreso, estamos subiendo las penas (...)
pero más que eso, los hemos denunciado
ante los ojos de la gente como lo que son:
cobardes que no merecen consideración".[1]
Michelle Bachelet

SÍNTESIS

Desde la primera ley sobre violencia intrafamiliar, que data de 1994, pasando por su reemplazo con la Ley 20.066 de 2005 y la creación de los tribunales de familia, Chile ha recorrido un largo camino en sus esfuerzos por cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos respecto de la violencia de género. Se reconoce su trabajo de difusión, la creación de programas para víctimas y las mejoras en ámbitos como la representación legal o psicosocial. Sin embargo, la intervención se ha enfocado en la judicialización y no tanto en la erradicación, prevención y reparación de las víctimas. Más grave aun, no existen criterios comunes, las iniciativas carecen de continuidad, los servicios se superponen y las respuestas son fragmentadas; la dificultad de coordinación y los conflictos de competencia entre los actores del sistema son evidentes, así como la falta de capacitación. Los registros no permiten evaluar adecuadamente la situación, lo que dificulta el diseño de políticas públicas eficaces. En síntesis, no existe un liderazgo técnico-político que aglutine y guíe el quehacer del aparato del Estado con una ruta común, que incluya la participación de la sociedad civil, que ha hecho y hace grandes aportes en esta área.

1 *Mensaje presidencial 2009*, 21 de mayo de 2009.

Palabras clave: Violencia intrafamiliar, violencia contra la mujer, Convención Belén do Pará, debida diligencia, tribunales de familia.

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo la dicotomía entre público y privado mantuvo silenciada la violencia que se ejercía contra los miembros más vulnerables de la familia: las mujeres y los niños. No es que esa violencia no existiera ni que el derecho no tuviera herramientas para investigarla o sancionarla, sino más bien que el derecho y los operadores del sistema judicial han elegido cuándo proteger y cómo hacerlo, muchas veces en forma arbitraria. La violencia contra las mujeres ha sido tolerada y muchas veces culturalmente aceptada. Por ello, la incorporación de normas específicas que la sancionen ha tenido como función impulsar un cambio cultural, cambio que se ve reflejado en el *Mensaje presidencial 2009*, donde la Presidenta de la República se refiere a los cobardes con quienes su Gobierno no ha sido tolerante.

En este capítulo abordamos la violencia de género, aquella violencia dirigida contra la mujer por ser tal, o que la afecta en forma desproporcionada en relación con los hombres, tal como ha acuñado el término la Recomendación General 19 de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer.[2] El objetivo es examinar la prevalencia de la violencia de género que se produce en el contexto familiar, o violencia doméstica contra la mujer en Chile, y evaluar la respuesta del Estado a la luz de los estándares de derechos humanos sobre la materia. Para ello se revisará lo sucedido en el plano normativo desde 1994, la respuesta judicial y las políticas públicas que se han implementado.

1. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, UN FENÓMENO PREVALENTE EN LA SOCIEDAD CHILENA

No es fácil determinar la prevalencia de la violencia de género en Chile, porque las cifras no están actualizadas ni existen estudios nacionales de prevalencia. Un punto de partida es una serie de estudios regionales sobre violencia conyugal o de pareja, que comenzó el año 2000 con un estudio en las regiones Metropolitana y de la Araucanía.[3] Para ello se

2 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 19, La Violencia contra la Mujer,* 11º período de sesiones, 1992, www.un.org/womenwatch. Escapa del sentido de este capítulo discurrir sobre las críticas que se han formulado a este concepto. Ver, en todo caso, Elena Larrauri, *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta, 2007.
3 Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile, *Detección y análisis de la violencia intrafamiliar en la Región Metropolitana y de la Araucanía (Informe 2002)*, Documento

usó el protocolo básico de investigación del *Estudio multicéntrico sobre salud y violencia intrafamiliar* de la Organización Mundial de la Salud, adaptado a la realidad chilena. El objetivo era medir el nivel y el tipo de violencia prevalentes. En la ocasión se entrevistó a mujeres residentes de entre 15 y 49 años de las regiones aludidas, consultándoles si habían experimentado más de una vez violencia física, psicológica o sexual con su actual pareja o con cualquier pareja anterior.[4] El estudio concluye que en la Región Metropolitana el porcentaje de mujeres que no ha experimentado violencia es de 60%, y en la Región de la Araucanía, de 62%. Entre las que sí la han vivido,

> un 34% de mujeres de la Región Metropolitana y un 35% de la Región de la Araucanía han experimentado violencia psicológica; un 25% en la Región Metropolitana y un 19% en la Región de la Araucanía han vivido violencia física; y un 11% en ambas regiones ha experimentado situaciones de violencia sexual.[5]

Los siguientes estudios adoptaron la misma metodología. La encuesta de la Región de Antofagasta de 2003 mostró que entre un 23% (Calama) y un 31% (Tocopilla) de las mujeres ha experimentado violencia física y/o sexual.[6] En Coquimbo,[7] Los Lagos[8] y Aysén[9] los resultados indicaron que un 48,5%, un 55,3% y un 36% de mujeres ha experimentado violencia en cada una de esas regiones, respectivamente. Sin embargo, la presentación de resultados sobre los tipos de violencia no

de Trabajo 121, Santiago, Sernam, marzo de 2009, www.sernam.cl. El trabajo de campo se desarrolló entre 2000 y 2001.

4 La violencia física se distingue según su intensidad y se clasifica en leve (abofetear o lanzar objetos; arrinconar, empujar o tirar el pelo) y grave (golpes de puño o con algún objeto que pudiera herir; patear, arrastrar o dar una golpiza; intento de estrangulamiento; intento de quemar o quemar; amenaza de uso o uso de pistola, cuchillo u otra arma). La violencia psicológica consiste en insultar o hacer sentir mal a la mujer con ella misma; menospreciarla o humillarla frente a otras personas; actuar a propósito para asustarla o intimidarla; amenazar con herirla a ella u otra persona importante para ella. La violencia sexual consiste en forzar a la mujer a tener relaciones sexuales o a realizar algún acto sexual que ella encuentre humillante o degradante.

5 *Detección y análisis de la violencia intrafamiliar en la Región Metropolitana y de la Araucanía (Informe 2002)*, p. 9.

6 Centro de Análisis de Políticas Públicas de la Universidad de Chile, *Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar de la Región de Antofagasta (Informe 2003)*, Documento de Trabajo 104, Santiago, Sernam, www.sernam.cl. El trabajo de campo se realizó en octubre de 2002.

7 Miguel Ángel Ruz, Soledad Larraín, Ángela Madrid y Mauricio Fernández, *Detección y análisis de la prevalencia de violencia intrafamiliar en la Región de Coquimbo*, resumen de resultados, Dirección de Estudios Sociológicos, Universidad Católica de Chile, agosto de 2004, www.sernam.cl. El trabajo de campo se desarrolló en 2003.

8 Corporación Humanas, *Detección y análisis de la prevalencia de la violencia intrafamiliar en la Región de los Lagos (Informe final 2002)*, Documento de Trabajo 106, Santiago, Sernam, p. 19, www.sernam.cl. El trabajo de campo se desarrolló entre noviembre de 2005 y enero de 2006. El título del informe publicado en el Sernam conduce a equívoco, pues señala que data del 2002, pero en realidad es de 2006.

9 Los resultados están reseñados en Sernam, *Programa de capacitación a distancia para funcionario/as del sector público en materia de género y políticas públicas*, Santiago, 2009, p. 147, www.sernam.cl.

favorece la comparación. En términos generales, prevalece la violencia física en sus distintas graduaciones, luego la sicológica en una proporción menor, que oscila entre el 31,9% (Aysén) y el 48,5% (Los Lagos), y en tercer lugar la violencia sexual, que correspondería al porcentaje más bajo en Aysén (10,4%) y al más alto en Los Lagos (28,3%), pero que fue medida en combinación con otras formas de violencia.

Todo indica que las cifras se han mantenido en un rango similar en el tiempo; pero se ha sugerido que es posible que las mujeres hoy estén más dispuestas a relatar sus historias de violencia que hace dos décadas,[10] lo cual puede interferir en la comparación de los niveles de prevalencia en distintos períodos. Una encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales realizada a hombres, mujeres y niños en 2007 mostró que un 35,7% de las mujeres encuestadas que han tenido una relación de convivencia han vivido experiencias de violencia con sus parejas.[11]

Además de los estudios mencionados, existe una variedad de fuentes informativas sobre la materia: policías, servicios de salud, el Ministerio del Interior, el Servicio Médico Legal, el Ministerio Público, la Defensoría Penal, etc. En su mayoría las cifras registran violencia intrafamiliar y no contra las mujeres, por lo cual, salvo que los datos estén desagregados por sexo (víctima-victimario) y se señale la relación entre las partes, la información invisibiliza u opaca el problema. Cabe recordar que diversos instrumentos internacionales afirman que el registro de información es un elemento central para un buen diseño e implementación de políticas públicas.[12]

1.1 ¿Violencia intrafamiliar o violencia contra la mujer?

La violencia intrafamiliar es, en general, un fenómeno de hombres que agreden a sus parejas.[13] Por ello se ha dicho que "la violencia intrafamiliar no constituye un eufemismo para hablar de violencia contra las mujeres (...) sino una expresión que directamente la oculta dentro de una categoría que, aparentemente, posee más amplitud y neutralidad y que niega la existencia de roles subordinados por género al interior de las familias y de la pareja".[14] No es que se considere poco importante atender a todas las víctimas al interior de la familia, como ancianos

10 Corporación Humanas, *Detección y análisis…*, p. 19.
11 Ministerio del Interior, *Primera encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales*, diciembre de 2008, www.seguridadpublica.gov.cl.
12 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención Belém do Pará, art. 8, letra h.
13 Entrevistas a Soledad Rojas y Patricia Olea, de la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 11 de junio de 2009, y entrevista al equipo de la Casa de Acogida Rebeca Ergas, Santiago, 16 de junio de 2009.
14 Patsilí Toledo, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, introducción, Santiago, Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009, p. 14.

y niños, pero no hay que olvidar la especial situación de las mujeres que experimentan violencia transgeneracional en su condición de hijas, hermanas o parejas. Cada una de ellas presenta riesgos y supone abordajes distintos. En particular, el riesgo de muerte está asociado a la violencia de pareja.[15]

Según cifras del Ministerio del Interior, las denuncias casi se han duplicado desde el 2001 (bajo la Ley 19.325) hasta el 2008 (Ley 20.066). Estos resultados confirman que la violencia doméstica es un fenómeno que afecta fundamentalmente a las mujeres, puesto que los hombres representan un poco más del 10% de los agredidos (tabla 1).[16]

Tabla 1. **Frecuencia de denuncias por delitos de violencia intrafamiliar**

Total	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Nacional	60.769	68.031	78.948	87.697	93.404	95.829	108.538	113.487
Mujeres	55.515	62.206	71.724	78.900	82.596	81.101	90.285	93.489
Hombres	3.516	4.012	4.993	6.080	8.065	10.073	12.340	13.473

Fuente: Ministerio del Interior, División de Seguridad Pública.

Las cuentas anuales del Ministerio Público registran el delito, pero no entregan información sobre el sexo, la edad de la víctima y su relación de parentesco con el agresor o agresora. El número de casos de violencia doméstica que las fiscalías han ingresado para su investigación ha aumentado progresivamente, al punto de casi duplicarse entre 2007 y 2008 (tabla 2). En ambos años, de las denuncias ante el Ministerio Público la mayoría corresponde a lesiones; le siguen las amenazas y en tercer lugar el maltrato habitual. En 2008 las investigaciones por desacato, esto es delito que se comete por incumplir una orden judicial, son muy superiores a las registradas el año anterior, y las de parricidio se mantienen prácticamente en el mismo nivel.

15 Entrevista al equipo de la Casa de Acogida Rebeca Ergas.
16 Los resultados preliminares de un estudio en curso muestran que esos varones víctimas son principalmente niños o adultos maltratados por otros hombres del círculo familiar. Proyecto de investigación "Violencia de género y administración de justicia", Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, coordinado por Lidia Casas.

Tabla 2. **Ingresos de casos por violencia intrafamiliar en el Ministerio Público**

Ingresos	2007	2008
Lesiones	34.979	54.652
Amenazas	11.374	31.992
Maltrato habitual	6.680	8.165
Desacato	409	1.437
Parricidio	112	197
Otros delitos	634	1.794
Total	54.188	94.844

Fuente: Ministerio Público, Boletín estadístico 2007 y 2008.

En 2007 el número de delitos asociados a violencia intrafamiliar investigados por el Ministerio Público correspondía a 54.188 de un total de 1.141.839 delitos ingresados, esto es, el 4,74% del universo de delitos. El porcentaje ascendió en 2008 a 7,5% de los delitos investigados (94.844). Antes, desde octubre de 2005 al 31 de diciembre de 2006, esa cifra fue de 48.112,[17] lo que confirma que se registra un aumento importante cada año. No es posible saber el número de casos en los primeros tres meses de la Ley 20.066, pues estas cifras se encuentran desagregadas por año.

Un estudio de 2003 estableció que la reforma procesal penal vigente desde el año 2000 no registraba los delitos cometidos contra las mujeres en el marco de la violencia doméstica, sino que éstos engrosaban las cifras bajo distintas figuras penales: lesiones, amenazas, homicidios o delitos sexuales.[18] Por ello, valoramos que desde 2007 haya un registro singularizado de estos delitos.

Información proporcionada por el Ministerio Público para este *Informe* da cuenta que, del total de imputados por violencia desde octubre de 2006 hasta septiembre de 2008 (175.764), el 88% son hombres con relaciones cercanas con las mujeres agredidas, como cónyuges, convivientes, ex cónyuges o ex convivientes.[19] Estos resultados coinciden

17 Esa cifra se calculó a partir de *Boletín estadístico 2007*, Tabla 50, "Resumen de información estadística de violencia intrafamiliar. Período: 07 octubre 2005-31 diciembre de 2007", p. 298.
18 Lidia Casas y Alejandra Mera, *La violencia de género y la Reforma Procesal Penal. Los delitos sexuales y las lesiones en el marco de violencia intrafamiliar,* Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales 16, Santiago, Facultad de Derecho, 2004, pp. 194-196.
19 Información estadística proporcionada por la directora ejecutiva nacional (s) del Ministerio Público, Marcela Neira Vallejos, 29 de abril de 2009.

con los datos compilados por el Ministerio del Interior.[20] Sin embargo, como no existe un registro *público* que muestre el sexo de la víctima y el victimario, sus edades y relaciones, ni las autoridades ni el público general pueden apreciar cabalmente cómo en estos casos se manifiestan las relaciones de género y de poder entre víctima y victimario, que es, como se verá, el elemento definitorio de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos.

También los registros de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ) muestran las debilidades del sistema: la información está incompleta y mal consignada, pero además se registra de tal manera que solo da luces acerca de la evolución de los casos por violencia intrafamiliar que ingresan a los tribunales de familia. Los ingresos por violencia a los tribunales de familia y tribunales con competencia en familia (juzgados de letras u otros con competencia común) fueron más de 25 mil en los primeros tres meses de vigencia de la Ley 20.066, desde octubre hasta el 31 de diciembre de 2005. Desde 2006 a 2008, los ingresos tienden a estabilizarse en cifras cercanas a las 100 mil denuncias anuales, como se observa en la tabla 3.

Tabla 3. **Ingresos de causas por violencia intrafamiliar en tribunales de familia y en tribunales con competencia en familia, octubre de 2005 a junio de 2008**

	2005	2006	2007	2008
Ingresos	26.036	89.129	94.648	51.032

Fuente: Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Como se aprecia, la información no siempre es comparable; algunos registros son de denuncias a Carabineros, otros de casos en el Ministerio Público, y otros de casos ante los tribunales con competencia en familia. A veces las denuncias ingresan por una vía pero pueden terminar en otra institución (ingresan en familia y luego son derivados al Ministerio Público, o viceversa), todo lo cual dificulta la medición del impacto de la violencia de género e impide diseñar políticas públicas adecuadas para enfrentarla.

20 Ministerio del Interior, *Delitos de violencia intrafamiliar. Frecuencia de denuncias 2001-2009,* División de Seguridad Pública, www.seguridadpublica.gov.cl.

1.2 Registro de femicidios

En Chile solo recientemente se lleva registro de las muertes de mujeres por violencia de pareja. El Servicio Nacional de la Mujer (Sernam) mantiene en su portal institucional la nómina de mujeres asesinadas desde 2008, año en que esa lista fue de 59 mujeres.[21] En 2009, hasta julio, habían muerto 29 mujeres en el marco de relaciones violentas. En 2006 hubo 43 femicidios.[22]

También el Ministerio Público ha comenzado a llevar sus propios registros de este tipo de homicidios, pues consignar el delito como parricidio, que incluye diversos tipos de muertes en relaciones de parentesco,[23] invisibiliza las de mujeres debidas a violencia conyugal o de pareja. En un seminario organizado por la Fiscalía Nacional en octubre de 2008, a tres años de vigencia de la nueva ley sobre violencia intrafamiliar, el Ministerio Público –aun siguiendo el concepto de "femicidio íntimo" (violencia de pareja) acuñado por el Sernam– informó un número de mujeres asesinadas por sus parejas que era menor que el informado por el Sernam y la Subsecretaría del Interior (50 frente a 62).[24] Se trate de 50 o de 62 mujeres, se está frente a un problema grave, cuya verdadera magnitud será imposible de conocer en detalle en tanto haya instituciones con incidencia directa en la materia que entreguen información desigual.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y VIOLENCIA DE GÉNERO

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido una serie de estándares para el cumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados sobre prevención de la violencia y sanción a las violaciones de los derechos humanos. Las obligaciones genéricas del derecho internacional son respetar, promover y asegurar los derechos de las personas, y pueden ser de distinta índole –legislativa, judicial o administrativa–, las que se traducen en distintas tareas para el Estado.

La protección jurídica de los derechos humanos se estructura bajo un principio central: la no discriminación e igualdad. Este principio, que permea todo el sistema internacional de protección, se encuentra en los

21 *Femicidios 2008*, www.sernam.cl.
22 Felipe Harboe, subsecretario del Interior, "Políticas de seguridad pública para la prevención del femicidio y las posibles consecuencias de la nueva legislación", en *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto,* Santiago, Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, 2009, p. 60.
23 El delito de parricidio consiste en dar muerte a padre, madre o hijo, a cualquier otro ascendiente o descendiente, o a cónyuge o conviviente (art. 390 del Código Penal).
24 Iván Fuenzalida, ex encargado nacional de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar, "Estadísticas de homicidio en el contexto de VIF 2007", Santiago, octubre de 2008. Felipe Harboe, "Políticas de seguridad pública para la prevención del femicidio y las posibles consecuencias de la nueva legislación", p. 62.

tratados que obligan a Chile en la materia, entre otros aquellos del sistema de Naciones Unidas como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, su sigla en inglés) y la Declaración Universal de Derechos Humanos; así como los tratados del sistema interamericano como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). En este conjunto de tratados se reconoce a las mujeres el derecho de vivir libres de violencia y de un recurso judicial sencillo y eficaz, que cuente con las debidas garantías para cuando denuncian hechos de violencia.

En el primer informe de la relatora especial sobre violencia contra la mujer de Naciones Unidas se afirma que la mujer es víctima de ciertos tipos de abusos universales, como la violación y la violencia doméstica.[25] Otro de ellos reconoce la existencia de relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres, y el hecho de que tradicionalmente estos abusos, como ocurrían en el ámbito privado, quedaban ocultos en aras de la protección de la intimidad, y por lo mismo, muy excepcionalmente se los penalizaba. Rara vez la violencia contra las mujeres constituía un delito específico, sino que se le perseguía según las reglas generales de la legislación penal.[26] Hoy el derecho internacional reconoce que el espacio privado es una de las esferas de mayor desprotección para las mujeres; por eso la Cedaw incorpora una prohibición expresa de discriminación en ese ámbito.

La Cedaw, que data de 1979, califica la violencia contra la mujer en sus diversas expresiones como una forma de discriminación que debe ser sancionada y erradicada, pues vulnera los derechos fundamentales de las mujeres y el derecho internacional de los derechos humanos. El Comité de la Cedaw, órgano encargado de monitorear el cumplimiento de las obligaciones que los Estados suscriben al adherir al tratado, expresa, en su Recomendación General 19, que la violencia vulnera el derecho a la vida; el derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; la igualdad ante la ley; el derecho a la igualdad

25 Consejo Económico y Social, *Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994, párr. 50.

26 Consejo Económico y Social, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer,* E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003, párr. 26.

en la familia; el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, y el derecho a condiciones de empleo justas y favorables.[27]

En el nivel regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, definió la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, *basada en su género*, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".[28]

Tanto la Cedaw como la Convención de Belém do Pará entienden que la discriminación contra la mujer, incluida la violencia, tiene una fuerte raigambre cultural. Por ello, ambos instrumentos obligan a modificar los patrones culturales que se basen en la idea de superioridad de alguno de los sexos: los Estados deben promover la modificación de estos patrones culturales por medio de campañas comunicacionales y programas de educación, formales e informales, para contrarrestar prejuicios y prácticas basados en la premisa de la superioridad de un género sobre otro, o en papeles estereotipados para cada sexo que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer. Deben alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices que realcen el respeto a la dignidad de la mujer, y que contribuyan a erradicar la violencia de género en todas sus formas.[29]

La Convención de Belém do Pará obliga a los Estados Partes a adoptar medidas legislativas específicas que sancionen la violencia en contra de la mujer: normas penales, civiles, administrativas y de cualquier naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, lo que incluye modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, y cambiar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia de género.[30]

2.1 Tutela judicial efectiva y diligencia debida

En un Estado de Derecho las personas deben poder recurrir a órganos competentes para salvaguardar sus derechos, que son la primera línea en su defensa.[31] Pero, además, la protección o tutela judicial que deben

27 Cedaw, Recomendación General 19: La violencia contra la mujer, 11º período de sesiones, 29 de enero de 1992, párr. 7.
28 Art. 1º. El destacado es nuestro.
29 Art. 5, letra a.
30 Art. 7, letra b.
31 Así, las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.3, letra c) y la Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. XVIII) estipulan que toda persona tiene derecho a recurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos. La Convención Americana (art. 8) establece que 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, mientras que el artículo 25 señala que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, cuando creen que se han violado sus derechos.

brindar los Estados a quienes denuncian violaciones a sus derechos debe traducirse en recursos judiciales sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes.[32]

Así lo afirma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y respecto de las acciones de naturaleza cautelar agrega que "la ritualidad de las pruebas no debería ser la misma que se exige en los procesos ordinarios, pues se trata de que en un breve lapso de tiempo [sic] se adopten las medidas conducentes para la protección inmediata de los derechos amenazados".[33] Esta idea se ha traducido en el concepto de diligencia debida (*due diligence*), que la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos ha desarrollado para el abordaje de los casos de violencia doméstica, ya que los perpetradores son individuos, no agentes estatales. En otras palabras, la obligación tradicionalmente reconocida es considerar a los Estados como responsables por los actos realizados por sus agentes o funcionarios; sin embargo, el Estado también incurre en responsabilidad internacional si, estando en conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato de una persona o grupo, y teniendo posibilidades razonables de adoptar medidas, no lo hace.[34]

Sobre este deber se pronuncia la Convención de Belém do Pará al obligar a los Estados a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.[35] Es decir, no basta con dictar normas que sancionen la violencia, sino que se exige que el Estado investigue y castigue estas conductas, en una investigación judicial encaminada a producir resultados y no que esté condenada de antemano a ser infructuosa.[36] De este deber general de diligencia debida se desprende que un elemento central para la protección y defensa de los derechos humanos es un sistema judicial de fácil acceso y pronta respuesta a las víctimas. Para los casos de violencia doméstica, es importante que los agentes que aplican la ley estén sensibilizados hacia el tema, pues para las víctimas no es fácil exponer hechos que a veces se asumen como naturales, además de que existen relaciones afectivas entre víctima y victimario, y la mayor parte de las veces también una dependencia económica y emocional. La Convención de Belém do Pará exige al aparato judicial que conmine al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer, de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su pro-

32 CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, Washington DC, Secretaría General de la OEA, párr. 5.
33 Id., párr. 57.
34 Corte IDH, caso *Masacre de Pueblo Bello*, sentencia del 31 de enero de 2006, serie C 140, párr. 123.
35 Artículo 7, letra b.
36 Corte IDH, caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C 5, párr. 188; caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C 4, párr. 177; caso *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C 63, párr. 226.

piedad, y que establezca procedimientos justos, oportunos y eficaces para la mujer víctima de violencia, incluidas medidas de protección.

A esto se suma que el acceso a la tutela judicial no debe enfrentar discriminación de ningún tipo, según lo establecen todos los tratados internacionales en que se prescribe la igualdad ante la ley.

Por último, Naciones Unidas ha manifestado que las víctimas tienen derecho a obtener una reparación "adecuada, efectiva y rápida ante los actos perpetrados, proporcional al daño sufrido"; ésta debe ser "integral y debe incluir las garantías de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición".[37] La Convención de Belém do Pará reitera esta obligación de los Estados de establecer los mecanismos judiciales y administrativos que le aseguren a la víctima el resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

La erradicación de la violencia contra la mujer es imposible sin mecanismos judiciales efectivos y sin investigación de los casos; es el único modo de que no se perpetúe la impunidad.

2.2 Obligaciones de educación, capacitación y recopilación de datos

La Convención de Belém do Pará obliga asimismo a los Estados a fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cargo de la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia de género; a suministrar los servicios especializados apropiados para la atención de la mujer objeto de violencia, en entidades públicas y privadas, incluidos refugios, servicios de orientación para toda la familia y cuidado y custodia de los menores afectados; también a ofrecer a la víctima programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social.

Por último, el Estado debe garantizar la investigación y recopilación de información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenirla, sancionarla y eliminarla; ello permite formular y aplicar los cambios que sean necesarios.[38]

Tales son los estándares que deben guiar a Chile, como suscriptor de estos instrumentos internacionales, en materia de combate a la violencia contra la mujer.

37 Naciones Unidas, *Principios de base y pautas en el derecho a un remedio y la reparación para las víctimas de violaciones gruesas de la ley internacional de los derechos humanos y de violaciones seria de la ley humanitaria internacional*, G.A. Res. 60/147, UN. Doc. A/RES/60/147, 2005.
38 Convención de Belem, do Pará art. 8, letra h.

3. RESPUESTAS A LA VIOLENCIA DE GÉNERO: DE LA LEY 19.325 A LA 20.066

Chile ha recorrido un largo camino en el reconocimiento y la sanción de la violencia contra las mujeres. En el pasado, las normas penales y otros mecanismos no se utilizaban para sancionar a los perpetradores, por una visión del problema como una cuestión privada en la que el Estado no debía inmiscuirse. Las mujeres percibían que la policía se burlaba de ellas y que había un procedimiento judicial engorroso que finalmente protegía más a los hombres, todo lo cual redundaba en ciclos de violencia que permanecían en la invisibilidad.[39]

Se hacía necesario dictar una ley especial que, para empezar, pusiera en evidencia esta realidad. Así se llega a la Ley 19.325, de 1994, que tuvo como origen la moción de la diputada feminista Adriana Muñoz y del diputado socialista Sergio Aguiló, quienes se hicieron eco de la movilización ciudadana, especialmente del movimiento feminista y de las mujeres en general, que recorrieron el país para exigir una ley que sancionara la violencia doméstica y sexual. Los diputados consideraron los estudios existentes: uno de ellos resaltaba que la investigación de sentencias y expedientes judiciales de 1987 y 1988 en casos de violencia doméstica se sobreseían –cerraban temporalmente la causa por falta de pruebas–, y que la agresión de los hombres a sus parejas se explicaba por el incumplimiento de los roles socialmente asignados a hombres y mujeres.[40] Muñoz y Aguiló fundamentaron la iniciativa en la preocupación existente en Naciones Unidas y en la conclusión de los expertos convocados al efecto: había que comenzar a tratar la violencia doméstica como un delito, y adoptar las recomendaciones sobre medidas específicas del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Con la aprobación de esta ley se dio cumplimiento a la obligación del Estado de *legislar* sobre la materia. Como veremos, más tarde se hizo necesario dictar una nueva legislación. En lo que sigue analizaremos estos cuerpos legales a la luz de los estándares internacionales pertinentes.

3.1 Ley 19.325 de 1994

Esta primera ley constituyó un hito importante en la lucha contra la violencia de género, legitimando demandas históricas del movimiento de mujeres en Chile.[41] La promulgación de la ley sobre violencia intra-

39 Ver Cecilia Moltedo, Clotilde Silva, Cristina Orellana, Antonia Tarifeño y Clara Poblete, *Estudio sobre violencia doméstica en mujeres pobladoras chilenas*, mimeo, Santiago, 1989, y Luisa Cabal, Julieta Lemaitre y Mónica Roa, eds., *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 137-151.
40 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Ley 19.325 Violencia Doméstica*, Santiago, 1997, p. 1.
41 Valentina Martínez, Erika Vargas, Macarena Vargas, Mirtha Ulloa y Cristián Walker, *Estudio doctrinario sobre la Ley de Violencia Intrafamiliar*, mimeo, Santiago, 1996, p. 4.

familiar puso sobre el tapete el fenómeno y situó en el lenguaje común de los chilenos el propio término "violencia intrafamiliar", creando conciencia sobre su ilegitimidad e ilegalidad.[42]

La Ley 19.325 instauró un procedimiento judicial breve, complementándolo con intervenciones en los ámbitos terapéutico y social.[43] Además, protegió a las mujeres en relaciones de hecho bajo el concepto legal de familia, y a menores de edad o discapacitados que, sin ser parientes, vivieran bajo el mismo techo y se encontrasen al cuidado o en dependencia de los integrantes del grupo familiar.

Con esta ley se introduce el concepto de "medidas cautelares", tendientes a dar seguridad a la afectada y al grupo familiar en casos de violencia.

La competencia para conocer estas denuncias se adjudicó a los jueces en juzgados de letras o civiles. En la práctica, los que llevaron estos casos fueron funcionarios subalternos, lo que constituye una falta al debido proceso pues las personas estaban privadas de un juez que resolviera los conflictos.

3.1.1 Problemas de la Ley 19.325

Una de las primeras limitaciones de esta ley era que no visibilizaba de modo suficiente la violencia en contra de *las mujeres*, pues se trataba en el marco de la violencia *intrafamiliar*.[44] Quedaron fuera de protección de la ley las personas adultas que son agredidas por otros adultos, tales como padre contra hija, abuelo contra nietos o nietas, o hermano contra hermano.[45]

En materia de medidas cautelares, su aplicación no resultó eficiente, porque ordenar la salida del hogar común de un agresor cuando no había una ley de divorcio derivaba en situaciones complejas.

La ley establecía un proceso de conciliación por el cual el tribunal debía acercar a las partes en pro de la unificación familiar. Este objetivo fue mal evaluado, ya que se mostró que la mayoría de los casos (65%) terminaba en un avenimiento instado por el tribunal, lo que a juicio de especialistas implicaba la ausencia de sanciones a los perpetradores y perpetuaba los estereotipos de género o justificaba la violencia, tal como quedó registrado en los estudios de la época.[46] Las palabras de un juez son elocuentes en este sentido: "Me han tocado casos en que yo

42 Instituto de la Mujer, *Estudio de seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar*, informe final, Santiago, 1995, p. 76.
43 Martínez, Vargas y otros, p. 4.
44 Entrevista al equipo de la Casa de Acogida Rebeca Ergas y a Soledad Rojas y Patricia Olea.
45 Instituto de la Mujer, *Estudio de seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar*, p. 30.
46 Estudios desarrollados principalmente por el Instituto de la Mujer: *Estudio de seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar,* informe final, Santiago, agosto de 1995; Luz Rioseco, *Evaluación de la Ley de Violencia Intrafamiliar 19.325 y una propuesta para su modificación*, Fundación Instituto de la Mujer, Santiago, 1997; Lidia Casas, Claudia Dides y Alvaro Magaña, *Estudio sobre la sistematización de información sobre el control de medidas y sanciones impuestas en virtud del art. 5 de la Ley 19.325*, informe final para el Sernam, Santiago, 2001.

encuentro toda la razón para que el hombre al calor de la discusión (...) le dé su par de coscachos a la mujer porque descuida sus hijos, porque desatiende su hogar, no le dedica tiempo suficiente a su marido".[47]

En cuanto a las sanciones que establecía la ley –prisión, multa, programa educativo o terapia–, se privilegiaban las terapias, casi no había imposición de multas y casi ninguna pena de prisión ni derivación a programas educativos. Tampoco había seguimiento de estas derivaciones a programas terapéuticos para el denunciado, o de los casos en que debía realizar trabajo comunitario, lo que volvía ineficaz el aparato de prevención.[48]

Esta ineficacia de la ley se explica en buena parte por la escasa sensibilización de jueces y funcionarios judiciales, que no entendían cabalmente el fenómeno de la violencia ni tenían criterios comunes para resolver los casos. Se cifró la esperanza en la creación de los tribunales de familia, entonces en ciernes; sus jueces, especialmente capacitados para lidiar con la materia, permitirían resolver más adecuadamente estos conflictos.[49]

En 1999, las diputadas del PPD Adriana Muñoz y María Antonieta Saa presentaron una modificación completa de la ley, basada en sus evidentes limitaciones.[50] Dos años después, el Sernam presentó una indicación sustitutiva con el objetivo de superar las dificultades observadas en el cumplimiento de la ley y dotar al país de una regulación eficaz y operativa, que diera respuestas integrales y oportunas al problema de la violencia en la familia. Ambas propuestas legislativas fundamentaron los cambios en las obligaciones internacionales de Chile, entendiendo la violencia como una forma de discriminación contra las mujeres. Dice la indicación del Ejecutivo:

> Es preciso comprender, asimilar y apropiarse de la necesidad de protección de los derechos de las personas no sólo en el ámbito de lo público, sino también en el de las relaciones privadas, admitiendo la existencia de su transgresión en la intimidad de la vida familiar (...) En este contexto, la comunidad internacional, las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, han generado un marco jurídico de compromisos para los Estados. Dichos compromisos, poco a poco, los han llevado a un grado de permeabilidad frente a la necesidad de asumir la violencia intrafamiliar como problema público y no privado. Ello se ha expresado en la ratificación de tratados internacionales y regionales sobre la materia e iniciativas legales de orden interno.[51]

47 Instituto de la Mujer, *Estudio de seguimiento de la Ley de Violencia Intrafamiliar*, p. 41.
48 Luz Rioseco, *Evaluación de la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 19.325 y una propuesta de modificación*, p. 21.
49 Id.
50 Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.066*, Boletín 2318-18, p. 5, www.bcn.cl/histley.
51 Id., p. 20.

Se esperaba que la dictación del nuevo cuerpo legal y el funcionamiento de los tribunales de familia, que contarían con consejeros técnicos, entregaran una respuesta más adecuada a los casos de violencia. Así, se confió en que la norma arreglaría el problema, y no se tuvo en consideración elementos clave para un mejor abordaje del asunto, como la sensibilización y capacitación de los agentes que debían hacer cumplir la ley.

3.2 Ley 20.066 de 2005

La Ley 20.066 entró en vigencia en octubre de 2005, casi a la par con el estreno de los tribunales de familia (Ley 19.968 de 2004). La nueva legislación señala que "su objeto es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas", en similares términos a lo establecido en la Convención de Belém do Pará.[52] Las personas protegidas son cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente, padre o madre de hijo común, aunque no haya existido convivencia. Se incluye por igual a los parientes del ofensor, de su cónyuge o actual conviviente, en la línea recta desde abuelos a nietos y parientes colaterales hasta la relación tíos/tías/sobrinos/sobrinas, y además, cualquier otra persona que sea menor de edad o discapacitada y se encuentre bajo la dependencia de cualquier integrante de la familia.

3.2.1 Faltas civiles y delitos

La ley reconoce que los actos de violencia tienen diversa intensidad y gravedad, y por lo mismo, las víctimas tienen dos entradas al sistema judicial: una civil, a cargo de los tribunales de familia, y una penal, a cargo del Ministerio Público.

El Código Penal gradúa las lesiones.[53] En el caso de lesiones producidas por violencia intrafamiliar, cuando son "leves" la ley las entiende como "menos graves", lo que aumenta las penas y dirige el caso a la competencia del Ministerio Público.[54] Lo relevante es que la Ley 20.066 visibiliza las lesiones y amenazas que se producen con ocasión de una relación de violencia, y por ello tienen un tratamiento diferente.[55]

52 Publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998.
53 Código Penal, arts. 395-399. Se entiende por lesiones graves gravísimas el que "a resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme". Las lesiones simplemente graves son aquellas que causan enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días. Las lesiones no comprendidas en la graduación anterior se reputan como lesiones menos graves.
54 El art. 494 N° 5 del Código Penal establece, cuando se refiere a las faltas: "El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendida la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso, el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el art. 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar".
55 Entrevista a Andrea Chelmes, coordinadora del Centro de la Mujer de Antofagasta, 2 julio de 2009.Casas y Mera, La violencia de género...

3.2.2 Formas de término de los casos de violencia intrafamiliar

La ley prevé que un caso pueda terminar por vías distintas de la dictación de la sentencia. Las salidas alternativas son la suspensión de la dictación de la sentencia en sede familiar y la suspensión del procedimiento en sede penal.[56] Ello implica que los jueces no condenan al denunciado, pero lo someten a ciertas condiciones por un plazo no menor de seis meses ni superior a un año. Por ejemplo, la prohibición de acercarse al domicilio, lugar de trabajo o estudio de la víctima, un tratamiento para el control de los impulsos y en general la condición de no repetir la conducta.

En materia de familia, la suspensión se refiere a la dictación de sentencia, pues el denunciado reconoce los hechos que constituyen la denuncia, no así en la suspensión del procedimiento en sede penal. En este caso no hay reconocimiento de los hechos, pero para evitar que continúe el procedimiento penal el denunciado se somete a ciertas condiciones que de común acuerdo fijan el fiscal y el defensor, y que son decretadas por el tribunal. En general son las mismas que se decretan en la sede de familia. En caso de incumplimiento, esta suspensión se puede revocar y se reinicia la persecución penal.

En la Ley 20.066 no se permiten los acuerdos reparatorios. Previsto en el Código Procesal Penal, el acuerdo reparatorio es una forma de justicia restaurativa, es decir, de reparación a la víctima del delito mediante un arreglo entre víctima e imputado que permite terminar una causa si la víctima se muestra satisfecha en sus pretensiones. Los resultados de acuerdos reparatorios previos a esta ley fueron similares a los avenimientos, esto es, perpetuaban los estereotipos de género o terminaban justificando la violencia,[57] por eso quedaron excluidos de la nueva ley.

Uno de estos casos fue el de una mujer a quien su pareja le fracturó los dedos. El acuerdo consistió en que el imputado pidiera disculpas públicas y prometiera no repetir la conducta. Dos días después del acuerdo alcanzado en el tribunal de garantía, el hombre cometía otro hecho de violencia por el cual ella y sus hijos fueron "retenidos". La mujer, que recibía atención en un Centro de la Mujer Crecer Juntos de Antofagasta, dijo que no deseaba volver a la Fiscalía porque consideraba poco efectivas las medidas que se propiciaban.[58] En otros casos, se establecía como acuerdo que ambas partes se pidieran públicamente disculpas, o que "salieran a comer", legitimando lo que los especialistas llaman la "luna de miel" en el ciclo de violencia: aquel período en que el agresor muestra arrepentimiento y da señales de recomposición para evitar el quiebre con la pareja, con promesas de cambiar de conducta, regalos a la mujer o a los hijos, etc.

56 Art. 96 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, y Código Procesal Penal, art. 237, respectivamente.
57 Casas y Mera, p. 200.
58 Id.

3.2.3 Creación del delito de maltrato habitual

La ley crea el delito de maltrato habitual, que consiste en el ejercicio habitual de violencia física o síquica contra algunas de las personas protegidas por la ley (art. 14). Para apreciar la habitualidad, dispone que se atenderá al número de actos ejecutados y a su proximidad temporal, sin importar que la violencia se ejerza sobre la misma víctima u otras personas. Si un juez de familia sabe de una denuncia que parece constituir maltrato habitual, es decir, cuando reconoce que existe un patrón de comportamiento, debe remitir los antecedentes al Ministerio Público para que éste realice la investigación, que por lo tanto será de índole criminal y no civil.

3.2.4 "El caso no es mío": criterios dispares en la aplicación de la Ley 20.066

Existen discrepancias entre los actores del sistema judicial –jueces de familia y penales, fiscales, defensores– sobre quiénes deben investigar y sancionar los hechos de violencia doméstica.[59] Según Gloria Negroni, jueza de familia, la potestad de estos tribunales es solo de carácter cautelar, parecida al trabajo que realiza una posta de urgencia, pues si todos los hechos denunciados son delitos, incluyendo la violencia sicológica, entonces deben ser investigados en sede penal.[60] Pero hay fiscales y académicos especializados que creen que cierto tipo de casos pueden ser resueltos adecuadamente en los tribunales de familia, que tendrían más herramientas para responder integralmente al conflicto: personal especializado que puede hacer entrevistas y evacuar una opinión *in situ*, como los consejeros técnicos, además de facultades para resolver los problemas relacionados con el quiebre familiar cuando el hombre debe abandonar el hogar común, tales como decretar las pensiones de alimentos o las visitas a los hijos en común.[61]

La expresión más aguda de este conflicto han sido aquellos casos que se derivan de sede familiar a penal como delitos de maltrato habitual, pero que los fiscales devuelven a los tribunales de familia por falta de calificación de los hechos; el resultado es que muchos de ellos terminan archivados.[62] Un fiscal especializado en violencia intrafamiliar dice que estos casos –por ejemplo, los derivados del Centro de Medidas Cautelares en Santiago– llegan sin ningún relato, sin audiencia preliminar, sin mayores antecedentes, y que así resulta difícil trabajar. No ocurre lo mismo cuando ha habido una audiencia de preparación de juicio, que les provee de material de provecho.

59 Lidia Casas, María José Armisén, Claudia Dides y otros, *La defensa en los casos de violencia intrafamiliar*, Defensoría Penal Pública Nº 5, Santiago, octubre de 2007, www.defensoriapenal.cl.
60 Entrevista personal, 7 de julio de 2009.
61 Entrevista a fiscal especializado en violencia intrafamiliar de la Región Metropolitana, que pidió reserva de su identidad, 24 de julio de 2009. Esta es una opinión generalizada que surge de diversas intervenciones en seminarios públicos sobre la materia.
62 Casas, Armisén, Dides y otros, pp. 26-29.

Las diferencias se manifiestan en contiendas de competencia entre los jueces de familia y los fiscales, que recurren al Tribunal Constitucional u otras instancias judiciales para dirimir la pregunta ¿de quién es el caso?[63]

Los registros muestran los flujos de casos entre instituciones. En 2007, el *Boletín estadístico* del Ministerio Público indicó que 812 casos fueron terminados por incompetencia y devueltos a los tribunales de familia,[64] lo que representa el 1% de todas las formas de término. La proporción es similar en todas las fiscalías. En la Fiscalía Metropolitana Oriente esta forma de término correspondía a un 6% de todos sus casos, es decir, 132 denuncias por violencia doméstica. Igual número de denuncias envió la Fiscalía Centro Norte a los tribunales de familia (2%). En 2008, los casos terminados por incompetencia fueron 1.239, un 1,2% de todas las formas de término. La Fiscalía Metropolitana Oriente redujo el porcentaje de casos terminados por esa vía (335, un 3,8%). Las Regiones XIV y XV elevaron los niveles de términos por incompetencia.

En cuanto a los tribunales de familia, sus derivaciones de casos al Ministerio Público son desiguales, lo que manifiesta la variedad de criterios. En 2006, las cifras oscilaron entre un 2,9% de todos los casos de violencia terminados en Punta Arenas y un 36,4% en Antofagasta. Le siguieron en las proporciones más altas los tribunales de familia de la Corte de Apelaciones de Chillán, con un 35,7%.[65] En los tribunales de familia de la Corte de Apelaciones de Santiago, las incompetencias fueron 1.498 casos, y en los de San Miguel, 1.368 (18,5 y 21,3%, respectivamente). En 2007 las cifras aumentaron. En Santiago, 2.649 denuncias fueron remitidas al Ministerio Público, pero la proporción se mantuvo en un 18,5%, mientras que en San Miguel sus 957 casos representaron un 7,7% de todas las denuncias terminadas ese año.

Así, los casos "devueltos" por las Fiscalías Metropolitanas Centro Norte y Oriente conforman casi un 10% de los remitidos por los tribunales de familia de Santiago. Estos números representan las denuncias de personas, principalmente mujeres, que experimentan violencia y que esperan que sus conflictos sean resueltos.

Estas discrepancias llegaron al Tribunal Constitucional en 2008,[66] y el tribunal, en una seguidilla de fallos, les dio la razón a los jueces de familia. El fiscal entrevistado admite que la práctica de devolver casos estaría superada, al menos en algunas fiscalías, y la jueza Gloria Negro-

63 Id.
64 Ministerio Público, *Boletín estadístico 2007*, Tabla 49, p. 297.
65 Datos elaborados a partir de la información entregada por la Corporación Administrativa del Poder Judicial.
66 Rol 1320-08, Juzgado de Familia de Pudahuel con Ministerio Público, 17 de marzo de 2009; Rol 1272-2008, Juzgado de Familia de Punta Arenas con Ministerio Público, 27 de noviembre de 2008; Rol 1248-08, Juez Suplente de Peñaflor con Ministerio Público, 4 de noviembre de 2008, y Rol 1142-08, Juzgado de Familia de Pudahuel con Ministerio Público, 29 de julio de 2008.

ni comenta que la postura del TC es de toda lógica: "... no había que ir al Tribunal Constitucional para decirlo. Pero, bueno, los fiscales necesitaban que se les dijera eso que estaba en el artículo 80 A de la Constitución" (se trata de una remisión actual, art. 83 de la Constitución).

Una muestra de ese conflicto de competencias, y el consiguiente retardo de la respuesta del Estado, es el caso de la señora P.M.N., que denunció a su cónyuge por violencia intrafamiliar en el Tribunal de Familia de Pudahuel el 29 de octubre de 2008. El tribunal dispuso que los hechos eran constitutivos del delito de maltrato habitual y remitió los antecedentes a la Fiscalía Centro Norte. El 12 de diciembre, el fiscal adjunto en audiencia solicitó al Tribunal de Garantía que aprobara el rechazo del caso usando la facultad de "no iniciar la investigación" del artículo 168 del Código Procesal Penal, "por no reunir los requisitos jurídicos para que constituyan un asunto de materia penal y que, en consecuencia, sean de competencia tanto de la Fiscalía como del Tribunal de Garantía". El juez del 5º Juzgado de Garantía de Santiago ordena en la misma resolución devolver los antecedentes al Tribunal de Familia de Pudahuel, y si se llegaba a rechazar la competencia, que se remitiera el caso a la Corte de Apelaciones respectiva. El Tribunal de Familia de Pudahuel rechazó la competencia el 30 de diciembre y presentó la contienda al Tribunal Constitucional, que decidió, el 17 de marzo de 2009, que el caso debía ser investigado por el Ministerio Público.[67] Así, pasaron cuatro meses y medio después de la denuncia para que recién comenzara la protección a esta mujer.

En estos casos no hubo una respuesta oportuna ni un procedimiento expedito, lo que contraviene todos los estándares internacionales en la materia.

El conflicto entre jueces y fiscales ha estado presente desde la vigencia de la ley en octubre de 2005 y en distintas regiones del país. Un actor del sistema declaraba en 2007:

> Yo diría que los Tribunales de Familia tienen en la región [del Biobío] un comportamiento heterogéneo, y yo creo que aunque la ley sea una, los jueces son varios y los criterios diversos. Por ejemplo, nos encontramos que por lo menos hasta el año pasado los tribunales de Concepción prácticamente no derivaban casos de violencia habitual a la fiscalía, que es lo que en "lo legal" corresponde si detectan maltrato habitual, tienen que declararse incompetentes y derivar a la fiscalía local respectiva; acá no lo hacían porque veían que según la fiscalía [no] las iba a pescar a estas señoras con el maltrato, por eso el tribunal se hacía cargo del caso.[68]

67 Tribunal Constitucional, Rol 1320-08, Juzgado de Familia de Pudahuel con Ministerio Público, 17 de marzo de 2009.

68 En Corporación Domos y Centro Clínico Corporación La Morada, *Análisis y evaluación de la ruta crítica en mujeres afectadas por violencia en la relación de pareja (2007)*, Documento de

El mismo entrevistado añadía que en otras ciudades de la región los juzgados de familia remitían "todo" al Ministerio Público, confirmando cómo, dependiendo del tribunal que le tocara, una mujer vería amagado o no su derecho a una tutela judicial efectiva y con ello su integridad física, síquica, y aun su vida. María Francisca Zapata, jueza de garantía de Santiago, relata por su parte:

> Un día me llama un fiscal para decirme que está vuelto loco con la cantidad de causas que le entran por maltrato habitual desde los juzgados de familia. "No sabemos qué hacer con esto", me dice; entonces le digo: "Tramítelas". Me responde: "Es que no son delitos" (...) le dije entonces que pusiera que no son delitos y nosotros veríamos los casos y los aprobaríamos (...) Resulta que él tenía otra idea. Me dijo: "Yo creo que el tribunal [de garantía] podría declararse incompetente y los podríamos devolver por eso" (...). Lo que yo no voy a hacer es pelotear a la señora para allá, para que la jueza de familia me mande a la Corte y ésta decida quién es competente.[69]

Esta jueza, empatizando con la sobrecarga de trabajo de los fiscales, propuso como alternativa citar a audiencia a las víctimas y los imputados en una sala especial y tramitar los casos, le parecieran o no delitos al fiscal, pues para ella en esto el derecho penal es "simbólico". La iniciativa no prosperó por falta de diálogo entre las instituciones, lo que demuestra la ausencia de una política pública que integre a todos los sectores. Investigar y dar respuesta a la violencia implica trabajar con redes y distintos actores judiciales y extrajudiciales; si todos buscan reducir su propia carga de trabajo, nadie parece hacerse responsable hasta que un superior jerárquico así lo señale.

La política de "este caso no es mío" deja a las víctimas en tierra de nadie mientras se resuelve qué agente del sistema judicial se ocupará de su situación.[70] En 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos mostró preocupación por estos conflictos interinstitucionales, que en la práctica podrían considerarse como negación de justicia para las mujeres, pues las dejan en una situación de indefensión.[71]

En 2007 los diputados Jorge Burgos (DC), el fallecido Juan Bustos (PS), Guillermo Ceroni (PPD), Roberto León (DC) y Adriana Muñoz (PPD) presentaron un proyecto de ley que modifica la norma sobre maltrato habitual con el fin de que el Ministerio Público investigue y

Trabajo 107, Santiago, Sernam, 2009, p. 198, www.sernam.cl.

69 Entrevista personal, 10 de julio de 2009.

70 Casas, Armisén, Dides y otros.

71 CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 63, 27 de marzo de 2009, párr. 76.

califique los hechos sin necesidad de la intervención de los tribunales de familia.[72] Una modificación legal reducirá la sensación de algunas víctimas de verse "pimponeadas" de un lugar a otro, pero no responde a la necesidad de que el aparato del Estado realice un trabajo conjunto; la experiencia ha demostrado que los casos de violencia contra la mujer también requieren de la intervención de la judicatura de familia, y de ahí la urgencia de avanzar en forma integral y no fragmentada.

3.2.5 Evaluación de riesgos

Otra de las características innovadoras de la nueva legislación sobre violencia intrafamiliar es que obliga a todos los operadores del sistema judicial, sean jueces o fiscales, a efectuar una evaluación de riesgo (art. 7). Su objeto es medir y reducir la probabilidad de agresiones a la víctima y a otras personas, de tal manera que los jueces puedan dictar las medidas cautelares incluso antes de una audiencia de juicio en sede familiar,[73] o que los fiscales las soliciten en sede penal. Estas medidas cautelares incluyen, entre otras, la prohibición de acercamiento a la víctima, el abandono del hogar común y la retención del porte de armas, todo ello por 180 días renovables. Las audiencias deben darse en un plazo de diez días, lo que en la práctica no ocurre en todas las ciudades por la sobredemanda del sistema de justicia de familia.

Según Atilio Macchiavello, psicólogo del Proyecto No + Violencia, los profesionales del área asumen que la evaluación de riesgo

> debe ser una prioridad en la intervención jurídica y psicosocial porque está en juego la vida de las mujeres (...) Esta evaluación involucra una entrevista [a la víctima] para reconstruir la historia abusiva, las distintas escenas o episodios de violencia, sobre todo de violencia física o de amenaza física o verbal (...) que no realiza ni Carabineros ni la justicia por diversos motivos: tiempo, preparación, entendimiento, espacios y contextos adecuados para eso.[74]

Cuando los agentes del sistema judicial evalúan el riesgo, pareciera que suelen quedarse con el último episodio violento, es decir, si hubo golpes de pies y puños y nada más; en general no indagarán en episodios pasados que puedan mostrar un patrón de conducta o si la violencia ha ido en aumento.

La evaluación de riesgo no solo debe realizarse si hay formalización del imputado, sino también al terminar el caso con una salida alternati-

72 Cámara de Diputados, Boletín 5200-07, 17 de julio de 2007. Desde 2008 este proyecto de ley se encontraba en el segundo trámite en el Senado.
73 Artículo 90 inc. 1º de la Ley de Tribunales de Familia 19.968 y el artículo 14 de la Ley 20.066.
74 Entrevista personal, 16 de junio de 2009.

va. Cuando no se han evaluado los riesgos de que se repita la conducta y se termina una causa por suspensión condicional (ver punto 3.2.2), no es posible intervenir y menos aun revocar la suspensión cuando profesionales del área advierten sobre la peligrosidad del sujeto.[75]

El problema es que evaluar los riesgos en este tipo de situaciones no es una cuestión mecánica. Se requiere conocimiento, sensibilidad y experiencia para anticiparse a posibles escenarios, así como capacidad para ofrecer soluciones satisfactorias, incluso temporales, considerando que se está frente a relaciones afectivas entre personas. La falta de entrenamiento para esta tarea puede tener consecuencias fatales. Lo ilustró en 2008 el caso del degollamiento de María Luisa Carrasco Aguilar, asesinada por su pareja, José Catripán, el mismo fin de semana que lo habían atendido por primera vez para hacer con él "terapia sicológica y familiar" como condición de la salida alternativa impuesta.[76] La evaluación de riesgo obviamente falló en este caso, con consecuencias trágicas e irreversibles.

3.2.6 Medidas cautelares en la Ley 20.066

Las medidas cautelares son aquellas providencias que solicita el fiscal y que decreta el tribunal, como la salida del hogar común, la prohibición de acercarse a la víctima y la prohibición de portar armas. Algunas de ellas pueden otorgarse sin restringir los derechos del imputado, como ocurre con la reubicación de la víctima, las rondas de policía o la entrega de un teléfono para contacto prioritario. Entre las más comunes están ordenar la salida del ofensor del hogar común, la prohibición de acercamiento al hogar o el trabajo de la víctima, y en menor medida la prohibición de porte de armas, ronda de carabineros y llamadas periódicas. Estas últimas las puede adoptar el Ministerio Público como medidas de protección sin que medie intervención judicial, pues no se afectan los derechos de los imputados.

Las medidas cautelares constituyen uno de los pilares de la legislación sobre prevención de la violencia en contra de las mujeres, toda vez que no basta con investigar o sancionar, sino que además han de adoptarse disposiciones para proteger a los afectados, independientemente de cómo terminen los casos. Éste es uno de los pocos aspectos de la nueva legislación que los actores del sistema evalúan positivamente, y por ello constituye un avance respecto de la antigua normativa.[77]

La práctica de los agentes del Estado, especialmente sobre la oportunidad para decretarlas, ha cambiado con el tiempo. Los jueces de familia sostienen que su función es fundamentalmente cautelar: reciben

75 Id.
76 Sernam, *Femicidios 2008*. Disponible en www.sernam.cl.
77 Casas, Armisén, Dides y otros, p. 31. Ver también Soledad Larraín, Lorena Valdebenito y Luz Rioseco, *La situación de violencia contra las mujeres en Chile. Legislación y políticas públicas*, informe de consultoría nacional para PNUD, Santiago, 2008, pp. 7-10.

la denuncia, escuchan a la denunciante, decretan medidas cautelares y derivan al Ministerio Público. Se habla de un antes y un después en esta materia, que estuvo marcado por el caso de Katherine Casas-Cordero, de veintiséis años, quien fue degollada por su pareja en septiembre de 2007 ante sus dos hijos, cuando se le habían rechazado las solicitudes de medida cautelar a la espera de su audiencia de juicio de violencia intrafamiliar en los Tribunales de Familia de Santiago.[78] A partir de este hecho se organizó un Centro de Medidas Cautelares para que respondiera oportunamente. Comenta la jueza Gloria Negroni: "El Poder Judicial, al menos en su estructura, entiende que acá hay una necesidad en el sistema, y que jamás vuelva a ocurrir que una mujer no sea atendida".

En una entrevista de prensa de la época, la jueza Negroni explicó que "a Katherine Casas-Cordero se le dio fecha para tres meses, pese a que la ley estipula un plazo de diez días en casos de violencia intrafamiliar, porque estamos absolutamente colapsados; el sistema se diseñó mal y no se cuenta con todos los medios para prestar la ayuda que la gente necesita. Así de complejo".[79] En la misma nota, el padre de la mujer señaló que se trataba de un problema de criterio y no de recursos:

> Esto no pasa por que los tribunales tengan más o menos gente. Aunque tengan cien personas más, van a funcionar igual. Falta criterio para decir: Ah, este caso hay que trabajarlo de otra forma, porque es más urgente o más complicado. Para eso se necesita más inteligencia, no más recursos (...) Si la jueza no hizo su pega o el funcionario que atendió a mi hija no hizo su trabajo, ¿le va a tocar alguna sanción, va a pagar con cárcel, le van a rebajar el sueldo? Esta cuestión es de moral. Cada uno tiene que asumir su responsabilidad y hacer bien su trabajo.

La víctima no contó con una solución efectiva y oportuna que le asegurara la vida, conforme lo establece la Convención de Belém do Pará.

Hoy se ha incrementado la planta de jueces y funcionarios para los tribunales de familia, y distintas instituciones han desarrollado protocolos para evaluar los riesgos. En Santiago, el Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia –que recibe además las solicitudes de protección a niños y adolescentes y de autorizaciones para salidas del país– funciona de lunes a viernes, de 9 a 14 horas, y el sábado hasta mediodía, y recibe ingresos hasta quince minutos antes del cierre. En este lugar, las personas deben completar un formulario y entregarlo en una ventanilla. El formulario es procesado por un consejero técnico, quien

78 Poder Judicial, "Se condenó a cadena perpetua a Omar Ponce en forma unánime por los jueces del 5° Tribunal Oral de Santiago", 23 de enero de 2009, www.poderjudicial.cl.
79 *La Nación*, "Colapso de tribunales de familia agrava la lucha contra los femicidios", 27 de septiembre de 2007.

entrevista a la denunciante, y si considera que hay riesgo se comunica internamente con un juez para que se decrete la medida. El juez dicta la medida y remite un oficio a Carabineros por correo electrónico. Un funcionario de este centro señaló que se les recomienda a las denunciantes que lleven una copia del oficio hasta las dependencias de la policía; en todo caso, no se alcanza a atender a todas las personas que concurren. A quienes no fueron atendidas se les recomienda que se dirijan a Carabineros, pues de esa manera la demanda ingresará al sistema.

3.2.6.1 Problemas con el otorgamiento de medidas cautelares

En este punto surgen discrepancias entre los actores judiciales, que se critican unos a otros por la discrecionalidad en la aplicación de la ley. Ello demuestra, como ya hemos visto, la falta de criterios comunes en los casos de violencia doméstica, en especial de los factores que deben medirse para la evaluación del riesgo o la oportunidad en que debe realizarse.

Un fiscal especializado en violencia, por ejemplo, afirma que la forma en que se decretan todas las medidas en el Centro de Medidas Cautelares es mecánica, que en realidad no se evalúan los riesgos. Así, por ejemplo, ordenan la salida del hogar común cuando las partes ni siquiera viven bajo el mismo techo. Hay casos en que se dictan cautelares en favor de la mujer, y al día siguiente en favor del hombre, con lo cual los únicos que pueden ingresar a la casa son los niños, lo que demostraría que ni siquiera se cruzan los datos. El sistema pierde credibilidad cuando no hay una efectiva evaluación de los riesgos, pues no todos los casos son iguales. Sicólogos que trabajan con hombres que agreden y que "abusan" de las cautelares comparten esta opinión: "El tribunal de familia aplica medidas cautelares de forma indiscriminada, a veces cuando no es tan necesario, y cuando es más grave, como cuando el hombre la ha tratado de estrangular, sumergido bajo el agua, amenazado de muerte, entre otras cosas, eso no queda registrado. Si le das un espacio a la mujer para que cuente, sería distinto".[80]

María Francisca Zapata, jueza de garantía, piensa que también los fiscales solicitan de manera mecánica las medidas cautelares, pues no explicitan los diversos comportamientos que se prohíben. Si el hombre hostiga telefónicamente o por correo electrónico, no hay un acercamiento físico, y si el fiscal solo pidió la prohibición de acercarse a la víctima no habría un quebrantamiento de la condición. Hay un universo de posibilidades en la ley, pero los fiscales se ciñen a fórmulas aprendidas: "El mensaje debe quedar expresado de alguna manera, porque el imputado es un sujeto de derechos, entonces tiene que entender el mensaje, y si no lo entendió, cómo lo voy a castigar". La jueza de familia

80 Entrevista a Atilio Macchiavello.

Gloria Negroni también tiene sus reclamos respecto de los criterios de los fiscales en el otorgamiento de medidas cautelares:

> Hasta el día de hoy nos llegan causas donde los fiscales no han tomado medidas cautelares en el caso. No estoy hablando de violencia sicológica, sino de casos graves donde prácticamente ha habido homicidios. Y no se las han otorgado, teniendo todas las facultades para hacerlo, según mi criterio respecto a lo que dice la ley. Ellos discrepan... cada uno ocupa la Ley 20.066 como le acomoda: dicen que no compete usar la Ley de Tribunales de Familia para otorgar una medida cautelar, sino lo que dice la Ley 20.066, que es en definitiva que tienen que pedir al juzgado de garantía la concesión de la medida. Yo discrepo de eso, porque entonces tenemos aquí un tema de normativa que no está claro, que no permite hacer uso de las garantías que están establecidas a favor de la víctima, sobre todo entendiendo que nosotros no tenemos turno, como sí tienen los fiscales. Nosotros tenemos un turno telefónico, y nos hemos "agarrado" con los fiscales por teléfono... Y el carabinero al medio. Porque, claro, yo le digo: "¡¿Cómo el fiscal no le va a dar la medida cautelar?!", y te dicen que no. Y entonces les leo el artículo de la Ley de Violencia...

Las organizaciones que trabajan con mujeres agredidas creen que algunos jueces de familia no entienden el sentido de las medidas cautelares, o lo que es lo mismo, no entienden los riesgos que entraña la violencia. El equipo de la Casa de Acogida Rebeca Ergas del Hogar de Cristo, que da refugio a mujeres víctimas de violencia, narró una situación representativa de este problema: "... en el tribunal de familia le otorgan el derecho de visita al padre, y se lo otorgan para que venga a ver al niño a esta casa. Entonces le dices a la jueza que eso es imposible porque ésta es una casa de acogida. ¿Qué te dice ella? Que cuando venga el tipo de visita ella tiene que salir, para que se cumpla la medida cautelar. Esta jueza es del Tribunal 1° de Santiago. No hubo caso de que la jueza entendiera que la idea de la casa de acogida es que no se sepa dónde quedan, para que no lleguen los agresores". Las organizaciones advierten del peligro que supone que los denunciados se enteren del domicilio actual de las víctimas, y cuentan que ello ocurre pese a que se solicita expresamente que no se conozca la dirección de la casa de acogida.

Esta incomprensión por parte de los jueces se debe, según las expertas, al "abordaje descontextualizado" de los conflictos familiares: "Hay jueces que ven alimentos o ven visitas sin ninguna consideración al contexto de violencia (...) eso tú lo ves en familia". O bien, pudiendo resolver temas

conexos, como alimentos o visitas provisorias, se niegan a hacerlo.[81] Si la esperanza de la nueva ley era un tratamiento integral a estos problemas, su implementación muestra una preocupante fragmentación.

Desde el Ministerio Público también hay quejas por las decisiones de los jueces de garantía, que no comprenderían bien el problema de los riesgos. Un fiscal considera que la conducta de los jueces de garantía hace presumir que no creen en el imperio de sus propias resoluciones sobre prohibición de acercarse a la víctima o no repetir la conducta, cuando, habiendo incumplimiento reiterado de las condiciones impuestas, no están dispuestos a revocar la suspensión de sentencia o a aceptar que se ha producido el desacato; estos jueces postulan que debe producirse un nuevo episodio de violencia para que se verifique el quebrantamiento de la suspensión.

3.2.7 Cómo terminan los casos de violencia

Como se dijo, la Ley 20.066 establece que los casos pueden terminar en una sentencia o en salidas alternativas. Las cifras muestran que en sede penal se usa mayoritariamente la suspensión condicional del procedimiento cuando la causa termina en una solución judicial,[82] la que ha ido en aumento entre 2007 y 2008. Desde ese punto de vista, el sistema penal va mostrando avances, pues hay un mayor número de casos que terminan en juicio. Preocupa la proporción de casos archivados, segunda forma de término en 2008, pero primera en 2007, pues en estos casos no hay persecución penal, lo que deja en indefensión a las víctimas. Aunque los acuerdos reparatorios están prohibidos, aún se producen: en una proporción menor de casos, los afectados no son pareja sino hermanos u otros parientes, situación en la que el acuerdo puede ser útil, siempre que las personas no estén sometidas a una relación de dependencia económica o afectiva.

81 Entrevista al equipo profesional del Centro Clínico y de Investigación Fundación Templanza.
82 Casas, Armisén, Dides y otros, p. 39. Se denomina "solución judicial" a aquella forma de término de la investigación de un delito que implica la participación y aprobación por parte de un juez.

Tabla 4. **Formas de términos judiciales en casos de violencia intrafamiliar 2007 y 2008 por el Ministerio Público**

Tipo de término	2007 N	2007 %	2008 N	2008 %
Sentencia condenatoria	6.877	7,3	10.329	9,0
Sentencia absolutoria	174	0,1	346	0,3
Sobreseimiento definitivo	1.119	1,2	2.176	1,8
Sobreseimiento temporal	1.078	1,1	1.534	1,3
Suspensión condicional del procedimiento	24.661	26,4	36.617	31,9
Acuerdo reparatorio	348	0,4	271	0,2
Facultad para no investigar	2.958	3,1	3.611	3,1
Subtotal términos judiciales	**37.215**	**39,9**	**54.884**	**47,8**
Archivo provisional	31.560	33,9	32.689	28,5
Decisión de no perseverar	2.990	3,2	5.994	5,2
Principio de oportunidad	13.922	14,9	13.604	11,1
Incompetencia	1.899	2,0	1.259	1,0
Subtotal términos no judiciales	**50.371**	**57,5**	**53.546**	**46,7**
Anulación administrativa	94	0,1	57	0,04
Agrupación a otro caso	5.189	5,5	5.857	5,1
Otras causales	157	0,1	124	0,1
Otras causales de suspensión	96	0,1	146	0,1
Subtotal otros términos	**5.536**	**5,9**	**6.184**	**5,3**
Total	**93.122**	**100**	**114.614**	**100**

Fuente: Ministerio Público, Boletín estadístico 2007 y 2008.

Los resultados sobre las formas de término en 2008 son disímiles entre fiscalías, especialmente en materia de archivos provisionales. Esta forma de término consiste en no seguir adelante con una investigación cuando a juicio del fiscal no hay antecedentes suficientes para desarrollar actividades que conduzcan al esclarecimiento de los hechos.[83] En la Fiscalía Metropolitana Sur terminó un 52,8% de casos por esa vía, en la Metropolitana Centro Norte un 46,5%, en la Metropolitana Occidente un 35,4% y en la Metropolitana Oriente un 34,3%. Todas las fiscalías de la Región Metropolitana superan el índice nacional de archivo provisional, que corresponde a un 30%. En 2007, el total nacional por archivo fue de 36%; para el mismo período, la Fiscalía Metropolitana Centro Norte alcanzó un 60,4%, la Metropolitana Sur un 52,2%, la Metropolitana Occidente un 32,5% y la Metropolitana Oriente un 38%. Si a estas cifras se suma el cierre de la investigación aplicando el principio de oportunidad,[84] otra forma de término discrecional en que un fiscal cierra la investigación ya iniciada por considerar que el hecho denunciado no compromete gravemente el interés público, los casos que las fiscalías desestiman casi alcanzan la mitad de las denuncias de violencia, lo que puede considerarse preocupante e insatisfactorio para las víctimas. Una encuesta a mujeres realizada en 2007 por la Corporación Humanas arrojó que el 88% de ellas consideró que no se protege a las víctimas de la violencia y evalúa negativamente el rol de los tribunales de familia y de las fiscalías, con un 70 y 71% de desaprobación respectivamente.[85]

Los resultados sobre las formas de término en los tribunales de familia no se pueden apreciar correctamente, pues los registros estadísticos no diferencian entre casos terminados en sentencia (absolutoria o condenatoria) y suspensión de la dictación de sentencia.[86] La forma de registro de la información tampoco es comparable: hay tribunales que consignan información bajo "no da curso a la demanda" en proporciones importantes respecto de los casos terminados, tal como en la Corte de Apelaciones de Concepción, donde corresponden al 38,7% de los casos, en la de Valparaíso al 20%, al 14,5% en San Miguel y al 8,95% en la Corte de Apelaciones de Santiago. Así, el Estado no satisface los estándares internacionales ni los llamados de los órganos internacionales para evaluar adecuadamente las leyes e implementar políticas públicas que respondan a la violencia contra las mujeres.

83 Código Procesal Penal, artículo 167.
84 Código Procesal Penal, artículo 170.
85 Corporación Humanas, *Quinta encuesta nacional. Percepciones de las mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile*, julio de 2008, www.humanas.cl.
86 Se tuvo acceso a los registros de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y se comprobó que el registro sobre formas de término no incorpora expresamente la categoría de la salida alternativa. No se utilizó la información del 2008, pues representaba solo el primer semestre.

Las derivaciones por incompetencia, es decir, los casos en familia que se remiten al Ministerio Público, van de un 18% en Antofagasta al 7,7% en San Miguel, lo cual demuestra la diversidad de criterios existente.

Tabla 5. **Causas terminadas por Corte de Apelaciones, 2007**

Forma de término	Antofagasta	Santiago	San Miguel	Valparaíso	Concepción
Sentencia definitiva	494	7.355	8.324	2.984	862
Avenimiento	2	13	3	28	2
Transacción	0	27	2	2	0
Conciliación	0	67	6	7	0
No da curso	53	1.195	1.809	1.028	1.758
Desistimiento	75	802	356	216	710
Abandono	43	422	559	265	430
Incompetencia	177	1.498	957	593	762
Retiro	1	46	146	0	10
Total	978	13.350	12.428	5.123	4.534

Fuente: Corporación Administrativa del Poder Judicial.

La jueza de familia Gloria Negroni critica la aplicación de multa a través de una sentencia:

> Cuando tú llegas a una audiencia y vas a condenar al tipo, lo vas a condenar a lo que dice [el denunciado], a una multa. ¿A quién beneficia y a quién perjudica? ¿Soluciona el problema de fondo? La única medida alternativa que es eficiente no es obligatoria, o sea, no puedo exigir su cumplimiento: el tratamiento terapéutico. No saco nada con sancionar y tener mil sentencias hermosas de violencia intrafamiliar, y tener mil gallos condenados a mil multas, si eso va a ser a repetición. A lo mejor no con la misma, o quizás sí con la misma, y con otro y con otra... Para mi gusto la falencia de la Ley 20.066 es no visualizar cuál es el objetivo que yo quiero cumplir con las sanciones que establezco a nivel judicial (...) Yo creo que el objetivo de la ley se cumple hoy día con el tremendo acceso que hay (...) es un objetivo súper cumplido. Pero creo que hay objetivos que se han distorsionado con sanciones como la multa. Eso no ayuda a la familia de este país, no ayuda en nada.

Esta misma crítica se hizo respecto de la Ley 19.325. Como se ha dicho, el acceso a la justicia –o, en propiedad, el acceso a tutela judicial efectiva en esta materia– no implica solo poder utilizar un mecanismo establecido en la ley, sino que la acción judicial permita la investigación, sanción y reparación cuando corresponda.

Los resultados de una investigación de la Defensoría Penal confirman que, en el caso de las suspensiones, las condiciones que se imponen a los imputados suelen ser programas de rehabilitación para el consumo de alcohol o drogas, terapias de control de impulsos agresivos y en algunos casos terapia de pareja.[87] Los programas de rehabilitación por adicciones son solicitados por las propias víctimas, quienes ven en el consumo el origen del problema.[88]

Si bien la proporcionalidad de la respuesta judicial y la posibilidad de un abordaje psicosocial son ideas razonables, las capacidades de las redes son escasas y no se cumple con la reparación que exigen los estándares. Ya desde la entrada en vigencia de la ley los jueces advirtieron que las colapsadas redes del sistema de salud no podrían recibir a las víctimas, o que no atendían a los imputados,[89] y esta situación se ha mantenido en el tiempo. En palabras de Gloria Negroni:

> Nosotros hemos hecho una tremenda gestión para que a la señora Juanita la atienda altiro un consejero técnico, un juez. Pero cuando te vas a la cosa profunda de cómo le solucionas el problema, ¿dónde la mando? ¿Al Cosam? [Centro Comunitario de Salud Mental y Familiar de la atención primaria]. Y éste está colapsado, entonces doña Juanita jamás va a recibir terapia, y menos don Pedrito, el causante de esto. La violencia es un tema sistémico, relacional: acá hay dos o tres grupos familiares involucrados en la dinámica de la violencia.

Cuestión aparte es el control de las condiciones impuestas en las salidas alternativas, que todos los entrevistados estiman prácticamente inexistente. Quienes reciben a los imputados se quejan de que se los deriva sin antecedentes –ni siquiera el parte policial que describe en qué consiste el caso–, solo con una orden judicial para que se "atienda por violencia intrafamiliar". Cuando se deriva desde los tribunales de familia, dice el psicólogo Atilio Macchiavello, ni siquiera llega el informe del consejero técnico. Y los antecedentes son vitales pues los imputados normalmente niegan los hechos. Según Macchiavello,

87 Casas, Armisén, Dides y otros, p. 47.
88 Corporación Domos y Centro Clínico Corporación La Morada, p. 121.
89 Casas, Armisén, Dides y otros, p. 47.

> Nosotros evaluamos riesgo, [él] la había amenazado de muerte, la había tratado de ahorcar varias veces, ahí hicimos un informe, lo mandamos a la fiscalía. Sin respuesta, sin respuesta..., nada. Pensamos que se habían tomado algunas medidas, pasaron aproximadamente tres meses y nos llaman del departamento de salidas alternativas y nos dicen: "El caballero está acá de nuevo y dijo que no lo atendieron. ¿Por qué no lo recibe nuevamente?". Nosotros les dijimos que no, porque él ya debería haber cumplido una sanción. Nos dijeron: "Pero recíbalo no más". Una informalidad, donde no hubo ni siquiera una evaluación de la mujer por parte de ellos.

Para este profesional, el tema fundamental es la protección y el resguardo de la mujer, pero cuando se decreta la suspensión condicional no hay ningún seguimiento de verdad: "Estamos hablando de casos graves que muchas veces no han sido evaluados como tales; para llegar a la Uravit [Unidad Regional de Protección a Víctimas y Testigos del Ministerio Público] hay que hacerlo con un ojo colgando, o con una lesión gravísima". Precisa que los riesgos cambian con el tiempo y por ello la necesidad de seguimiento del imputado, incluso si la causa "está terminada con una suspensión". La impunidad en la práctica está asegurada si nadie vigila el cumplimiento de las condiciones impuestas en las salidas alternativas, pero pareciera que el sistema funciona mecánicamente y solo importa la conducta del sujeto si ocurre un nuevo episodio de violencia. Macchiavello:

> Nosotros enviamos informes mensualmente cuando se termina el caso, pero eso no se traduce en un control del sujeto. Era cosa de nosotros enviarlo, pero no era una cosa tan pedida. Y se evalúa si está asistiendo o no, pero no se evalúa en profundidad. Tanto es así que, cuando nosotros enviamos un informe de evaluación de riesgo, en el caso de una señora que la habían amenazado con arma, ella no sabía leer ni escribir, estaba metida en un contexto de microtráfico, por lo tanto estaba en una situación de riesgo alto. En el parte policial tipo, uno que nos llegó, decía que el hombre le tiró una botella en la cabeza, con los carabineros en medio. Al tipo lo sueltan a la hora después. Posteriormente nosotros evaluamos qué riesgo tiene, porque hay un contexto de microtráfico, la han amenazado con dispararle en la cabeza, no sabe leer ni escribir –cosa que la misma ley dice que la hace vulnerable–, hay niños de por medio, y además, otro elemento que multiplica los riesgos: cuando nosotros entrevistamos al hombre él no reconoció nada. Dijo que los carabineros inventaron esto; que ella sola una vez se puso la bicicleta en la

> cabeza y se marcó el cuello. Nosotros devolvimos este informe a la Fiscalía Norte contándole todo esto..., que el tipo no reconoce nada. Pasa el tiempo y nada..., no sabes si lo leyeron, si el fiscal recibió el informe, porque ya se hizo la suspensión condicional de la causa. La mujer es la que debería denunciar esta nueva situación de violencia. Y así fue en este caso: nosotros la acompañamos a Carabineros. Ellos le dijeron que ya había puesto una demanda. En este caso, que él era alcohólico y había tratado de ahorcar a la mujer. Mandamos el informe y [en el Ministerio Público] nos insistieron después de meses que lo reincorporáramos, pero nosotros pensamos bajo qué condiciones. Porque si no nosotros pasamos a ser parte del circuito de la impunidad, y quién nos resguarda a nosotros como profesionales si el tipo mata a la mujer; quedamos nosotros como no evaluando nada.

La experiencia de este profesional en Pronovif, un proyecto de un grupo de profesionales que atendía a hombres agresores en la comuna de Cerro Navia, es que en veinte meses se les derivaron apenas 64 casos. Vale destacar que un año, 2007, hubo seis mil ingresos y términos en la Fiscalía Centro Norte. De los 64 casos atendidos por Pronovif, un 49% abandonó el tratamiento después de las primeras sesiones de diagnóstico, y este abandono se permite por la ausencia de control. En los casos restantes se logró detener o eliminar la violencia física. Estos resultados podrían ser mejores si hubiera un control, si enviaran a los afectados con todos los datos.

La ausencia de control llevó a algunos jueces de garantía a plantear medidas creativas para mejorar la calidad de la gestión judicial en esta materia. El Primer Juzgado de Garantía de Santiago, que tiene una menor carga de trabajo que otros tribunales, utilizó el tiempo ocioso en diseñar un programa de seguimiento de las suspensiones condicionales, sin la intervención de abogados, con el fin de reducir la reiteración de conductas violentas. En este proceso participan tanto víctimas como imputados, a quienes se cita en una sala especial los días viernes. Cuenta la jueza de garantía María Francisca Zapata:

> Nosotros hemos ido perfeccionando la idea de tener todo concatenado, no se nos escapa nunca quién es la víctima y dónde vive, porque cuando el fiscal formaliza nosotros pedimos todos los datos: el nombre, dirección, teléfono. Y con esta citación, la víctima viene porque está interesada en el tema. Es muy poca la víctima que no viene (...) Siempre está lleno de víctimas, cómo no van a venir si son las interesadas... [Es necesario que ellas acudan] porque si no es aburrido, es un monólogo: ¿Cómo está, don Pedro? Bien, todo bien. ¿Ha cumplido? Sí... Todo es sí. No

> tengo cómo contrastar nada (...) Las víctimas vienen porque están enojadas, porque quieren arreglarlo, porque tienen situaciones pendientes, o por último para hablar.[90]

Esto ha renovado la forma de abordar el problema desde la perspectiva judicial. De la misma manera, los jueces del Primer Tribunal de Garantía se han coordinado con el Cosam, que les corresponde por jurisdicción, y cuando la red pública se satura han buscado otros caminos para la derivación de agresores a instituciones de la sociedad civil. Los resultados son dinámicos, atendiendo a que las partes están vinculadas afectivamente y la mayor parte de las veces tienen hijos en común.

La jueza Zapata indica que este abordaje tiene que ver con un imperativo ético, ya que la "función de juzgar involucra hacerse cargo de casos en estos términos, y la violencia intrafamiliar exige que nos metamos con más profundidad. Si no somos una máquina de procesar casos indiscriminadamente, estamos pensando que nuestra función jurisdiccional se trata de resolver conflictos". Este tipo de iniciativas encuentra resistencia en otros tribunales de garantía, fundamentalmente por la carga de trabajo, que deberá ajustarse si se pretende que la idea se generalice.

En general los resultados de la intervención del aparato judicial son aleatorios.[91] Hay jueces, fiscales y consejeros técnicos que muestran un buen manejo de los casos de violencia de género. Otros tienden a reproducir estereotipos y victimización. Según el equipo de la Fundación Templanza, la ausencia de capacitación puede explicar las falencias:

> Hay jueces que tienen un nivel de diligencia y aptitud y criterio, y otros jueces que no cuestionan la violencia, y sus intervenciones son mantenedoras e incluso agravan la situación, pues la violencia queda en la impunidad y las mujeres mucho más desprotegidas que antes de la intervención. He visto casos donde no se otorgan medidas porque los abordan como lo harían con cualquier otro problema: el nivel de negación respecto al fenómeno, de cuestionamiento y de adscripción en términos a lógicas de género se da tanto en mujeres como en hombres; hay un nivel de conservadurismo impresionante y una falta de manejo en estos casos. Desde mi perspectiva, no hay formación de esos operadores.

90 Pudimos comprobar lo narrado en el Primer Juzgado de Garantía de Santiago, donde se observaron 34 audiencias el día 21 de agosto de 2009. Los relatos de los imputados que declaraban "portarse bien" eran cuestionados por las víctimas, que los contradecían. De esta manera, cuando la magistrada preguntaba sobre la inconsistencia de las versiones entre víctima e imputado, éste reconocía que se había producido "algún incidente".
91 Casas, Armisén, Dides y otros; Corporación Domos y Centro Clínico Corporación La Morada.

3.2.8 Capacitación insuficiente

Hemos visto que la falta de capacitación permanente y profunda en violencia doméstica es una realidad y un obstáculo, porque redunda en problemas de aplicación de la ley y en la persistencia de prácticas que dificultan los avances. Hay un curso habilitante para jueces de familia, pero está centrado en el conocimiento de procedimientos y no en los temas medulares del manejo de la violencia, que requiere intervenciones más complejas.

La falta de capacitación de los jueces afecta a otros agentes del sistema judicial, como consejeros técnicos y fiscales, pues en todos ellos se aprecia gran diferencia en su aproximación a las prácticas judiciales. Por ejemplo, el papel que cumplen los consejeros técnicos de los tribunales de familia ha terminado siendo azaroso: "Tenemos casos en los que ha sido súper cuestionable la intervención de los consejeros, o casos en los que ellos tienen su opinión y no son escuchados por los jueces", dicen en el equipo de la Fundación Templanza. Respecto de los fiscales, explican:

> Hay que hacer distinciones. Hemos tenido fiscales que no solamente proponen. Bueno, es que ahora se ha implementado todo el piloto de violencia, en donde a muchos de los casos se les hace rápidamente un operativo para protección, pero en otros hemos tenido fiscales que no les interesa abordar estos casos en particular (...) Y hay fiscales que sí están motivados para operar de manera más interdisciplinaria con equipos que están operando con la víctima. Entonces, hay distinciones que tienen que ver con situaciones personales, porque acá uno no ve una política institucional...

Si no hay capacitación ni sensibilización para trabajar en los temas de violencia doméstica, se facilita la "victimización secundaria" de las mujeres, esto es, que la propia intervención judicial implique mayores costos emocionales y maltrato de parte del sistema de justicia. Hay que conocer y entender profundamente el ciclo de la violencia, en virtud del cual es posible que, tras un episodio crítico en que la mujer denuncia, el agresor entra en una fase de arrepentimiento, con promesas de que cambiará y peticiones de que se le dé una oportunidad. Cuando ello ocurre, muchas mujeres no desean seguir adelante con la persecución penal y ello frustra a los actores judiciales, que no entienden el comportamiento de las víctimas y las fustigan por haber hecho la denuncia. Pero si la mujer no es acogida, incluso en la fase del arrepentimiento, quizás no vuelva a acudir a la justicia ante nuevos episodios de violencia:

> Nosotros tenemos situaciones en que la mujer llega con el imputado a la audiencia, dadas las características del fenómeno, y es victimizada de una manera brutal en la audiencia, por el hecho de llegar con el imputado. Y donde además el proceso llega a quedar archivado por llegar con el imputado: es castigada por el fiscal, por el juez de garantía. (...) tienes operadores que no tienen ningún nivel de formación frente a la complejidad que posee el fenómeno. Porque no es un delito cualquiera, es un delito que comete alguien que tiene una vinculación significativa para la víctima, donde hay profundos vínculos afectivos. Hay muchos fiscales que no tienen ningún interés en tener mayores elementos para poder intervenir.[92]

Así le ocurrió a A.M.A, una mujer de clase media baja, quien denunció a su marido en la comisaría de Puente Alto en marzo de 2009, por las amenazas que él le profirió después de que ella se escabullera de una agresión física.[93] Ella estampó la denuncia y no supo nada de su caso hasta que llegó una carta del Ministerio Público, donde el fiscal de Puente Alto le comunicaba que se cerraba la investigación; más bien que no iniciaría la investigación. La mujer reclama que ningún funcionario de la fiscalía la entrevistó, por lo tanto no supieron qué había ocurrido y cómo, salvo por el escueto parte policial. La denuncia fue desestimada por el fiscal porque las amenazas no se percibían como serias ni verosímiles, "los hechos se habrían producido en un instante de exaltación pasajera, no constitutivo de un ilícito penal". A.M.A relata que las amenazas se produjeron cuando ella se defendió de su agresor mostrándole el cuchillo que tenía en la mano; esa vez sintió que los episodios de violencia habían cruzado un umbral, y tuvo miedo. Dice también que "antes" (de la Ley 20.066) era más fácil sacar al marido de la casa después de una golpiza, pero que ahora para que eso sucediera tenía que ser duramente maltratada. Su marido volvió a la casa unos días después, diciéndole que su problema "era que veía demasiados programas de televisión de mujeres que matan a sus maridos".

Este panorama ilustra la sensación de quienes trabajan desde hace años en temas de violencia de género: que la entrada en vigencia de la Ley 20.066 implicó comenzar de nuevo. Los agentes que debían poner en operación la ley no estaban capacitados ni sensibilizados, el sistema no estaba a la altura, considerando que hubo antes una ley por más de una década. No se advierte una política coordinada, sino una serie de iniciativas que responden a necesidades institucionales que no conducen a dar una respuesta integral al problema. La calidad de la interven-

92 Entrevista al equipo profesional del Centro Clínico y de Investigación de la Fundación Templanza.
93 Entrevista personal, 7 abril de 2009.

ción debe ser más que un asunto personal, pues tiene que ver con los lineamientos y las políticas que el Estado escoge desarrollar en cada materia. La instalación de todo un nuevo sistema de administración de justicia en violencia, que no solo implicaba reformas procesales sino también en aspectos sustantivos, requería un programa de sensibilización y capacitación que no se ha desarrollado a cabalidad.

Se aprecia un importante avance en la celebración de un convenio para capacitación entre la Corte Suprema y el Sernam, por el cual poco más de cien jueces y consejeros técnicos de familia de la Región Metropolitana se capacitaron a fines de 2008.[94] Sin embargo, no se contemplaba un plan de capacitación para el 2009, lo que se reconoce como una tarea pendiente,[95] considerando las dificultades en los criterios de aplicación de la ley. La capacitación sigue siendo ad hoc, sin la permanencia e intensidad suficientes para marcar una diferencia en las prácticas de los operadores del sistema judicial.

4. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN VIOLENCIA

La ley expresamente reconoce que la violencia doméstica requiere articulación y la adopción de diversas medidas anexas. Su artículo 3 establece que el Estado adoptará políticas orientadas a prevenir la violencia intrafamiliar, en especial contra la mujer y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas. Entre ellas considera la incorporación en los programas y planes de estudio (sin especificar si se trata de educación básica, media o universitaria) de contenidos dirigidos a modificar las conductas que favorecen, estimulan o perpetúan la violencia intrafamiliar; planes de capacitación para los funcionarios públicos que intervengan en la aplicación de esta ley, y políticas y programas de seguridad pública para prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar.

La ley contempla la participación de la sociedad civil en su cumplimiento. El Estado ha hecho su trabajo a través de campañas de difusión, de sensibilización, *advocacy* y trabajo directo con víctimas. Su influencia ha sido importante, tanto así que algunos de nuestros entrevistados creen que las campañas comunicacionales de la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (una red de organizaciones no gubernamentales, que ha popularizado el lema "Cuidado, el machismo mata"), y la discusión en torno al femicidio, son de autoría del Sernam. De hecho, algunas profesionales del área se sienten "invisibilizadas", especialmente por el Sernam, pues el trabajo que hacen, y que ha sido el sustento de los modelos de intervención en casas de acogida y centros de atención a la mujer, fue

94 CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile,* párr. 92.
95 Entrevista a Christian García, encargado nacional de la Unidad de Prevención de Violencia Intrafamiliar, 9 de julio de 2009.

recogido por el Estado sin dar crédito a su aporte. También se critica "que las instituciones públicas no han identificado del todo –por diversas razones– el potencial que implica la participación de los organismos especializados de la sociedad civil en la evaluación de las políticas legislativas y, por lo tanto, en la modificación de los cuerpos legales existentes".[96]

Por su parte, el Sernam tiene la misión de impulsar, coordinar y evaluar las políticas gubernamentales en contra de la violencia intrafamiliar, recomendando la adopción de medidas legales, reglamentarias o de otra naturaleza. Las juezas Gloria Negroni y María Francisca Zapata reconocen que el Sernam ha hecho un notable esfuerzo por instalar en el discurso público la idea de que la violencia contra las mujeres es un delito, y esto implica un gran cambio cultural. También se reconoce el aumento significativo de servicios que se entregan a víctimas de violencia: centros de información, casas de acogida que coordina el Sernam y capacitación a funcionarios en distintas instituciones.[97]

Sin embargo, también surgen quejas y discrepancias. Se dice que se hace más de lo que mismo; que se perdió una línea de trabajo fundamental, la prevención, que ha pasado a segundo plano.[98] Hay áreas que se duplican, mientras que en otras los déficit son evidentes, como es el trabajo de reparación.[99]

Sernam.cl entrega datos acerca de 58 Centros de la Mujer en todo Chile, para atender a mujeres víctimas de violencia. Estos centros entregan atención psicosocial y asesoría legal, además de capacitar a funcionarios y a dirigentes sociales para la prevención, detección y derivación de casos en las zonas donde se encuentren. Además de estos centros están las casas de acogida, que ya son unas veinticinco a lo largo del país; el objetivo fue que hubiera al menos una casa de acogida por región. Para Christian García, encargado nacional de la Unidad de Prevención de Violencia Intrafamiliar, se trata de un programa inédito en Latinoamérica.

De las mujeres que hoy llegan a las casas de acogida, 89% fueron derivadas por el Ministerio Público.[100] En la práctica, ello significa que el ingreso de una mujer mayor de dieciocho años a una casa depende de una denuncia. Pero la idea, sostiene García, es que las mujeres obtengan protección, y trabajar con aquellas que excepcionalmente ingresan a las casas de acogida sin haber denunciado a sus agresores. Estas casas de acogida que dependen del Sernam tienen limitaciones en cuanto a edad

96 Larraín, Valdebenito y Rioseco, *La situación de violencia contra las mujeres en Chile. Legislación y políticas públicas*, p. 13.
97 Entrevistas al equipo profesional de la Casa de Acogida Rebeca Ergas, a Andrea Chelmes, del Centro de Atención de Mujeres de Antofagasta y al equipo del Centro Clínico y de Investigación Fundación Templanza. Ver también Larraín, Valdebenito y Rioseco, p. 9.
98 Larraín, Valdebenito y Rioseco, p. 11.
99 Entrevistas al equipo de la Casa de Acogida Rebeca Ergas, al equipo de la Fundación Templanza, a Soledad Rojas y Patricia Olea, a Atilio Macchiavello y a Nelly Santander.
100 Id.

de las mujeres, tiempo de estadía (lo que no constituye un problema, pues la mayoría no está más de un mes) y número y edad de los hijos que puedan tener consigo.

En estos centros las mujeres reciben doce sesiones de reparación sicológica y asistencia legal. La crítica que emana de los profesionales del área en la Región Metropolitana es que esa cantidad de sesiones no permite realizar ningún trabajo reparatorio, sino apenas la contención necesaria, es decir, acoger y apoyar a la denunciante. Todos señalan que hay escasa o nula reparación.

En regiones, se critica que las políticas que se implementan hacen tabla rasa del trabajo anterior, que se desconocen las condiciones regionales, y lo que aparece en evidencia anecdótica es que las redes se concentran en las principales ciudades, con lo cual algunas personas, por razones de distancia y recursos, no pueden acudir a centros de atención. El Sernam, por su parte, reconoce la existencia de diferencias regionales, probablemente por una mejor o peor articulación entre sectores.

Todos los entrevistados valoran positivamente la creación de casas de acogida, aunque surge una propuesta: parecería más eficiente instalar a los hombres agresores en casas especiales que instalar a las mujeres y sus hijos, desarraigándolos de su entorno.[101]

En el caso de organizaciones de la sociedad civil que entregan apoyo psicosocial, como la casa de acogida Rebeca Ergas o la Fundación Templanza, el Ministerio Público establece convenios por doce sesiones, cantidad que, como dijimos, se considera insuficiente. Para mantener el trabajo terapéutico, algunas instituciones ofrecen el servicio por no más de tres mil pesos, una suma que las mujeres en general pueden pagar.

Estos profesionales piensan que los programas están demasiado centrados en la crisis de la judicialización, y no en un trabajo de reparación que permita a las mujeres salir de relaciones violentas. El encargado del Sernam pone el acento en la defensa judicial, en cambio, entendiéndola como una forma de reparación también:

> Cuando uno habla de reparación, nosotros hacemos una aclaración porque (...) la entendemos no solo desde lo psicosocial, también desde lo jurídico. Nuestras mujeres en la casa de acogida, la gran mayoría, tienen el patrocinio [legal de un abogado], porque entendemos que eso nos ha permitido, por ejemplo, me parece que en nuestro país el 7%, si no me equivoco, no llega a sentencia condenatoria, en cambio en las casas lo que hemos visto es que ese porcentaje llega al 20%. Eso significa que en las casas hay doble posibilidad de llegar a una condena porque tenemos patrocinio.

101 Entrevista al equipo de la Casa de Acogida Rebeca Ergas y a Nelly Santander, de Codeinfa, comuna de San Joaquín, 19 de julio de 2009.

Sin embargo, las mujeres que llegan a las casas de acogida representan un número muy menor de los delitos investigados, y se trata en general de las situaciones más graves. En 2007 ingresaron 398 mujeres a las casas de acogida.[102] Por lo mismo, si los indicadores mostraran niveles menores de condena, ello sería insatisfactorio. Vale recordar que los estándares internacionales de derechos humanos distinguen entre reparación y la defensa judicial a la que alude el encargado del Sernam, por lo cual, si no hay reparación a las víctimas, las acciones del Estado no satisfacen los estándares.

También surgen reparos en nuestros entrevistados en cuanto a la tensión entre cobertura y calidad de los servicios que se manifiesta en otras áreas. Los profesionales de la sociedad civil consideran que el Sernam trabaja con metas no realistas para los escasos recursos que tiene; se dice que se prioriza cantidad y no calidad. Dice Nelly Santander que "ellos saben perfectamente que la fórmula que tienen es abarcar lo más posible y llegar a la máxima cantidad de personas, pero eso no te asegura una buena continuidad ni buena reparación de los daños causados. Les interesa llegar al mayor número de personas atendidas al año, no trabajan más allá (...) a veces se llega a hacer trampa para poder cumplirlas [las metas]; no es que falten víctimas, porque, lamentablemente, cuando destapas la olla no faltan".

Profesionales de un centro de atención del Sernam de la Región Metropolitana, que no quisieron dar su identidad, dijeron que se les exige una meta de atención de 240 mujeres al año, lo que significa unas veinte al mes. Su equipo está conformado por seis personas, a las que el Sernam les entrega ciertas pautas, pero cada centro debe saber cómo llevarlas adelante:

> Tengo mis contradicciones, porque el Sernam manda esos lineamientos, define sus objetivos, entonces tú como monitora ves cómo cumples con esos objetivos, y eso está muy en la nebulosa. Te dicen que hay que hacer atención individual, talleres de apoyo, de acogida y más. Y el cómo lo llevas a la práctica, eso lo define cada ejecutor. Nosotras hemos aprendido de otros centros, porque hay ciertas instancias, y eso hay que reconocerle al Sernam, donde hemos podido conocer el trabajo de otros centros (...) Pero eso a mí me causa un poco de angustia, siento que nosotras como equipo estamos súper motivadas por el tema, pero qué pasa si en otro lado no es así; ¿y si el criterio de otra persona no es el mismo? ¿Te das cuenta? Entonces eso queda muy en el aire. Eso de que no tenga un sustento concreto y solo los lineamientos implica que como equipo tengas mucho más trabajo. Porque hemos tenido que hacer todos los procedimien-

102 Larraín, Valdebenito y Rioseco, p. 48, citando el *Informe operacional casas de acogida 2007*.

> tos y los programas en las líneas de atención y de prevención. Entonces, hay que hacer muchos, muchos talleres de prevención, para mujeres, para jóvenes; hay que hacer muchas capacitaciones, entonces como hay que cumplir un objetivo, cómo llegamos a eso, es definición nuestra (...) por un lado es bueno, porque tienes cierta libertad, pero por otro no está la capacidad humana para que seis personas puedan intervenir con las metas que se proponen para una comuna.

Lo cierto es que este equipo estaba integrado por personas con escasa capacitación en violencia, y debieron ir aprendiendo en el camino sobre el tema; ello incluía a una abogada que recién se iniciaba en la carrera.[103] Pero esta percepción sobre las metas es confirmada por profesionales de la Casa de Acogida Rebeca Ergas: con la cantidad de recursos disponibles no es posible hacer un trabajo sostenido.

Han surgido también propuestas de trabajo con hombres agresores. Toda la red de servicios está estructurada hacia las víctimas, pero los que agreden salen de una relación y comienzan otra, repitiendo los mismos patrones.[104] De allí que organizaciones de la sociedad civil consideren de igual importancia comenzar a trabajar con hombres que agreden:

> Intervenir con los hombres está directamente relacionado con lograr mayor protección de situación de violencia (...) hay un porcentaje importante de personas que es susceptible a la terapia y puede generar cambios. Y eso se ha desconocido; se sigue insistiendo en que no hay evidencias de mejora, pero eso es falso. (...) Ahí hay un nivel de mujerismo importante [una defensa de las mujeres por ser mujeres, lo que a veces refuerza los estereotipos y no necesariamente supera los roles de género socialmente asignados], eso no es género, es mujerismo, y hasta la Presidenta que hizo su discurso me impactó cuando dijo que esos cobardes no merecen ninguna consideración. A mí me parece que ni siquiera a un preso, a alguien que puede haber hecho algo social y jurídicamente repudiable, puedes plantearle eso. El nivel de locura en cómo se aborda el tema de los hombres me parece increíble.[105]

Así, pues, el discurso público para enfrentar la violencia parece perpetuar el trabajo dirigido hacia las víctimas y la intervención judicial, algo importante pero no suficiente: se requiere impulsar acciones sis-

103 La defensa de muchos de los casos descansa en la labor de postulantes a abogados sin experiencia ni capacitación en violencia doméstica.
104 Entrevista al equipo del Centro Clínico y de Investigación Fundación Templanza.
105 Id.

temáticas en la prevención primaria, secundaria o terciaria.[106] La violencia es relacional, por eso hay que instalar un cambio cultural en hombres y mujeres.

Las iniciativas que se desarrollan no pasan de ser proyectos aislados que no tienen continuidad en el tiempo. El trabajo con hombres agresores depende de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior y las comunas deben postularlo cada año. En la práctica, eso significa que los alcaldes deben postular a fondos y elegir si privilegiar parques, plazas, canchas, luminarias o trabajos con hombres agresores. Si un municipio asume el compromiso, la iniciativa no dura más de diez meses, según Atilio Macchiavello: "No existe una política pública que atienda a los hombres que maltratan a sus parejas, el sector salud solo atiende a los hombres que presentan un trastorno de salud mental: consumo de drogas, alcohol, trastorno depresivo, de la personalidad o sicopatologías que están dentro de los manuales internacionales de salud mental (...) Pero como en estos manuales no existe un diagnóstico para estos varones, no se considera un problema de salud mental".

Esta ausencia de un abordaje común, a juicio de muchas entrevistadas, se produciría por la falta de liderazgo político-técnico en la materia, y porque las personas que conocen del tema están fuera del aparato público.[107] Si el mundo judicial aparece como un mundo ajeno, los esfuerzos para capacitar tampoco son sistemáticos, sino que forman parte del cumplimiento de pequeñas metas, pero no entregan las habilidades y los conocimientos necesarios. Así lo perciben también las mujeres que trabajan en un centro de atención y que fueron capacitadas en 2009.

5. CONCLUSIONES

El Estado ha recorrido un importante camino en el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres en Chile constituye no solo un reproche social sino también legal. Ello concuerda con las obligaciones que Chile ha suscrito. La instalación de programas para víctimas y mejoras en su atención en ámbitos como la representación legal o psicosocial son avances importantes.

La experiencia de las mujeres en el acceso a la justicia, sin embargo, es que no tienen recursos sencillos, eficaces e idóneos. Las fallas del sistema judicial son multifactoriales. Se combinan problemas de diseño normativo, pero también institucionales, pese al incremento en la dotación de jueces o de personal en los tribunales de familia.

106 Larraín, Valdebenito y Rioseco, pp. 11-12.
107 Entrevista al equipo del Centro Clínico y de Investigación Fundación Templanza.

Los sistemas de registros, especialmente en los tribunales de familia, no permiten medir ni evaluar adecuadamente lo que sucede. Ello es particularmente grave, pues si la información no da cuenta de los fenómenos, no se puede proponer, diseñar e implementar políticas públicas desde la evidencia. Las políticas públicas requieren de una evaluación constante y no serán efectivas si los propios actores del sistema no son capaces de generar información fidedigna.

La ausencia de una política clara de persecución penal y la consiguiente diversidad de enfoques han permitido que un importante número de mujeres quede en la indefensión cuando sus casos son archivados o desestimados, lo que perpetúa la sensación de impunidad.

Se aprecian medidas que innovan en la persecución penal y la potenciación de un plan piloto en el enfrentamiento del problema desde el Ministerio Público. Sin embargo, a más de tres años de vigencia de la ley, se hace urgente algo más que medidas aisladas.

La persistencia de parte de estos problemas se explica por la ausencia de una política coordinada y de un liderazgo político-técnico, que por disposición legal se exige, con el fin de desarrollar políticas verdaderamente integrales que permitan el diálogo intersectorial. Sin que existan metas comunes, solo el procesamiento de casos, no hay lenguajes compartidos y por lo mismo los abordajes serán distintos y con resultados muy aleatorios. Subsistirá la política de "el caso no es mío", y la sensación de que lo que se hace tiene un alcance limitado.

La falta de programas de formación y capacitación sostenidos en el tiempo es evidente, y no se reconoce la inexperiencia de los postulantes a abogados que atienden a mujeres violentadas. Algunas entrevistas mostraron que la capacitación está más cerca de una inducción –acerca de los logros oficiales en la materia– que de entregar herramientas para un abordaje integral de la violencia doméstica.

Las obligaciones internacionales del Estado de Chile respecto del acceso a la justicia van más allá de la posibilidad de llegar a un tribunal a través de un recurso. Se requiere crear las condiciones para que las víctimas de violencia reciban una debida reparación.

En síntesis, hay que reducir la brecha entre el reconocimiento de un problema y la respuesta apropiada a ese problema.

6. RECOMENDACIONES

1. Establecer un diálogo a través de mesas de trabajo integradas por todos los agentes del sistema, para construir y evaluar una política pública que enfrente el problema con un enfoque intersectorial, incorporando activamente a la sociedad civil.

2. Asegurar un sistema de seguimiento eficaz para los casos que terminan en salidas alternativas. Para ello se puede evaluar el modelo implementado en el Primer Tribunal de Garantía de Santiago y pensar un diseño que responda a las características del trabajo de los tribunales del país.
3. Mejorar los sistemas de registros en sede de familia, para conocer la aplicación de medidas alternativas y otras formas de término de los casos. En sede penal, agregar los datos de sexo y relaciones de parentesco en los resultados de sus casos.
4. Desarrollar planes de capacitación sostenidos en el tiempo para todos los agentes del sistema. Iniciar un diálogo con el Ministerio de Educación e instituciones de educación superior para propiciar la formación de profesionales que incorporen en sus mallas cursos sobre violencia doméstica.
5. Asegurar servicios de asistencia jurídica y psicosocial gratuita a las mujeres víctimas de violencia, para tender al objetivo de la reparación integral.
6. Desarrollar el trabajo de rehabilitación de hombres agresores con continuidad en el tiempo, para que las políticas sean inclusivas.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

SÍNTESIS

En materia de derechos de los pueblos indígenas, el 2009 está marcado por la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y el aumento de la conflictividad social en la Araucanía. El capítulo de este año analiza ambas cuestiones; además, se pasa revista a la visita del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, y se conecta su informe con la entrada en vigor del Convenio 169. El *Informe* nuevamente llama la atención sobre la falta de respuestas adecuadas a las demandas de tierra que el pueblo mapuche levanta desde hace años, y también destaca el proyecto de reforma que da reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas. Se concluye que la política del Gobierno no ha resultado exitosa, y que la entrada en vigencia del Convenio 169 no ha logrado institucionalizar canales de participación que alejen el enfrentamiento entre autoridades estatales e indígenas. Por último, se formulan recomendaciones en torno a investigar debidamente los hechos de violencia policial e implementar las directrices del Convenio 169, para dejar atrás las políticas de represión que el Gobierno ha priorizado.

Palabras clave: Pueblos indígenas, reconocimiento constitucional, Convenio 169 OIT, violencia policial, ley antiterrorista.

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más problemáticos en materia de derechos humanos es la falta de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Como hemos mostrado en ediciones anteriores, el Estado chileno tiene una deuda con los pueblos indígenas y los gobiernos democráticos, si bien han invertido cuantiosas sumas de dinero en políticas de devolución de tierras, no han sido capaces de poner término a las situaciones de conflictividad social que se viven en la Araucanía. Este

capítulo revisa los hechos más importantes del período en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas: la visita del Relator Especial para Pueblos Indígenas; la aprobación de la idea de legislar, por primera vez desde el regreso de la democracia, para dar reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas; la aprobación e implementación del Convenio 169 de la OIT, que establece derechos en favor de pueblos indígenas, y la persistencia de la violencia en la Araucanía, con una nueva muerte de un joven mapuche a manos de Carabineros de Chile.

1. VISITA DEL RELATOR ESPECIAL PARA PUEBLOS INDÍGENAS

En abril de 2009 visitó Chile James Anaya, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Debía examinar las formas de superar los obstáculos para la plena y eficaz protección de los derechos de los indígenas, recibir y reunir información sobre violaciones a los derechos humanos y libertades fundamentales, y formular recomendaciones.[1] En particular, el Relator Anaya estaba llamado a hacer un seguimiento de las recomendaciones efectuadas por el Relator anterior, Rodolfo Stavenhagen, tras su visita a Chile en 2003,[2] a explorar las distintas iniciativas para poner en práctica el Convenio 169 de la OIT y a promover la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[3]

Durante los cinco días de su visita el Relator estuvo en Temuco, en Iquique y en Santiago, mantuvo encuentros regionales con los representantes de los pueblos y comunidades indígenas, y se reunió con organizaciones de derechos humanos y con autoridades, entre ellas la Presidenta de la República, la subsecretaria de Carabineros, el ministro Secretario General de Gobierno, el presidente de la Corte Suprema, el entonces director de Derechos Humanos de la Cancillería y la ministra de Planificación.

1 Consejo de Derechos Humanos, resolución 6/12, 21ª sesión, 28 de septiembre de 2007.
2 En esa ocasión, Stavenhagen manifestó su preocupación por la estrecha correlación entre pobreza e identidad indígena en el país. Identificó como un problema prioritario la situación de la tierra indígena, la falta de restitución de las antiguas tierras reivindicadas y los conflictos existentes a raíz de estos problemas. Asimismo llamó la atención sobre la desprotección en que de acuerdo a la legislación chilena se encontraban los derechos de los indígenas sobre las aguas, los recursos del subsuelo, mar y lagos. Finalmente expresó su preocupación por el tratamiento judicial dado a las acciones de presión del pueblo mapuche, las afectaciones al debido proceso y la aplicación de un marco legislativo ambiguo y poco conducente. Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión,* 60º período de sesiones, 17 de noviembre de 2004, E/CN.4/2004/80/Add.3.
3 Consejo de Derechos Humanos, resolución 6/12, 21ª sesión, 28 de septiembre de 2007.

1.1 Informe preliminar de abril de 2009

Ante la aprobación por parte del Senado de la idea de legislar para una reforma constitucional que daría reconocimiento a los pueblos indígenas, el Relator entregó ese mismo mes de abril un informe preliminar con recomendaciones.[4] Allí Anaya enfatiza, en primer lugar, que la consulta a los pueblos indígenas que el Gobierno debe llevar adelante cuando busque diseñar e implementar medidas que los afecten debe desarrollarse en dos niveles, lo que supone que tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo realicen procedimientos consultivos. Indica el Relator que, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, la norma de consulta contenida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT tiene carácter autoejecutable, lo que conlleva la incorporación de una regla nueva en la tramitación de la ley. Y agrega que para dar cumplimiento a la normativa internacional tanto el Ejecutivo como el Legislativo tienen la obligación de realizar la consulta: no es suficiente la realización de este trámite en una sola instancia.

Luego especifica el Relator el papel que le corresponde al Poder Ejecutivo en la formación de las leyes. Si lo expuesto por el Tribunal Constitucional impone un nuevo requisito para la formación de la ley, ello implicaría que el Ejecutivo, en su papel de colegislador, está obligado a consultar a los indígenas *durante* la tramitación de la ley, pero también a consultarlos sobre los proyectos de ley que presente al Legislativo. Esto es, no se debe entender el sentido de la sentencia del Tribunal Constitucional como adscribiendo la consulta solamente a la esfera del Poder Legislativo: también debe estar presente en la actuación gubernamental (párr. 45).

Dicho lo anterior, el Relator analiza la consulta realizada por el Gobierno a través de la Conadi, sobre el contenido de la reforma constitucional, concluyendo que "la iniciativa (...) corresponde a una fase de consultas que deberán ser complementadas posteriormente por consultas realizadas por el Poder Legislativo, en sus dos cámaras, cuando entren a debatir el contenido de la Reforma" (párr. 42-64).

En segundo lugar, el Relator resalta el importante papel que cumple la difusión de la información relativa a la consulta, señalando que uno de los requisitos de validez de este procedimiento es que exista acceso a los métodos y al fondo de lo consultado; ello involucra que al menos un número significativo de personas interesadas tenga toda la información necesaria para comprender el alcance del proyecto en cuestión: "... la información debe ser presentada en un lenguaje que sea accesible, tra-

4 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, 24 de abril de 2009. El informe preliminar se puede encontrar junto al informe final del Relator, "La situación de los pueblos indígenas en Chile: Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior", Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre de 2009.

ducida a las lenguas indígenas en aquellas zonas donde éstas se hablen, e ir acompañada de toda la información relevante, especialmente (de) los instrumentos internacionales" (párr. 46-48).

Un modo de contribuir a ese proceso sería la celebración de una Reunión Nacional de Expertos, con la participación de especialistas nacionales y extranjeros, agencias internacionales, autoridades competentes y por supuesto representantes de pueblos indígenas (párr. 47).

En tercer término, Anaya enfatiza la necesidad de una buena organización de los procedimientos consultivos, tanto de parte del Gobierno como del Congreso Nacional. El Relator estima necesario que el Gobierno cuente con un "punto focal" dentro de la administración del Estado, idealmente de carácter técnico, independiente, y en cuya composición se contemple a expertos indígenas. En ellos recaería la responsabilidad de planificar y llevar a cabo las consultas, así como de compilar y sistematizar sus resultados. Una vez determinado este punto focal, recomienda el Relator Anaya definir los elementos específicos del procedimiento para ejecutar la consulta; esta definición debe satisfacer a los mismos pueblos indígenas, lo que a su vez implica algún tipo de deliberaciones previas, pues si no existe de su parte un mínimo de aceptación del procedimiento se hace difícil que la consulta esté dotada de la suficiente legitimidad (párr. 49-51).

En cuanto a la organización de la consulta por parte del Congreso Nacional, advierte Anaya que si bien se configura su obligación concreta de llevarla a cabo, "no existe un mecanismo vinculado con el Congreso constituido *específicamente* para consultar a los pueblos indígenas" (párr. 56).[5] El Relator Especial recomienda entonces al Congreso "optar por establecer procedimientos especiales de consulta que funcionarían a través de sus comisiones existentes, asegurando la participación efectiva de representantes de organizaciones o pueblos indígenas siguiendo criterios transparentes de selección...".

Luego el Relator se refiere en concreto a a la consulta sobre reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (que se desarrollaba al cierre de este *Informe*, en agosto de 2009), y manifiesta que para que se ajustase a los estándares internacionales no debía circunscribirse al informe aprobado por la Cámara Alta el 7 de abril, sino que requería estar abierta a otras cuestiones "que a la luz de las normas internacionales, la legislación interna y las demandas legítimas de los pueblos indígenas, pudieran tener cabida dentro del texto constitucional reformado" (párr. 57-58).

Desde una perspectiva geográfica, el Relator considera necesario que el procedimiento de consulta fuese lo más amplio posible, teniendo en cuenta el requisito "de consultar a los pueblos indígenas a través de procedimientos apropiados y a través de sus instituciones repre-

5 El destacado es nuestro.

sentativas". Resulta imprescindible a su juicio "que se lleven a cabo consultas de ámbito local o regional", pues recabar opiniones por vías indirectas puede ser un medio complementario y útil, pero no es suficiente para un verdadero diálogo, en atención a las normas internacionales respectivas (párr. 60).

En cuanto a los plazos, el Relator expresa que deben adecuarse al tipo de medida que será consultada. En el caso de Chile, donde se consulta por una eventual reforma constitucional, el Relator recomienda que sean lo más amplios posible, para asegurar que la consulta sea significativa y cumpla con los estándares internacionales. El plazo inicialmente fijado por el Senado para recibir indicaciones fue, según el Relator, excesivamente limitado (párr. 63). Sobre este punto señala que "será necesario el concierto de todos los actores interesados, incluyendo las autoridades del Estado, parlamentarios y de los propios pueblos indígenas, para acordar los procedimientos y plazos razonables, medidos en meses, para que la consulta cumpla con sus requisitos esenciales de validez y al mismo tiempo sea operativa y eficaz" (párr. 64).

La reforma constitucional en materia de pueblos indígenas representa, a juicio del Relator en este informe preliminar, "una oportunidad sin precedente para avanzar en la protección de los pueblos indígenas de Chile y fortalecer el reconocimiento como partes diferenciales e integradas en la sociedad del país" (párr. 65). El informe final del Relator Anaya, publicado en septiembre de 2009, será examinado en detalle en el *Informe 2010*.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Como se ha destacado en años anteriores, una de las demandas principales de los pueblos indígenas desde el retorno de la democracia ha sido su reconocimiento constitucional. Los proyectos que desde los años noventa se han tramitado en el Congreso encontraron siempre el rechazo de las bancadas de oposición, rechazo basado principalmente en el argumento del carácter unitario del Estado y la nación chilena, esto es, la idea de que no podrían existir dentro del Estado otros pueblos además del "pueblo" chileno.

Esta situación tensiona los compromisos internacionales que Chile ha ido progresivamente adquiriendo, toda vez que en el derecho internacional el reconocimiento, sea legal o constitucional, de los pueblos indígenas no está en duda. Tanto el Convenio 169 como la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tienen como sujetos de los derechos allí reconocidos a los "pueblos" y no a otra categoría jurídica. De ahí se sigue la importancia de que las leyes domésticas se ajusten a estas exigencias normativas.

Durante la visita del Relator Anaya, el Senado aprobó la idea de legislar a propósito del proyecto que da reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas. El hecho fue celebrado por el Gobierno como un "hito histórico".[6] Y, en efecto, es un hecho importante pues se logró algo que no se había conseguido en dieciocho años. En palabras de la ministra Quintana:

> La existencia de una norma constitucional como ésta posee también el valor de una directriz para las políticas estatales y un valor interpretativo para el conjunto de las leyes. Si logramos avanzar exitosamente en esta reforma constitucional, estaremos dando una clara señal a nivel internacional de que principios como el de la no discriminación y el reconocimiento de nuestros pueblos indígenas y de sus derechos colectivos forman también parte de nuestro Estado de Derecho.[7]

La afirmación de la ministra, sin embargo, queda en entredicho si se analiza el detalle de la reforma propuesta, el que, de paso, explica el apoyo de sectores que por casi dos décadas se habían opuesto a dicho reconocimiento constitucional. El proyecto, tal como quedó aprobado, no satisface los estándares que la ministra dice promover, en tanto introduce un nuevo artículo 4º a la Constitución, el que establecería:

> La Nación chilena es una, indivisible y multicultural.
> El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica, social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional.
> Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes.

A primera vista, puede parecer que el proyecto cumple con los estándares a los que Chile se ha obligado. Sin embargo, el proyecto reconoce la "existencia" de los *pueblos* indígenas, pero los "derechos" no se los reconoce a ellos sino a las *comunidades* indígenas, diferencia que contraviene el derecho internacional. Si la consulta se lleva adelante de buena fe –como también mandan los tratados que Chile ha suscrito–, surgirá la necesidad de reconocer no solo la existencia sino los derechos de los propios pueblos indígenas, pues son éstos, no sus comunidades, los sujetos de derechos.

6 *La Nación*, carta de Paula Quintana, ministra de Planificación, 13 de abril de 2009.
7 Id.

En el mismo sentido debe entenderse la modificación que se propone para el artículo 19, número 24, de la Constitución, que regula el derecho de propiedad. El proyecto señala:

> La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes.

Como se ve, el proyecto solo protegería la propiedad de "personas y comunidades", en circunstancias que los estándares internacionales exigen proteger la propiedad de los *pueblos* indígenas. El Estado debe modificar este proyecto o, de lo contrario, estará en pugna con sus compromisos internacionales.

3. APROBACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT

En el *Informe 2008* se dio cuenta de la discusión que generó la tramitación legislativa del Convenio 169, en particular la declaración interpretativa con la cual se esperaba aprobarlo.[8] Finalmente, y debido a presiones que recibió el Gobierno sobre la imposibilidad de una declaración en tal sentido, la Presidenta depositó ante la OIT el instrumento de ratificación, sin declaración interpretativa, en septiembre de 2008 y lo promulgó en el país como ley en octubre de ese año.[9]

La ratificación del Convenio 169 de la OIT constituye un avance sustantivo en el respeto y promoción de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Permite además acortar la brecha con los demás países de América Latina y el resto del mundo que lo han aprobado y que tienen población indígena en sus territorios. En el caso chileno, este instrumento adquiere mayor fuerza por su incorporación a través del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución, el que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover no solo los derechos contemplados en la Constitución, sino también aquellos derechos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, resultan preocupantes las observaciones formuladas por el Tribunal Constitucional en abril de 2008, en una sentencia que, si bien estableció que el derecho a la consulta es autoejecutable –se incorpora a nuestro derecho

8 *Informe 2008*, pp. 370-371. Ver en especial la opinión de la OIT sobre la incorporación de una norma interpretativa al Convenio 169.

9 "Informe de la sociedad civil de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas con motivo del examen de los informes periódicos 15º, 16º, 17º y 18º del Estado de Chile, 75º período de sesiones", julio de 2009, en adelante "informe sombra CERD", presentado por Amnistía Internacional, Centro de Derechos Humanos, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género (Humanas), Observatorio Ciudadano y Organización Wallmapuwen, julio de 2009.

sin necesidad de que el Parlamento dicte una ley–, indicó que éste no debía entenderse como una negociación obligatoria, y por lo mismo, no sería vinculante ni afectaría las atribuciones privativas de la autoridad. Lo mismo señaló en relación con el derecho de los pueblos indígenas a participar en los planes y programas de desarrollo que les conciernen, los que según el TC no pueden adoptar la forma de una consulta vinculante.[10]

Cabe tener presente que Chile, de acuerdo a las disposiciones finales del Convenio (art. 38.2), tiene desde la fecha de su entrada en vigor doce meses para adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones que en él se establecen. Conforme a ello, desde septiembre de 2008 hasta septiembre de 2009 el Gobierno de Chile se ha visto en la necesidad de adaptar su ordenamiento interno a las disposiciones del Convenio. En este proceso el Gobierno se propuso trabajar en tres áreas simultáneas o ejes estructurales, los que se basaron en las recomendaciones de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato (2003)[11] y que fueron recogidos en el "Proyecto Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", de abril de 2008:[12]

1. Sistema político, derechos e institucionalidad.
2. Desarrollo integral de los pueblos (tierras y territorio, desarrollo económico y productivo, educación, salud y cultura, especificidad de los pueblos indígenas).[13]
3. Multiculturalidad y diversidad (política indígena urbana, multiculturalidad en la sociedad, gestión del desarrollo integrado).[14]

La Presidenta, en el respectivo Instructivo Presidencial, explicitó una serie de compromisos en cada una de estas áreas. En esta ocasión el *Informe* revisará con detenimiento el eje "sistema político, derechos e institucionalidad", para exponer de manera muy sucinta algunos puntos clave relativos al derecho de consulta sobre recursos naturales en las Áreas de Desarrollo Indígena (ADI) y en las tierras indígenas.

Una de las medidas que el Gobierno se comprometió a impulsar, y que de acuerdo al Proyecto Re-Conocer se expresaría en varios pro-

10 Tribunal Constitucional, sentencia de 3 de abril de 2008, Rol 1050. Ver también *Informe 2008*, pp. 372-374.
11 Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 28 de octubre de 2003.
12 Mideplan, "Proyecto Re-Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad. Tercera parte: Plan de acción y condiciones para su puesta en marcha", abril de 2008, p. 11.
13 Este eje de trabajo, según el propio texto del Proyecto Re-Conocer, profundizaría y garantizaría el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el pasado entre el Estado y los pueblos indígenas para procurar su desarrollo económico, social y cultural, desde una perspectiva integral y respetando su diversidad e identidad. En relación con las medidas referidas a la tierra y el territorio, el proyecto identifica las que se adoptarían de inmediato para mejorar y optimizar la respuesta pública a la demanda de tierras, así como su entrega y gestión, y el perfeccionamiento de las Áreas de Desarrollo Indígena.
14 Este ámbito buscaría alcanzar la integración plena de los pueblos indígenas, respetando sus diferencias y particularidades, posibilitando la generación de cambios culturales en todos los ciudadanos que habitan nuestro territorio. Una primera área propuesta es una política indígena urbana.

yectos de ley, es el proyecto de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, aprobado en general por el Senado, como se dijo, en abril de 2009. Con todo, de las medidas propuestas en el Programa Re-Conocer solo tres fueron objeto de una consulta general:[15] durante los primeros meses de este año el Gobierno realizó una consulta relativa a la elección de representantes indígenas en la Cámara de Diputados y en los Consejos Regionales, y a la conformación de un Consejo de Ancianos. No hubo mención de otros compromisos.

El proceso de consulta se inició con una invitación a participar en ella, enviada por carta a 4.599 organizaciones. En esta carta se invitaba a participar, se proporcionaba información acerca de los plazos y procedimientos y se adjuntaban las minutas de posición relativas a las tres iniciativas sometidas a consulta. El plazo para contestar se prorrogó excepcionalmente y se obtuvo respuesta de 410 organizaciones, más una persona natural. En una segunda fase se efectuaron talleres con las organizaciones indígenas, en los cuales se conformaron mesas de trabajo para hacer observaciones a las propuestas; las dieciocho jornadas de diálogos participativos se realizaron en trece regiones del país y contaron con la presencia de 789 representantes de comunidades indígenas. Se conformaron 46 comisiones de trabajo.[16]

Al cierre de este *Informe,* en agosto de 2009, no se tienen antecedentes sobre los otros compromisos asumidos por el Gobierno. No hay constancia de que se haya presentado un proyecto de ley que establezca la participación directa de los indígenas en los concejos municipales[17] y en la gestión de las ADI.[18] En el primer informe trimestral 2009 de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de los Derechos Ciudadanos no hay especial atención a las quejas provenientes de ciudadanos indígenas.[19] Por último, el proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del Ciudadano se encontraba en su segundo trámite constitucional en el Senado, tras ser aprobado en la Cámara de Diputados el 10 de marzo de 2008.

Volviendo al proceso de consulta, una revisión más detenida plantea una serie de problemas formales y de fondo. En el plano formal, la consulta no cumple con los estándares establecidos en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que ordena que debe efectuarse de buena fe, con instituciones que sean representativas de los pueblos indígenas, por medios apropiados, y cada vez que se prevean medidas legislativas

15 Conadi, "Consulta sobre contenido de las propuestas sobre participación política de los pueblos indígenas", Santiago, 7 de enero de 2009.
16 "Informe final sobre el proceso de consulta sobre participación política", www.conadi.cl.
17 Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, la que no presenta modificaciones desde septiembre de 2004. Tampoco se ha presentado un proyecto al Parlamento sobre la materia.
18 Las ADI fueron establecidas en la Ley 19.253 del 5 de octubre de 1993. No existen a la fecha propuestas de enmienda.
19 Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, "Primer informe trimestral", enero-marzo 2009, http://www.comisiondefensoraciudadana.cl.

o administrativas susceptibles de afectarlos. En esta ocasión solo se consultó a las organizaciones y asociaciones indígenas que tenían personalidad jurídica (punto 20 del Instructivo Presidencial), sin considerar aquellas instituciones tradicionales que los pueblos indígenas tienen de acuerdo a su derecho consuetudinario (artículos 2.2 letra b, 5 letras a y b, y artículo 8 del Convenio 169).[20]

Además, la base de datos que se quiere establecer (punto 35 del Instructivo Presidencial) para que los servicios estatales puedan conducir un proceso adecuado de consulta contempla a "las comunidades indígenas registradas, los territorios de alta densidad poblacional indígena y las Áreas de Desarrollo Indígena". Ello contraviene las disposiciones del Convenio 169 sobre el derecho de los pueblos indígenas a definir sus propias instituciones representativas. Un catastro de esta naturaleza debería haberse realizado con la participación de los interesados y a través de mecanismos que permitieran un adecuado control de su funcionamiento.[21] Tampoco la minuta de posiciones enviada a las organizaciones indígenas era adecuada, pues se refería a una política pública elaborada sin previa discusión con los interesados, transgrediendo nuevamente lo estipulado en el Convenio 169 en relación con los mecanismos de participación.

El fondo de la consulta también presentaba deficiencias, pues la propuesta no acogía muchos temas planteados por los pueblos indígenas a través de sus organizaciones, las que ven con preocupación que así se legitime una política inconsulta en vez de abrir espacios reales de participación en la definición de los asuntos que les conciernen.[22]

En cuanto a los resultados de la consulta, la CONADI publicó un informe con los principales hallazgos.[23] Allí se fija un sistema de medición general de consensos y desacuerdos, sin precisar los indicadores tenidos en cuenta. Por ejemplo, se establecen seis categorías: a) de acuerdo sin propuestas, b) en desacuerdo, c) en blanco, d) agrega, e) reemplaza, y f) otros. Estar de acuerdo, para la CONADI, implica que se manifiesta el acuerdo o que se reitera el contenido de la minuta en todo o en una parte. Aquí llama la atención que una respuesta parcial se tome como sinónimo de aceptación. La categoría "en desacuerdo" se contabiliza con una respuesta expresa, sin tomar en cuenta las 4.189 cartas de invitación que no fueron contestadas. Solo se considera un aporte cuando se agrega o se reemplaza algo expresamente. Tampoco vale la categoría "blanco", que equivale a una respuesta sin ningún contenido, y finalmente se reagrupa en "otros" cualquier contenido que no esté referido anteriormente.

20 "Informe sombra CERD".
21 Id.
22 Id.
23 "Informe final sobre el proceso de consulta sobre participación política", www.conadi.cl.

Se concluye que dos tercios de los consultados están de acuerdo con las propuestas o tienen planteamientos para modificarlas, sea para agregar contenidos (condiciones, requisitos, criterios o cupos) o para modificarlos en función de hacerlos más adecuados o pertinentes.[24] Debe destacarse, por último, que la opción de introducir cambios es tenida como una aceptación de la propuesta y que el grado de acuerdo obtenido en la consulta epistolar es la mitad (26,6) que aquel que se logra en los diálogos participativos (52,2).[25]

Los asuntos más resistidos en el proceso (epistolar y diálogos) fueron el registro electoral indígena y la prohibición de doble votación, con 26% y 22,2%, respectivamente.[26]

En lo que sigue se revisará, como dijimos, el contenido de la consulta en relación con los tres principales temas vinculados a la participación política: participación en el Congreso Nacional, participación en Consejos Regionales y Concejos Comunales, e institucionalización del derecho de participar en la definición de leyes, políticas y programas que afecten a los pueblos indígenas.

3.1 Participación directa en el Parlamento

La propuesta enviada a las comunidades solo se refirió a la elección de los representantes en la Cámara de Diputados, aunque la Comisión de Verdad y Nuevo Trato ha apuntado expresamente a la necesidad de tener representantes en ambas Cámaras, cuando recomienda que "se garantice la participación de los pueblos indígenas en los órganos donde se forma la voluntad de la nación, a través de la elección de senadores y diputados que representen sus intereses".[27]

La propuesta destaca la importancia de la participación indígena en la formación de la voluntad general del país y la falta de mecanismos institucionales que garanticen esa participación y representación en el Congreso; no existen representantes de los intereses de los pueblos indígenas en el debate público, reconoce la propuesta, y en virtud de ello propone:

> • La creación de un distrito electoral indígena (o Registro Electoral Indígena), conformado por personas que se identifican como pertenecientes a los pueblos indígenas, de conformidad con la Ley Indígena[28] y lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio 169.

24 Conadi, "Resumen final del proceso de consulta sobre participación, resumen ejecutivo", p. 3.
25 Id. Los diálogos participativos se realizaron entre los días 12 y 27 de marzo de 2009.
26 Id.
27 Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, p. 537.
28 Ley 19.253, del 5 de octubre de 1993. "De la calidad de indígena:
Artículo 2°.- Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:
a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación,

• El Servicio Electoral será el órgano encargado de llevar registro de este distrito electoral indígena, y de asegurarse de que no exista doble votación.
• Los requisitos para ser elegido representante en la Cámara de Diputados serán los mismos que para ser elegido diputado,[29] además de pertenecer a un pueblo indígena, estar inscrito en el distrito electoral indígena y ser presentado por uno o más pueblos indígenas, acreditando un apoyo mínimo de 0,2% de las personas del respectivo pueblo, lo que en cualquier caso no puede ser inferior a cien personas.
• Se aseguran seis escaños en la Cámara de Diputados, los que se distribuirían por zona: uno para la zona norte, dos para la zona central y tres para el sur del país.
• La fórmula electoral aplicada es la mayoritaria, es decir, de acuerdo con las más altas mayorías relativas.

A propósito de esta propuesta, debe tenerse en consideración que el último censo de población (de 2002) preguntó por la "pertenencia" a uno de los ocho grupos étnicos reconocidos en la legislación vigente, mientras que en 1992 se consultaba a las personas de catorce años y más acerca de su "identificación" con alguna de estas etnias. Con el cambio en la pregunta se produjo una baja en la población indígena del 8% al 4,6%,[30] lo cual puede traer consecuencias al momento de determinar un registro electoral indígena toda vez que éste se construye, entre otras variables, sobre la base del número de personas indígenas que habiten en Chile.

inclusive la adoptiva; Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.
b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena; Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y
c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.
Artículo 3°.- La calidad de indígena podrá acreditarse mediante un certificado que otorgará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Si ésta deniega el certificado, el interesado, sus herederos o cesionarios podrán recurrir ante el Juez de Letras respectivo quien resolverá, sin forma de juicio, previo informe de la Corporación. Todo aquel que tenga interés en ello, mediante el mismo procedimiento y ante el Juez de Letras respectivo, podrá impugnar la calidad de indígena que invoque otra persona, aunque tenga certificado.
Artículo 4°.- Para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director.

29 Para ser diputado (art. 48 de la Constitución) se requiere "… ser ciudadano con derecho a sufragio, tener cumplido los 21 años, haber cursado la enseñanza media o equivalente y tener residencia en la región a que pertenezca el registro electoral correspondiente durante un plazo no inferior a dos años, contados hacia atrás del día de la elección".

30 INE, *Censo 2002*, www.ine.cl.

3.2 Participación en los Consejos Regionales (CORES) y en los Concejos Comunales

La propuesta presentada por el Ejecutivo solo se refirió a los Consejos Regionales en relación con la elección de representantes indígenas. Pese a que reconoce expresamente que es necesario contar con personas que puedan representar los intereses propios de los pueblos indígenas en el debate público, además de supervigilar el cumplimiento del orden normativo en el país y la actuación de las autoridades, no se hizo cargo de la representación en el nivel municipal. La propuesta estipuló en la consulta:

> • La creación de un distrito electoral indígena (o Registro Electoral Indígena), conformado por personas que se identifican como pertenecientes a los pueblos indígenas, de conformidad con la Ley Indígena y lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio 169.
> • El Servicio Electoral será el encargado de llevar dicho registro y de asegurarse de que no exista una doble votación.
> • Los candidatos deben cumplir con los requisitos generales para ser elegidos consejeros regionales, pertenecer a un pueblo indígena, estar inscritos en el Registro Electoral Indígena y ser presentados por uno o más pueblos indígenas, acreditando un apoyo mínimo de 0,2% de las personas de su respectivo pueblo, lo que en cualquier caso no puede ser inferior a cien personas.
> • La inscripción de la candidatura puede hacerse por listas de candidatos.
> • La fórmula de elección es proporcional con cifra repartidora en caso de repartir más de un escaño, y mayoritaria en caso contrario (esto solo ocurre para las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén y Magallanes).
> • La división de los consejeros regionales es por región en relación con la población regional total. Queda de la siguiente manera: a) un escaño para las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Aysén y Magallanes; b) dos para Arica-Parinacota, Biobío, Los Ríos y Los Lagos; c) cuatro para la Región Metropolitana, y d) ocho para la Región de la Araucanía.

Lo dicho respecto de la elección de los representantes en el Congreso se ajusta a la conformación del Gobierno Regional: la situación es muy similar, se establece un sistema electoral con los mismos requisitos de postulación. Sin embargo, la propuesta en este caso se supedita a la aprobación previa del proyecto que establece la elección directa de los consejeros regionales.[31]

31 Boletín 3.436-07. Proyecto de reforma constitucional en materia de gobierno y administración regional. Esta iniciativa se tramita desde el año 2003 y fue limitada por el Ejecutivo únicamente a la elección del Consejo Regional y la conformación del Senado. En diciembre de 2008 fue aprobada en la Cámara de Diputados y pasó a su segundo trámite constitucional para su

Como se dijo, el gobierno comunal, pese a las expresas recomendaciones de la Comisión de Nuevo Trato, quedó fuera de la consulta y de la propuesta. Esto es particularmente grave pues es en el nivel comunal donde tiene más sentido la participación de los indígenas. Dice el artículo 7.1 del Convenio –norma que, a juicio del Tribunal Constitucional, tiene plena aplicación desde la entrada en vigencia del Convenio el 15 de septiembre de 2009– que "los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en la que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual...". Las municipalidades están definidas como "corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas".[32]

3.3 Institucionalización del derecho a participar en la definición de leyes, políticas y programas que afecten a los pueblos indígenas

Esta materia se relaciona con la posibilidad de los pueblos indígenas de participar en su propio desarrollo, derecho establecido en artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, y que consagra el deber prioritario de los Estados de hacer participar a los pueblos interesados en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan.

En este sentido destaca la iniciativa de consulta vinculada a la necesidad de perfeccionar la institucionalidad para una más eficiente y eficaz atención de los problemas de los pueblos indígenas por parte del conjunto de los órganos de la administración. En concordancia con dicho fin, se crea una Subsecretaría de Asuntos Indígenas (en tramitación en el Parlamento),[33] se establece un Comité de Ministros para Asuntos Indígenas y se busca la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas, materia que fue consultada, al igual que la elección de representantes para la Cámara de Diputados y para el Consejo Regional.

Respecto de los contenidos específicos del Consejo de Pueblos Indígenas, destaca lo siguiente:

1. El reconocimiento de que es necesario establecer una instancia, dotada de fuerza legal, que se convierta en la voluntad de los pueblos indígenas, permitiendo una participación independiente en la toma de decisiones sobre las políticas públicas que les conciernen.

discusión en general en el Senado. El proyecto no tiene urgencia.

32 Artículo 1 de la Ley 18.695 que fija el texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, del 26 de julio de 2006.

33 Boletín 6018-06, proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Asuntos Indígenas, ingresado el 6 de agosto de 2008. Hoy se encuentra en su primer trámite constitucional, sin urgencia.

2. Se trata de un órgano generado democráticamente, independiente y distinto de las demás instancias gubernamentales (instancia nacional, regional y local), destinado a canalizar la participación de los pueblos indígenas y a supervigilar las políticas que puedan interesarles. Tiene la potestad a su vez de tomar resoluciones.
3. Se otorga financiamiento público para su funcionamiento.

Las características más llamativas del Consejo son:

1. Está conformado por 42 consejeros, divididos por etnia en proporción a su presencia nacional (quechua, colla, diaguita, kawésqar, yagán, rapa nui, atacameña, aimara y mapuche).
2. Se eligen por votación directa. Se define por las más altas mayorías relativas de cada caso.
3. Votan los indígenas inscritos en el Registro Electoral Especial. A diferencia de los casos precedentes (Congreso y Consejeros Regionales), se supedita la inscripción a la condición de indígena que requiere la Ley 19.253.[34]
4. Para postular se requiere: a) pertenecer a un pueblo indígena, b) ser ciudadano con derecho a sufragio, c) tener 21 años el día de la elección, y d) ser presentado por el pueblo indígena en las mismas proporciones que para el caso del representante de la Cámara de Diputados o del Consejo Regional.[35]
5. En cuanto a su competencia, el Consejo tiene atribuciones directas sobre la definición de la política nacional indígena, antes de su presentación, en su discusión y en su ejecución. Puede incluso solicitar por escrito explicaciones a la Subsecretaría de Asuntos Indígenas, la que deberá dar una respuesta fundada en el plazo de seis meses. Asimismo, el Consejo tiene voz para la determinación de las prioridades en las partidas presupuestarias y debe aprobar las propuestas de planes y programas destinados al desarrollo económico y sociocultural de los pueblos indígenas, junto con aprobar la creación de las Áreas de Desarrollo Indígena propuestas por la Subsecretaría respectiva. Tiene una función consultiva y de decisión en relación con las propuestas presentadas por la Subsecretaría destinadas a la conservación, el desarrollo y el fortalecimiento de su identidad cultural y patrimonial. Finalmente, se le entrega la

34 Ley. 19.253, promulgada el 5 de octubre de 1993 y actualizada por la Ley 20.117, del 8 de septiembre de 2006.
35 Se valora en esta propuesta la especificidad de las condiciones para formar parte del Consejo de Pueblos Indígenas, en comparación con los modelos de representación en el Congreso y en el cargo de consejero regional; no obstante, esa especificidad es limitada en la descripción de las inhabilidades, en que se incluye un requisito adicional para ser electo, que es tener la enseñanza media o equivalente completa. Esto requisito, que se explica para los diputados, no se justifica en el caso de una institucionalidad propia.

facultad de producir un informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

6. Las decisiones se toman por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio (22 consejeros). Para sesionar se requiere de un quórum mínimo de 28 consejeros. Para asegurar la representatividad se establece una regla que obliga a contar con a lo menos tres representantes indígenas de comunidades diversas al momento de votar, al igual que la necesidad de contar con una mayoría de representantes de una comunidad cuando el asunto se refiere específicamente a dicha comunidad.

Esta propuesta aplica las recomendaciones de la Comisión de Nuevo Trato de que se reconozca a los pueblos indígenas instituciones e instancias organizativas propias de cada uno, y de que exista participación de los pueblos indígenas en la discusión, formulación, ejecución y evaluación de leyes, políticas y programas de desarrollo o de cualquier otra naturaleza que los afecten.

Sin embargo, para la Comisión este Consejo debe tener rango legal y debe servir como una entidad que permita una amplia participación de los pueblos indígenas y de las autoridades en distintos niveles; debe estar abocado a canalizar la participación y consulta en materias de interés de los pueblos indígenas, convertirse en una instancia de investigación y promoción, poseer mecanismos eficientes de financiación y poder influir eficientemente en el diseño e implementación de las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas. En todo caso, esta instancia no reemplaza a la institucionalidad ya vigente.

Ahora bien, en la consulta este Consejo se entendió como un espacio de participación puramente consultivo, en que los pueblos indígenas, en contraste con los lineamientos del Convenio 169, no tienen capacidad y derecho de definir sus propias prioridades en materia de desarrollo (art. 7.1) y a participar efectivamente en las decisiones que les conciernen (art. 6.1.a). Esta manera de entender la participación de los indígenas contraviene la recomendación de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato que establecía la necesidad de reconocer las instancias existentes, y además crear e implementar mecanismos que favorecieran mayores niveles de interlocución con el Estado y el sector privado.[36]

3.4 Derecho sobre recursos naturales en las Áreas de Desarrollo Indígena y en las tierras indígenas

No existen a la fecha de cierre de este *Informe* noticias sobre algún cambio sustancial de la legislación sectorial en materia de aguas, pesca

36 "Informe sombra CERD", p. 90.

y minas. Se trata de una materia de gran importancia ya que el Convenio impone, en su artículo 15, la obligación de adecuar la legislación de modo que los indígenas tengan la administración preferente de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios; participen de los beneficios de los proyectos de desarrollo y obtengan una justa compensación en los casos en que no se pueda alcanzar acuerdo. En Chile, y en especial durante la década de los ochenta, se introdujo un modelo de desarrollo que desatiende los derechos de comunidades locales dando prioridad a las empresas que busquen desarrollar proyectos, sin una preocupación acabada por su sustentabilidad. Este tema será tratado en profundidad en el *Informe 2010.*

3.5 El código de conducta responsable o "código indígena"

En mayo de 2009, el Gobierno hizo público un "código de conducta responsable", el que sería obligatorio para las empresas públicas y voluntario para las privadas y que buscaría hacer participar a los indígenas en el desarrollo de proyectos, así como certificar los proyectos en relación con su sustentabilidad.

El código perseguía responder a los conflictos que surgen como consecuencia de la ejecución de proyectos extractivos de recursos naturales e industriales en territorios indígenas. Con él se buscaba mitigar y compensar económicamente a grupos étnicos (se discutía si sería mediante el pago de un porcentaje de la inversión, un *royalty* o a través de participación accionaria) cuando las inversiones públicas o privadas se ejecuten en sus territorios, ya sea en la superficie o en el subsuelo, con el propósito de explotar recursos naturales. También planteaba que las empresas públicas y privadas deben someterse a una certificación de impacto ambiental –a cargo del Consejo Nacional de Certificación– que tome en cuenta el respeto por las comunidades indígenas que habitan el lugar, calificando los impactos sociales y culturales del proyecto para efectos de otorgar esta certificación. Pero el procedimiento no contemplaba la posibilidad de que las comunidades se opusieran a los proyectos de inversión, ni las condiciones para el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales.[37]

El ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, dijo en su momento que "la propuesta de discutir un código de conducta responsable en materia indígena busca precisamente mejorar de manera progresiva la relación entre los derechos de los pueblos indígenas y los proyectos de inversión productiva", y que a este código tendrían la obligación de someterse todas las empresas públicas, mientras

37 Id., pp 63 y ss.

que las empresas privadas podrían recurrir a él como guía voluntaria, al menos hasta que este proyecto se transformase en ley.[38]

Sin embargo, este código no concordaba en su totalidad con los estándares fijados por el Convenio 169, pues no resguardaba el derecho de los pueblos indígenas a establecer sus prioridades en materia de desarrollo, y favorecía el desarrollo integrado por la vía de la negociación de los impactos negativos de los proyectos de inversión en territorios indígenas.[39] Por ello y por deficiencias de su diseño fue objeto de fuertes críticas por parte de líderes indígenas –que consideraron que el proyecto se elaboró de manera inconsulta–, de organismos de derechos humanos y de sectores empresariales, que alegaron que generaría incertidumbre y desincentivaría las inversiones.[40] A la postre el Gobierno desautorizó el código calificándolo como un borrador que no comprometía al Ejecutivo, y decidió no seguir adelante con esta iniciativa.[41]

4. CONFLICTO EN LA ARAUCANÍA

La situación de violencia que se vive en algunos sectores de la Araucanía ha sido documentada por este *Informe*, así como por organismos internacionales y locales, desde hace años. Durante el último período la conflictividad social ha empeorado; se aprecia un cuestionamiento a la capacidad del Estado para terminar con los actos de violencia en contra de empresas y personas, por una parte, y existe falta de claridad gubernamental sobre la relación que hay entre las políticas de tierra que se implementan y los actos de violencia que se verifican en la Araucanía, por otra parte.

4.1 Aplicación de leyes especiales

En el año 2003 el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, recomendó al Estado de Chile no reprimir las reivindicaciones indígenas con herramientas del derecho penal:

> Bajo ninguna circunstancia deberán ser criminalizadas o penalizadas las legítimas actividades de protesta o demanda social de las organizaciones y comunidades indígenas (...) No deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ("amena-

38 "Código de conducta responsable", en *El Mercurio,* 28 de mayo de 2009.
39 "Informe sombra CERD" pp. 63 y ss.
40 *El Mercurio*, "Empresarios advierten que nueva 'certificación indígena' frenará proyectos", 24 de mayo de 2009.
41 *La Tercera*, "La Moneda busca desactivar la amenaza del nuevo código indígena sobre las inversiones", 7 de junio de 2009; *El Mercurio*, "Consejo de ministros definirá en julio plan de trabajo por norma indígena", 16 de junio de 2009.

za terrorista", "asociación delictuosa") a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas.[42]

En términos similares han manifestado su preocupación al Estado de Chile el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, así como organizaciones no gubernamentales como Human Rights Watch. Todos han recomendado no aplicar la ley antiterrorista a los actos relacionados con reclamaciones legítimas de los indígenas. Por lo demás, la Federación Internacional de Derechos Humanos puntualizó en un informe que "el Estado chileno violó las garantías a un juicio justo y al debido proceso de estas personas, en la medida en que la gravedad de los hechos por los que fueron condenados los imputados mapuche no guarda proporción con la gravedad del tipo delictivo de 'terrorismo' y de las penas impuestas en estos casos".[43]

Calificar de "terroristas" conductas que involucran daños contra la propiedad, pero sin producir riesgos para la vida e integridad física, vulnera los principios de proporcionalidad, racionabilidad y necesidad del derecho penal.

Finalmente, ya en 2007 el Comité de Derechos Humanos había expresado su preocupación señalando que el Estado "debería adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo, de tal manera que se asegure que los procesados no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos".[44] El capítulo sobre Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos de este *Informe* demuestra que se trata de una preocupación que estuvo presente en todos los exámenes a los que se sometió Chile en 2009.

Pese a ello, la promesa de la Presidenta Bachelet de no aplicar la ley antiterrorista, como consecuencia de la huelga de hambre de los presos mapuche en mayo de 2006 ("la justicia ordinaria tiene bastante fuerza para actuar"), no se ha cumplido.

Ilustrativa es la opinión del subsecretario del Interior, Patricio Rosende, quien, respondiendo a la preocupación manifestada por el Relator James Anaya por los hechos de violencia policial contra los mapuche, señaló: "Desmiento un tratamiento discriminatorio de las policías hacia el pueblo mapuche. Los allanamientos, por ejemplo, son todos ordenados por un tribunal y las policías cuidan mucho de que el procedimien-

42 Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión,* 60º período de sesiones, 17 de noviembre de 2004, E/CN.4/2004/80/Add.3.
43 "Informe sombra CERD".
44 Comité de Derechos Humanos ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile*, 17 de abril de 2007, CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 7.

to sea lo más pacífico y respetuoso posible y no derive en reclamos".[45] Sus declaraciones se contradicen con los operativos policiales que se han organizado en la zona; a fines de 2008 la prensa local informaba de dieciséis predios forestales y agrícolas que se encontrarían con protección policial, de la incorporación de una unidad de crimen organizado en el lugar y de la acusación de uso irracional de la fuerza que mapuches hicieron en contra de Carabineros.[46]

En febrero de 2009, la abogada de la Gobernación Provincial de Cautín, Doris Tello, presentó una querella criminal ante el Tribunal de Garantía de Lautaro invocando la Ley 18.314 sobre conductas terroristas en una causa por incendio y sustracción de especies de una propiedad agrícola, en la cual se había imputado a varios mapuche. Al respecto sostuvo el ministro del Interior, el 12 de febrero: "En este caso se configuran todos los antecedentes de una organización o de un intento de organización terrorista. Por consiguiente, vamos a aplicar todas las medidas correspondientes, inclusive vamos a invocar la aplicación de la Ley Antiterrorista".[47] Antes, en octubre de 2008, el Ministerio Público invocó también esta ley en contra de dos estudiantes de la Universidad Católica de Temuco y un estudiante secundario, por hechos relacionados con la protesta mapuche en la región de la Araucanía.

Como se ve, la promesa presidencial de dejar de aplicar la Ley Antiterrorista a los indígenas no ha hecho mella en el Ministerio Público. Y los fiscales han ido aun más lejos. El fiscal jefe de Temuco señaló, con ocasión de un incendio provocado en la Forestal Santa Elena, que se trataba de un delito "terrorista" y que esa calificación era un elemento a su favor, pues así se le otorgaban "mayores atribuciones para indagar".[48] En cuanto a la aplicación de la ley de seguridad interior del Estado, el mismo fiscal indicó que la calificación del delito para la aplicación de esta ley "depende del Gobierno, pero que el Ministerio Público como ente autónomo puede tipificar y catalogar la investigación como terrorista".

Hasta agosto de 2009 existían en la región de la Araucanía veinte personas procesadas por delitos contemplados en la Ley Antiterrorista:

45 *El Mercurio*, "Rosende: 'No existe un compromiso del Gobierno para no aplicar la ley antiterrorista", 14 de abril de 2009.
46 *El Austral*, "16 predios forestales y agrícolas están con protección policial en la región", 11 de noviembre de 2008; "Carabineros prepara plan de contingencia a un año de la muerte de Matías Catrileo", 1 de enero de 2009; "Incorporan a Unidad de Crimen Organizado", 28 de agosto de 2008; "Mapuches acusan que hubo uso irracional de la fuerza: Presentarán recurso de protección", 25 de agosto de 2008; Mapuexpress.net, "Seguidilla de violentos allanamientos a casas de familias y hogares estudiantiles mapuche", 7 de febrero de 2009.
47 *El Mercurio,* "El Gobierno invocará la Ley Antiterrorista en el caso del activista mapuche de la CAM", 13 de febrero de 2009.
48 *El Austral*, "Fiscalía califica ataque como delito terrorista", 24 de enero de 2009.

• Félix Delgado y Jonathan Vega, estudiantes de antropología de la UCT, y Rodrigo Huechipán, estudiante secundario menor de edad. Se les imputa "incendio terrorista frustrado" por un supuesto intento de ataque incendiario el 30 de octubre de 2008 en el ByPass de Temuco. El proceso se encuentra en etapa de investigación, y los jóvenes están con medida cautelar de arresto domiciliario total durante los ocho meses de investigación.

• Mauricio Huaiquilao Huaiquilao: se le imputan "incendio terrorista, incendio simple, homicidio frustrado y amenazas" por atentado a propiedades de Eduardo Luchsinger el 16 de agosto de 2008. Además, se le imputa "incendio terrorista frustrado" por hechos ocurridos el 30 de octubre de 2008 en el ByPass de Temuco. El proceso se encuentra en etapa de investigación y Huaiquilao está recluido en el Centro de Detención Preventiva (CDP) de Temuco.

• Miguel Tapia Huenulef y Andrés Gutiérrez Coña: ante el Juzgado de Garantía de Lautaro se les imputa "ataque incendiario, daños y lesiones", todos de carácter terrorista, al fundo San Leandro en Lautaro, de propiedad de Pablo Hardener, en enero de 2009. Además a Miguel Tapia Huenulef se le imputa la tenencia ilegal de armas de fuego ante el Juzgado de Garantía de Temuco. El proceso se encuentra en etapa de investigación y ambos están recluidos en el CDP de Valdivia.

• Edgardo José Hernández Lucero: se le imputa la participación en una serie de atentados con bomba cometidos en la Región de la Araucanía.

• Comuneros mapuches del sector de Tirúa, provincia de Arauco, a quienes se les aplica la Ley Antiterrorista en el ámbito de la investigación del ataque contra el fiscal Elgueta. El Gobierno se hace parte mediante una querella. Los imputados son José Huenuche (32 años), Javier Navarro (27 años), Ramón Llanquileo (27 años), Luis Menares (31 años), Norberto Parra Leal (35 años), César Parra Leal (26 años), Richard Nuhuel (18 años), Segundo Ñehuén (43 años), Carlos Muñoz (24 años), Elcides Huiquemán (25 años) y Jonathan Huillical (24 años).

• Mireya Figueroa Araneda: dirigenta mapuche de la comunidad de Tricauco, imputada por el delito de "incendio terrorista" en el fundo Poluco Pidenco de la empresa forestal Mininco, en diciembre de 2001. Estuvo clandestina cerca de seis años. Fue detenida el 30 de junio de 2009 en Santiago y trasladada a Angol. Sufre de un cáncer avanzado, con metástasis ósea y metástasis pulmonar en estudio; además sufre de diabetes, hipertensión, enfermedades reumatológicas y traumatológicas, trastorno de estrés postraumático producto de la experiencia de tortura que habría sufrido y una depresión mayor crónica por la situación física y emocional que la afecta. El 8 de julio de 2009 se realizó una audiencia en Angol para determinar las medidas cautelares y las particularidades del juicio. En razón de la delicada condición de la imputada y a petición de su defensa, los jueces optaron por aplazar el juicio hasta

el 25 de agosto, y dieron cinco días de plazo al Servicio Médico Legal para que realizara exámenes para conocer su estado de salud.[49] El seguimiento de su caso será materia del *Informe 2010.*

4.2 Violencia policial

La actividad de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones (PDI) en la zona vulnera reiteradamente los derechos fundamentales de los indígenas. Un método de acción de las fuerzas policiales ha sido la búsqueda de sujetos presuntamente vinculados a grupos delictuales mediante grandes operativos para obtener su detención; así ocurrió con el operativo policial que se realizó en septiembre de 2008 en la localidad de Temucuicui, ocasión en que residentes mapuche liderados por Jorge Huenchullán presentaron un recurso de protección por uso irracional de la fuerza.[50] El recurrente afirmó en dicho recurso que en ningún momento se les mostró orden de allanamiento. En respuesta, el prefecto de Malleco declaró que la actuación de Carabineros había sido racional y proporcional a los hechos. Otro allanamiento a gran escala se llevó a cabo para lograr la captura del comunero Alejandro Cayupe Aillipán; en el masivo operativo de la PDI participaron 130 efectivos, que allanaron un total de trece viviendas. [51]

La fundación Instituto Indígena, vinculada a la Iglesia Católica, ha planteado su preocupación por estos allanamientos, donde se han producido violaciones de derechos, y por el consiguiente incremento de las denuncias de comuneros y dirigentes mapuche por malos tratos y excesos policiales. La fundación espera que los organismos del Estado cumplan con el objetivo central de la reforma procesal penal, esto es, conjugar la efectividad de las investigaciones con la garantía de los derechos de los investigados. Por su parte, el gobernador provincial de Cautín señaló que todo allanamiento debe estar autorizado por una orden judicial emitida por un tribunal de garantía.[52]

En cuanto al detalle de las denuncias por irrupción violenta de la policía uniformada en las comunidades, reiteran la inexistencia de órdenes de allanamiento, los destrozos en casas, huertos y cercos, la incautación de herramientas como azadones o palas y de elementos culturales como trutrukas y kultrunes. También se da cuenta del retiro de animales por parte de la policía, sin orden judicial ni explicaciones serias cuando se han solicitado. Más graves son las denuncias que se refieren a la violencia con que se actúa en los operativos que afectan a adultos ma-

49 "Informe sombra CERD", p. 75.
50 *La Tercera*, "Presentan recurso de protección a favor de comunero Jaime Huenchullán", 25 de septiembre de 2008.
51 *El Austral*, "Masivo operativo de la PDI logra detención de comunero acusado de ataque incendiario", 5 de septiembre de 2008.
52 *El Austral*, "Denuncian exceso de allanamientos a comunidades", 24 de febrero de 2009.

yores, mujeres y menores de edad: se relatan insultos racistas, golpes y amedrentamiento con armas de fuego contra niños y niñas. En algunos casos, como se sabe, la acción de Carabineros ha ido más lejos aun, hiriendo a jóvenes como Jorge Marimán (herido de bala en la comuna de Ercilla el 21 de julio pasado), o incluso dando muerte a comuneros mapuche, como Alex Lemún,[53] Matías Catrileo y Jaime Mendoza Collío.

Los allanamientos en comunidades alejadas de grandes centros urbanos, y por lo tanto de los medios de comunicación, son hechos violentos por su masividad e impunidad. Importantes contingentes de fuerzas especiales se desplazan en buses y autos de servicio, carros lanzagases y tanquetas, para irrumpir durante la madrugada y registrar casas y galpones, agrediendo física o verbalmente a mujeres, ancianos y niños. La comunidad más afectada ha sido Temucuicui, en la comuna de Ercilla, debido al intenso conflicto territorial en la zona. Sus habitantes son constantemente sometidos a vigilancia, controles públicos, allanamientos y detenciones.

El 29 de julio de 2008, tres buses de Carabineros, además de un carro lanzaaguas y un carro lanzagases, allanaron las viviendas de esta comunidad por orden del Juzgado de Garantía de Purén. En este operativo, cerca de un camino interno, Carabineros detuvo a Patricio Queipul Millanao, un niño de trece años que fue obligado a subir a un carro policial, donde fue interrogado. Al oponer resistencia, fue agredido con golpes de puño y patadas, mientras, entre insultos, le preguntaban por animales desconocidos, lugares donde se esconderían los prófugos y si tenían armas. Ésta era la tercera vez que el menor de edad denunciaba ser víctima de maltrato policial [54]. El último hecho registrado en la comunidad al cierre de este *Informe* ocurrió el 24 de agosto de 2008, cuando nuevamente se denunciaron agresiones en contra de niños y mujeres.

La comunidad de Yeupeco, en Vilcún, es otra que ha denunciado reiteradas acciones de hostigamiento y allanamientos violentos, en particular después de la muerte de Matías Catrileo en el área, lo que determinó un operativo policial de proporciones en que varias de las viviendas de la comunidad y sus moradores fueron objeto de maltrato físico y verbal por efectivos policiales.

Durante enero y febrero de 2009 se verificó un total de doce allanamientos de vivienda, que afectaron a personas mapuche y/o a personas no indígenas pero vinculadas con el pueblo mapuche, en diversas zonas del país, incluyendo las comunas de Los Ángeles, Padre las Casas, Labranza, Chol-Chol, Melipeuco, Temuco y Santiago.

Varias diligencias de ingreso, registro e incautación que han sido realizadas por Carabineros a contar del 13 de enero hasta la fecha se en-

53 El oficial de Carabineros fue exento de toda responsabilidad penal por los tribunales militares.
54 "Informe sombra CERD", p. 81.

marcan en la investigación del incendio y la sustracción de especies del fundo San Leandro, de propiedad de Pablo Hardener Truán, ubicado en la comuna de Lautaro, ocurrido el 12 de enero. Dirige la investigación el fiscal Sergio Moya, de la Fiscalía Regional de Temuco, en causa que se sigue ante el Juzgado de Garantía de Lautaro. De acuerdo al Ministerio Público los hechos investigados revestirían el carácter de terroristas.

Estas diligencias, en primer término, se realizaron sin la presencia del fiscal, presencia que constituye una condición mínima para garantizar los derechos de los imputados y de sus familias, y con mayor razón si se investigan presuntos delitos de carácter terrorista. El registro de los domicilios no se realizó con apego a las normas establecidas en el Código Procesal Penal, ya que no se permitió la presencia de sus moradores durante el registro. En muchos casos Carabineros registró simultáneamente diversas dependencias de cada domicilio.

Por otro lado, y tal como lo ha confirmado la Corte de Apelaciones de Temuco en fallo del 13 de febrero, sobre el recurso de amparo interpuesto en favor de Nataly Sanhueza Inostroza y Francisco González Cárdenas, Carabineros ha incurrido en irregularidades en sus procedimientos al llevar a cabo una orden verbal de allanamiento, en circunstancias que ésta había sido expedida con seis días de anterioridad, lo que no se condice con el carácter de urgencia que dicha orden verbal tiene de conformidad al Código Procesal Penal.

4.3 Matías Catrileo y Jaime Mendoza: muertos por la acción de Carabineros

Uno de los hechos destacados en el *Informe 2008* fue la muerte de Matías Catrileo. Al cierre de esta edición, el sumario estaba cerrado y la fiscalía militar de Temuco pedía diez años de prisión para el cabo segundo de Carabineros Walter Ramírez, por el delito de "violencia innecesaria con resultado de muerte".[55] Sin embargo, en la investigación administrativa interna de Carabineros el uniformado fue absuelto por el subprefecto de Cautín, Fernando Barja, quien concluyó que los disparos habían sido realizados al aire.[56]

En julio se dio a conocer una grabación del día de la muerte de Catrileo –cuya autenticidad no ha sido desmentida–, donde se escucha a un policía aconsejar a otro disparar a quienes estaban prendiendo fuego en el fundo ocupado:

> –Están atacando el fundo por la parte posterior. A la vista alrededor de veinte (personas).

55 *El Mercurio*, "Fiscal pide 10 años de cárcel para cabo que le disparó a Matías Catrileo", 21 de agosto de 2009.
56 *El Mercurio*, "Absuelven a sargento por la muerte de Matías Catrileo", 10 de junio de 2009.

–¿Con qué elementos estarían atacando?
–Armamentos, piedras, piedras y están quemando unos fuegos que tenían acá, pero por la parte posterior, posterior.
–Mándales un balazo.

El subsecretario del Interior no dijo nada respecto de la grabación, mientras el abogado defensor de Walter Ramírez la calificaba como "de mala calidad y parcial".[57]

En otro caso similar, y mientras Chile rendía su examen ante el Comité contra la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, el comunero mapuche Jaime Mendoza Collío, de veinticuatro años, resultó muerto por la acción de Carabineros en el fundo San Sebastián, en la comuna de Angol. La versión de la policía es que el hecho se produjo por un acto de legítima defensa, pues los comuneros habrían atacado a los funcionarios. Sin embargo, los exámenes de autopsia acreditaron que Mendoza recibió un disparo por la espalda. El resultado forense concuerda con el testimonio de un comunero que presenció los hechos:

> los chiquillos venían arrancando de los Carabineros porque les venían disparando (...) los jóvenes no estaban disparando (...) traían boleadoras y hondas elásticas.[58]

En casos tan graves como éstos las autoridades de Gobierno y policiales deben asegurar que las investigaciones se desarrollen con garantías de debido proceso y transparencia, con el objeto de determinar a los responsables y sancionarlos. En el *Informe 2010* se informará sobre el seguimiento de estos casos de violencia policial y sobre la respuesta de las autoridades, las que al cierre de esta edición no eran satisfactorias.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Uno de los aspectos más problemáticos en materia de derechos humanos en Chile lo constituye la relación que el Estado mantiene con los pueblos indígenas, en especial con el pueblo mapuche. Las políticas de distribución de tierras no han logrado destrabar un conflicto que ya lleva más de una década y en el que se registran graves violaciones a los derechos humanos, como son las acusaciones de tortura y los casos de abusos policiales, violencia innecesaria, allanamientos ilegales y aplicación de leyes especiales. En este contexto, la discusión del pro-

57 Emol, "Grabación revela el diálogo policial previo a la muerte de Matías Catrileo", 2 de julio de 2009.
58 *El Austral*, "Jaime Facundo Mendoza Collío (testimonio sobre su asesinato)", ver en YouTube.

yecto de reforma constitucional que daría reconocimiento a los pueblos indígenas asoma como un nuevo posible conflicto, en tanto no está en observancia con las exigencias internacionales. Por tales motivos, no extraña que organismos internacionales permanentemente condenen la actuación estatal respecto de los pueblos indígenas. Con la entrada en vigencia de esta reforma se abre una posibilidad cierta de un camino de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas, que podría paulatinamente poner fin a la conflictividad social que se vive, particularmente en la Araucanía.

Ante tales hechos, se formulan las siguientes recomendaciones:

1. El Gobierno debe asegurarse de implementar las recomendaciones que el Relator Especial efectuó para la realización de consultas a pueblos indígenas. Para ello es necesario que mantenga una fluida comunicación con la oficina del Relator.
2. Es preciso que tanto el Gobierno como el Congreso Nacional implementen las medidas para la consulta; que ésta se difunda apropiadamente; que eventualmente se establezca un organismo técnico responsable de tales procesos de consulta, en cuya composición haya representantes de pueblos indígenas.
3. El Congreso Nacional debe modificar la redacción del proyecto que otorga reconocimiento constitucional a los pueblos indígenas, adecuándolo a los compromisos internacionales suscritos por Chile.
4. El Gobierno debe impulsar activamente la implementación de las conclusiones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato en materia de participación política de pueblos indígenas (en los niveles nacional, regional y comunal). Así haría efectivos los mandatos del Convenio 169 en la materia (artículos 6 y 7).
5. El Gobierno debe impulsar la discusión, con plena participación de pueblos indígenas y otros actores interesados, para la elaboración de un código de conducta responsable, que permita el desarrollo de proyectos de inversión en tierras indígenas de manera sustentable y, en todos los casos en que sea posible, con su aprobación.
6. El Estado debe evitar perseguir a indígenas envueltos en hechos de violencia mediante el uso de legislación especial de carácter antiterrorista.
7. Los tribunales de justicia y Carabineros deben investigar, determinar responsabilidades y sancionar a los funcionarios policiales involucrados en violencia innecesaria en contra de personas indígenas, en particular en aquellos casos en que se han producido muertes y afectación de los derechos de niños y niñas.

DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y REFUGIADOS

SÍNTESIS

De ser un país que expulsaba a personas, Chile se ha ido convirtiendo en un país receptor de trabajadores migrantes y refugiados, condición que implica desafíos significativos a la institucionalidad migratoria y a las prácticas de las autoridades del país. En esta sección se consideran algunos de los rasgos más importantes de la situación de migrantes y refugiados en Chile, examinando tres derechos en particular: el derecho a la nacionalidad, el derecho a no ser discriminado y los derechos laborales. Se destaca la situación de los hijos nacidos en Chile de extranjeros en situación migratoria irregular, niños a quienes se les niega la nacionalidad chilena en contradicción con los derechos que el Estado se ha comprometido a respetar y promover. Igualmente, se describen situaciones de discriminación de personas migrantes y refugiadas, y se revisa el procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado y las políticas estatales para integrarlos. También se analiza la protección y garantía de los derechos laborales de los migrantes y refugiados, en particular el vínculo entre situación laboral y situación migratoria. Finalmente, se formulan recomendaciones a la autoridad migratoria para apoyar la implementación de una política migratoria respetuosa de los derechos de las personas.

Palabras clave: Migrantes, refugiados, Dirección de Extranjería, discriminación, derecho a la nacionalidad, inclusión.

INTRODUCCIÓN

Sin proponérselo, como resultado de su situación económica privilegiada en América del Sur y de una política migratoria relativamente abierta, Chile es hoy en día un país receptor de migrantes económicos. También, por el recrudecimiento del conflicto civil armado en Colombia, se

ha gestado un flujo de refugiados provenientes de ese país.[1] Al mismo tiempo, Chile ha recibido refugiados reasentados, en general palestinos provenientes de Irak y colombianos radicados en Ecuador.

La condición de Chile como país receptor de migrantes y de refugiados plantea al Estado y a la sociedad retos sociales, políticos y económicos. La necesidad de responder con autorizaciones para residir legalmente en el país, pero también con programas sociales de integración, y condiciones de protección, es la materialización de la responsabilidad internacional de proteger y garantizar los derechos humanos de los migrantes y refugiados, en tanto extranjeros que se encuentran en territorio sujeto a jurisdicción chilena.

El ingreso masivo de personas que buscan regularizar su situación migratoria, su impacto en el mercado laboral y su demanda de servicios sociales han obligado a las instituciones públicas a crear programas y a reestructurar otros para responder a estas situaciones. En la práctica, esto se traduce en la necesidad de modificar la política y práctica migratorias, otorgando, por ejemplo, autorización para trabajar a los solicitantes de refugio, poniendo en marcha un programa de regularización y buscando formas de agilizar procedimientos en vista del incremento de las solicitudes de visa. También deberán considerarse las barreras idiomáticas y diferencias culturales y religiosas al diseñar programas sociales, ampliar su cobertura y cambiar las condiciones de acceso a programas estatales particularmente recargados, como salas cuna y jardines infantiles, programas de empleo y subsidios habitacionales, entre otros.

La responsabilidad internacional por la protección y garantía de los derechos humanos de los extranjeros que se encuentren en el territorio es una perspectiva que muchas veces se omite en el análisis de la migración, sea voluntaria o forzada. El propósito de este capítulo es precisamente describir y analizar algunos de estos derechos (derecho a la nacionalidad e identidad, derechos laborales, derecho a la no discriminación), a partir de los estándares internacionales y dar a conocer violaciones de ellos que no se denuncian. La razón para revisar detalladamente estos tres derechos fundamentales es su vínculo directo con el proceso migratorio y el especial impacto que tiene su protección y garantía en la protección de otros derechos.

El análisis se nutre de información estadística disponible en fuentes estatales, análisis de las normas migratorias chilenas y entrevistas a autoridades estatales, representantes de organismos internacionales, funcionarios consulares, migrantes y refugiados. En algunos casos se incluyen citas de las entrevistas e información recibida. En otros casos, la información recibida sirvió para orientar la investigación. El capítulo

1 Factores geográficos, el crecimiento económico y la ausencia de requisitos como una visa consular para ingresar al país han convertido a Chile en un país de destino para los colombianos.

se estructura con una breve presentación de los estándares internacionales en la materia, para continuar con la descripción de la política y la legislación migratorias en Chile, la migración en cifras, el análisis de los derechos considerados, un apartado especial para el caso de los refugiados y reasentados, y finalmente recomendaciones relativas a los derechos en cuestión.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Los Estados están obligados a proteger los derechos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, con independencia de su nacionalidad o condición migratoria, entre otros aspectos. Así lo establecen todos los tratados generales de derechos humanos.[2]

Ello no significa que los extranjeros tengan siempre todos los derechos que tienen los nacionales. Para ejercer la libertad de locomoción o circulación es necesario encontrarse legalmente dentro de un Estado; es decir, haber sido admitido conforme a la ley y tener autorización para permanecer allí. Una persona tiene siempre derecho a salir de cualquier país, y a ingresar a su propio país; pero un Estado puede restringir el ingreso de extranjeros con fundamento en la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de terceros, siempre que sean compatibles con los demás derechos. En otras palabras, no existe la obligación de admitir a una persona extranjera, las razones para restringir el ingreso son limitadas,[3] y en cualquier caso, si se trata de un refugiado, debe permitírsele ingresar y ofrecerle protección.[4] Los nacionales deben ser admitidos siempre.

El extranjero que se encuentra legalmente en un país solamente puede ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a de-

2 Los tratados de derechos humanos incluyen cláusulas generales de no discriminación como éstas: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2; "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1; "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.1.

3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.1, 2, 3 y 4.

4 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33 (obligación de *non refoulement*); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.7 y 8.

recho, permitiéndosele presentar razones en contrario y garantizándole el derecho a una revisión de la medida por una autoridad competente.[5]

Algunos derechos están directamente vinculados a la nacionalidad, concretamente los derechos políticos: el ejercicio y garantía del derecho a participar en asuntos públicos, a elegir y ser elegido en elecciones y a ejercer funciones públicas se limita a los ciudadanos.[6] Salvo por estos derechos políticos, en general los migrantes tienen los mismos derechos que los nacionales.

Existe un instrumento específico para proteger a los trabajadores migratorios, por sus condiciones de vulnerabilidad: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Este acuerdo, más que desarrollar o reconocer nuevos derechos, sistematiza y detalla en un solo instrumento los derechos económicos, sociales y culturales, así como civiles y políticos, que se encuentran codificados en otros documentos internacionales. Por ello, desde el preámbulo hace referencia a los instrumentos de Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo que fueron considerados.[7]

Con respecto a los refugiados, Chile es parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo.[8] En ella se establece la prohibición de exigir a los refugiados que tengan su situación migratoria conforme a derecho para el reconocimiento de su condición, y de expulsar o devolver a una persona a un Estado donde teme por su vida o su libertad. Además, existe un acuerdo marco entre el Estado de Chile y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) sobre reasentamiento de refugiados, con modificaciones relativas al número de beneficiarios.[9]

2. POLÍTICA Y LEGISLACIÓN MIGRATORIA EN CHILE

Durante la década de 1970, la política migratoria de la dictadura tenía por objeto garantizar que las personas expulsadas y exiliadas no pudieran reingresar al país. Por otro lado, las condiciones internas no hacían de Chile un destino atractivo para la migración internacional, por lo que no se le consideraba un país receptor: la represión política y las

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.6.
6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23.
7 Cabe destacar que la Convención desarrolla una sección relativa a los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (Parte III, que versa sobre derechos humanos en general) y otra para quienes estén documentados o en situación regular (Parte IV, que profundiza en los derechos laborales, de salud y seguridad social).
8 La Convención establece el principio de no discriminación, el derecho a la propiedad, el derecho de asociación, el derecho de acceso a la justicia, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, a la educación, a la asistencia pública y a la seguridad social.
9 Decreto 138, del 17 de agosto de 2002.

condiciones económicas eran disuasivos eficaces, mucho más que la política migratoria en sí misma.

El Decreto Ley 1.094, de julio de 1975, reglamentado por el Decreto Supremo 597 de 1984, dictados en el marco de una política de expulsión de disidentes políticos, continúa vigente en Chile. No obstante, con los cambios en las condiciones del país y de la región el mismo marco normativo tiene un efecto diferente. Esa misma legislación permite hoy que los extranjeros ingresen al país como turistas y puedan solicitar visas sujetas a contrato laboral o residencia temporaria con fundamento en vínculos con chilenos, embarazo o tratamiento médico, o varios vínculos laborales de tiempo parcial, entre otros. La misma legislación, con algunas modificaciones en materia de refugio, permite que un número creciente de extranjeros ingrese a Chile buscando la protección de su vida, integridad y libertad que no ha encontrado en otros países.

2.1 Criterios arbitrarios para el ingreso de extranjeros y otorgamiento de visas

En Chile, el otorgamiento de las visas y la imposición de sanciones corresponden al Ministerio del Interior, a través del Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, el DEM). Policía Internacional, dependiente de la Policía de Investigaciones, es responsable del control en los puntos de ingreso y de la ejecución de las órdenes de expulsión.

La legislación chilena establece algunos criterios y categorías para el ingreso de extranjeros y el otorgamiento de visas que son contrarios a lo que disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos. El artículo 15 del Decreto 1.094 de 1975 enumera dentro de los impedimentos para el ingreso la propagación y el fomento de "doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de Gobierno", y menciona entre los impedidos de entrar a "los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado", y "los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres", entre otros. Cuando se considera como impedimento para el ingreso la opinión y la expresión política, se viola la libertad de expresión y los derechos políticos. Además, cláusulas amplias como la referida a la moral y las buenas costumbres son campos fértiles para la discriminación, particularmente contra las minorías sexuales, o simplemente contra personas de creencias liberales o alternativas.

El mismo decreto enumera una serie de situaciones por las cuales podrán rechazarse las solicitudes de visa, tales como condena por crimen

o simple delito; "los que durante su residencia en el territorio nacional realicen actos que puedan significar molestias para algún país con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o para sus gobernantes"; los que infrinjan las prohibiciones e incumplan las obligaciones que establece esa norma; los que no cumplan con los plazos establecidos en esa norma; "los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieren lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo", los que incumplan sus obligaciones tributarias; por último, "podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales".

Estas categorías no son de obligatorio cumplimiento: el DEM puede o no rechazar una solicitud de visa con fundamento en ellas, con lo cual pueden generarse respuestas disímiles a situaciones iguales, lo cual afecta el derecho a la no discriminación.[10] Además, las categorías son muy vagas, lo que da amplias facultades a los funcionarios, y de ello pueden resultar acciones arbitrarias, discriminatorias o de abuso de poder. Estas normas no solo son discrecionales, también establecen categorías amplias, discriminatorias y violatorias de derechos políticos, pues desconocen el principio de proporcionalidad al establecer la misma consecuencia para conductas disímiles, como cometer un delito, infringir las normas tributarias o incumplir un plazo. También, al incluir "razones de conveniencia o utilidad nacionales", se establece una cláusula abierta que permite un ámbito de discrecionalidad muy amplio; ello viola el principio de legalidad, que establece que toda actuación del Estado y sus funcionarios debe tener su origen en una ley. La persona sujeta a la jurisdicción del Estado tiene derecho a conocer cuál será la consecuencia de su conducta, entendiendo claramente lo que está permitido y lo que está prohibido.

Un extranjero que ingresa a Chile como turista puede solicitar visa sujeta a contrato con la presentación de un contrato laboral que cumpla los requisitos de la ley chilena, y además otras cláusulas especiales que exige el DEM, entre ellas una cláusula de vigencia que establece que la obligación de prestar servicios contenida en el contrato solo será exigible una vez que la persona obtenga el visado respectivo; la cláusula de viaje, en la que el empleador se obliga a pagar el pasaje de regreso al país de origen al trabajador y su familia cuando termine la relación laboral; que el contrato cumpla con las normas tributarias chilenas y con las obligaciones legales relativas a seguridad social y salud. Si termina la relación laboral, la visa termina. El trabajador tiene treinta días para conseguir un nuevo trabajo y presentar los documentos respectivos, de lo contrario quedará en situación irregular.

En todo caso, en Chile las obligaciones laborales son independientes de la situación migratoria, por lo que un trabajador migrante puede

10 Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

solicitar siempre a las autoridades laborales la protección de sus derechos. Los empleadores pueden ser sancionados por las autoridades migratorias por contratar a una persona sin autorización para trabajar. Esta sanción, sin embargo, no tiene consecuencias en materia laboral, ya que la relación de trabajo y los derechos y obligaciones que de ella se derivan no dependen de la condición migratoria.

Otras clases de visa que se pueden solicitar para residir en Chile son por vínculo de matrimonio, o por ser madre, padre o hijo de una persona chilena, o por tratamiento médico o embarazo, presentando los certificados médicos respectivos. Una persona con título profesional o estudios técnicos puede solicitar visa de residencia temporaria, acreditando su decisión de radicarse en el país.

Peruanos y colombianos deben presentar el certificado de antecedentes penales de su país para los trámites de cualquier visa.[11] Quienes ya obtuvieron un visado deben presentar además un certificado de antecedentes penales chileno.

2.2 Refugiados

Los refugiados pueden solicitar el reconocimiento de su condición y la expedición del visado respectivo a la autoridad migratoria. Luego de ello se ponen en contacto con la Vicaría de la Pastoral Social, que es la agencia a cargo de los programas del ACNUR en Chile, donde deben recibir asistencia social y económica para su proceso de integración. La Vicaría también recibe fondos del Estado chileno, a través del Departamento de Extranjería y Migración, para desarrollar programas de asistencia a la población refugiada. Los reasentados, en cambio, ingresan a Chile con visado de refugiados, y también reciben asistencia a través de los programas de la Vicaría.

2.3 ¿Nueva política migratoria? El Instructivo Presidencial de 2008

El 2 de septiembre de 2008, la Presidenta dictó un Instructivo Presidencial sobre Política Migratoria que creó el Consejo de Política Migratoria, un organismo compuesto por ministerios y órganos estatales cuyas funciones están relacionadas con la población migrante, con el objeto de elaborar propuestas y coordinar sus acciones.[12] El Instructivo define a Chile como un país de acogida y anuncia proyectos legislativos en materia de migración y refugio. Al cierre de este *Informe*, en

11 Este requisito adicional se fundamenta en la capacidad de los consulados para emitir dichos certificados y en la capacidad de los Estados de origen para compartir información de manera eficaz con la Interpol.

12 Ya en 2001 existía la voluntad de crear el Consejo de Política Migratoria. Ver *Informe 2007*, pp. 321- 322.

agosto de 2009, el Consejo no se había reunido ni una sola vez. No obstante, el DEM ha promovido reuniones bilaterales con las instituciones miembros del Consejo.

Luego de considerar la política y la legislación vigentes, cabe contrastarlas con algunos datos básicos para hacerse una idea de la magnitud y características de la migración en Chile.

3 LA MIGRACIÓN A CHILE, UNA VISIÓN DESDE LAS CIFRAS

La migración es un fenómeno relativamente reciente en Chile. Según el Censo de 2002, entonces había 184.464 personas extranjeras en el país. El DEM estima que en 2009 esa cifra alcanza a 290.900 personas, lo que constituye un aumento del 57,7% en solo siete años. Las razones económicas son primordiales para explicar este crecimiento, pero hay otros factores, como la ausencia de visas consulares.[13] También inciden las condiciones de seguridad del país y, en el caso de los colombianos que buscan refugio, la posibilidad de viajar por vía terrestre sin restricciones de visa.

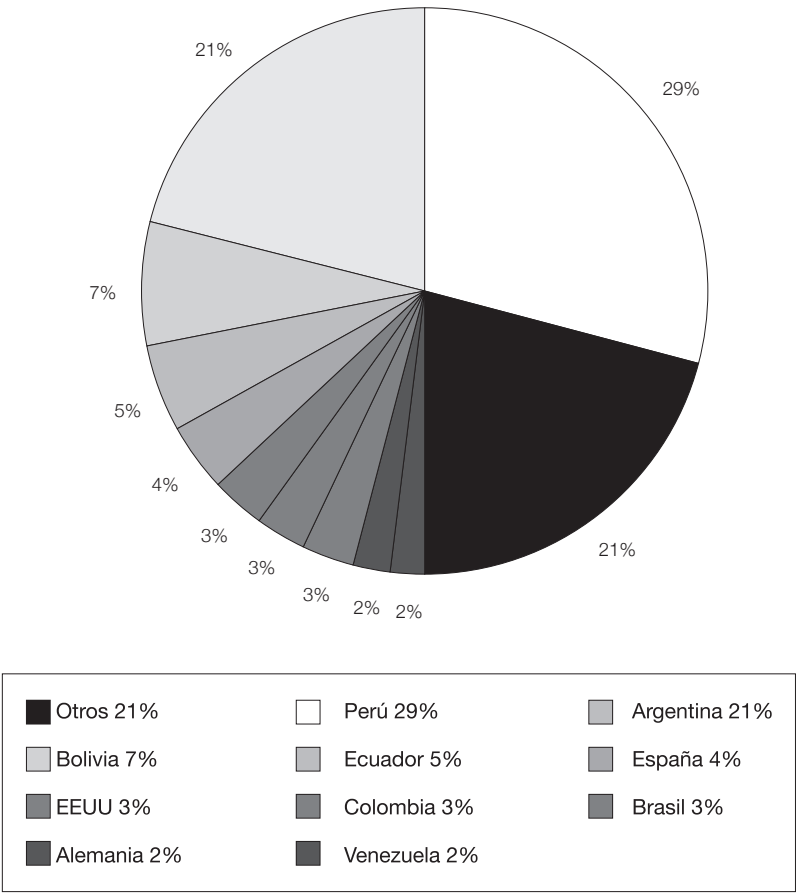
El análisis de la información estadística se hace a partir de dos fuentes: las cifras del DEM y las del Registro Civil (los extranjeros deben obtener un documento de identidad chileno después de haber obtenido la visa de residencia, sea sujeta a contrato, temporaria, permanente o de refugiado). Las cifras de visas otorgadas que entrega el DEM no están desagregadas por sexo y edad, por eso resulta útil estudiar la información estadística que proporciona el Registro Civil para un análisis con más elementos.

La migración a Chile es una migración regional, de personas provenientes de países vecinos, a las que se han sumado flujos más recientes de colombianos y ecuatorianos. Destacan también nacionales de Estados Unidos, España y China. La mitad de los inmigrantes son peruanos y argentinos.

Según el DEM, en 2009 residen en Chile 290.900 personas nacidas en el extranjero; en realidad, personas que tienen autorización para residir en Chile, es decir, no se incluye la migración irregular o no autorizada.

13 Los Estados tienen la potestad de establecer el requisito de una visa expedida en sus consulados, cuyo otorgamiento puede depender de la presentación de documentos que certifiquen la situación económica y confirmen la voluntad de la persona extranjera de ingresar y permanecer en el país según sus dichos. En general, los requisitos para las visas consulares son más estrictos que cuando se otorga la visa en el punto de ingreso al territorio nacional. La ausencia de visa consular es un factor que incide positivamente en el flujo migratorio.

Gráfico 1. **Población extranjera en Chile en 2009**



Fuente: Departamento de Extranjería y Migración.

De acuerdo al Censo 2002, la población extranjera en Chile sumaba un 1,22% de la población total. Actualmente constituye el 1,8%, lo cual representa un aumento significativo y reitera la tendencia. La mayoría de los migrantes son de origen sudamericano, especialmente nacionales de Perú.

Cuadro 1. **Población extranjera residente en Chile en 2009**

País	Cantidad
Perú	83.352
Argentina	59.711
Bolivia	20.214
Ecuador	14.688
España	10.838
Ee.Uu.	10.162
Colombia	9.162
Brasil	8.853
Alemania	6.478
Venezuela	5.443
Otros	62.000
Total	290.900

Fuente: Departamento de Extranjería y Migración.

Las cifras del Registro Civil permiten hacer un análisis más detallado de la evolución de la migración reciente.[14]

Como muestra el Cuadro 2, la migración a Chile ha crecido de manera exponencial en los últimos siete años. Se observa que la migración de ciudadanos peruanos, bolivianos, colombianos, brasileros, chinos, uruguayos y mexicanos ha crecido un 700% de 2002 a 2008, es decir, el crecimiento de población extranjera en Chile proviene de varios países. En cambio, la migración argentina, que se triplicó de 2002 a 2003, coincidiendo con la crisis en ese país, se ha mantenido estable. El crecimiento ecuatoriano es significativo, pero menor, al igual que la migración de europeos (españoles y alemanes). En estos casos, el número de nacionales creció en un 300%, 400% y 600%, respectivamente.[15]

El aumento del número de visas expedidas entre 2002 y 2003 constituye un punto de inflexión en la migración a Chile. Por ejemplo, en

14 El Registro Civil no es una fuente a la cual se acuda regularmente en busca de información cuantitativa sobre extranjeros en el territorio nacional. No obstante, es una fuente útil para obtener información cuantitativa sobre extranjeros con su situación migratoria en regla. El ejercicio realizado en este capítulo de complementar la información del DEM con la del Registro Civil constituye una forma novedosa de considerar el fenómeno migratorio desde una perspectiva cuantitativa, que permite desagregar las cifras por nacionalidad, sexo y edad, información que el DEM no tiene.

15 Cifras proporcionadas por el DEM al centro de Derechos Humanos de la UDP en 2009.

2002 se entregaron 7.037 documentos de identidad a peruanos; en 2004, 19.346, mientras que el año 2008 la cifra aumentó a 67.168. En el caso de inmigración peruana, del 2007 al 2008 el número de documentos de identidad expedidos a peruanos aumentó en 17.746. Este incremento del año 2008 corresponde en buena parte al Programa de Regularización Migratoria, al cual se hará referencia a continuación.

Como se aprecia, en poco menos de diez años Chile se ha convertido en un país receptor de extranjeros. ¿Cómo ha respondido el Estado chileno a las demandas y los desafíos de la integración y no discriminación de los migrantes?

Para saberlo resulta útil conocer las características de la población migrante. La revisión de los datos del DEM y el Registro Civil cuestiona la feminización de la migración, por ejemplo, una de las percepciones más reiteradas por el Estado y la sociedad. Antes del programa de regularización 2007-2008 había una proporción mayor de mujeres en situación migratoria regular en relación con los hombres, sin embargo, como resultado de ese programa la tendencia se revirtió: antes, las trabajadoras migratorias tenían mayores posibilidades de regularizar su situación, producto de las características del mercado laboral, en cambio los hombres debieron esperar al programa de regularización para resolver legalmente su estado. En 2002 las mujeres representaban el 54,4% de la población migrante documentada, en 2004 el 53,2%, en 2006 el 52,9% y en 2008, confirmando la tendencia decreciente, el 51,5%. La distribución de migrantes por sexo será pareja en 2010 si se mantiene esta tendencia. El Cuadro 3 muestra que el número de mujeres es ligeramente mayor para todos los tramos de edad, destacándose el de 18 a 35 y el de 36 a 50 años, ambos de la población económicamente activa.

Cuadro 2. **Documentos de identidad expedidos a extranjeros en Chile 2002-2008**

	2002	%	2003	%	2004	%	2005	%	2006	%	2007	%	2008	%
Perú	7.037	44,30	19.346	40,80	22.218	43,37	33.991	51,84	35.651	51,84	49.422	57,12	67.168	59,12
Bolivia	1.103	6,94	3.539	7,46	3.766	7,35	4.772	6,75	4.639	6,75	5.742	6,64	9.742	8,57
Argentina	2.427	15,28	7.227	15,24	7.458	14,56	7.993	10,54	7.252	10,54	6.942	8,02	7.545	6,64
Colombia	662	4,17	1.948	4,11	2.125	4,15	2.762	5,28	3.629	5,28	4.827	5,58	6.821	6,00
Ecuador	1.421	8,95	3.828	8,07	3.543	6,92	3.949	5,85	4.026	5,85	4.671	5,40	5.978	5,26
EE.UU	924	5,82	3.857	8,13	3.900	7,61	4.009	5,75	3.957	5,75	4.043	4,67	4.545	4,00
Brasil	385	2,42	1.344	2,83	1.430	2,79	1.578	2,73	1.875	2,73	2.077	2,40	2.325	2,05
España	649	4,09	2.068	4,36	1.967	3,84	1.958	2,90	1.995	2,90	2.226	2,57	2.291	2,02
China	455	2,86	1.265	2,67	1.429	2,79	1.631	2,30	1.583	2,30	2.112	2,44	2.144	1,89
Alemania	371	2,34	1.432	3,02	1.569	3,06	1.696	2,40	1.652	2,40	1.701	1,97	1.790	1,58
Uruguay	231	1,45	925	1,95	1.058	2,07	1.323	1,88	1.294	1,88	1.377	1,59	1.708	1,50
México	220	1,38	636	1,34	769	1,50	976	1,78	1.222	1,78	1.376	1,59	1.557	1,37
	15.885	100,00	47.415	100,00	51,232	100,00	66.638	100,00	68.775	100,00	86.516	100,00	113.614	100,00

Fuente: Registro Civil, Chile, 2009

Cuadro 3. **Documentos de identidad emitidos por tramo de edad y sexo**

Año 2002		
Tramo	**Mujeres**	**Hombres**
0-17	1,798	1,097
18-35	5,445	4,424
36-50	2,421	2,257
51-65	848	946
66-	458	467
Total	10,970	9.191

Año 2004		
Tramo	**Mujeres**	**Hombres**
0-17	3,757	3,698
18-35	16,971	13,774
36-50	7,735	6,963
51-65	2,861	2,995
66-	1,591	1,543
Total	32,915	28,973

Año 2006		
Tramo	**Mujeres**	**Hombres**
0-17	4,279	4,296
18-35	23,158	19,745
36-50	10,142	8,998
51-65	3,314	3,252
66-	1,468	1,492
Total	42,361	37,783

Año 2008		
Tramo	**Mujeres**	**Hombres**
0-17	7,182	7,212
18-35	36,591	34,445
36-50	15,859	14,234
51-65	4,916	4,660
66-	1,883	1,894
Total	66,431	62,445

Diversos factores están haciendo no solo que migren más mujeres, sino que quienes lo hacen traigan consigo a sus hijos. Así, la migración estaría siendo menos circular y transformándose en un proceso lineal, con visión de mediano y largo plazo; deja de ser una opción individual para convertirse en una iniciativa familiar. Esto significa que el Estado debe empezar a considerar a esos hijos en los servicios públicos, y en planes y programas estatales dirigidos a la infancia y juventud.[16] Es probable que los niños que crecen en Chile terminen radicándose en el país.

Por otra parte, las necesidades de las familias migrantes son diferentes de las de trabajadores migratorios sin familia. La vivienda, por ejemplo, es fundamental. El arriendo de una pieza, que es lo habitual entre los migrantes que llegan solos, no satisface la necesidad de una vivienda que asegure privacidad, salubridad y espacios mínimamente dignos para todo un grupo familiar. El incendio que en mayo de 2008 afectó a un conventillo en el barrio Brasil de Santiago ilustra esta situación de vulnerabilidad. Sus habitantes, mayoritariamente inmigrantes peruanos, perdieron todas sus pertenencias, y no se trata de un caso aislado: al ser la forma más económica de vivienda, en los conventillos las deficiencias en el alcantarillado y fallas eléctricas son comunes.[17]

3.1 El Programa de Regularización Migratoria

Al apreciar las cifras se ha de tener en cuenta el programa de regularización de 2007-2008, mal llamado "perdonazo" o "amnistía migratoria".[18] Esta iniciativa ofreció regularizar su situación migratoria a quienes se encontraban "ilegales" o con una solicitud de visa pendiente, con los siguientes requisitos: a) haber ingresado al país antes del 21 de octubre de 2007, independientemente de si lo habían hecho por un punto no autorizado, b) tener pasaporte o documento de identidad vigente, c) ser nacional de un país de América Latina y el Caribe, y d) encontrarse en el país con visa vencida o sin ella, haber entrado con el Convenio Fronterizo Arica-Tacna y violado las condiciones de ingreso al país, o tener una solicitud de visa pendiente.

16 Según la Encuesta Casen 2006, el 3,5% de los niños extranjeros residentes en Chile no asiste al colegio. El 57% pertenece al sistema público de salud y solo un 27% al sistema privado, mientras que el 16% de la población inmigrante residente en nuestro país no cuenta con protección de salud. Carmen Gloria Daneri, "Caracterización de la inmigración y política migratoria en Chile", en el seminario Inmigración y Multiculturalismo, Chile y la Experiencia Internacional, 10 de septiembre de 2008, disponible en www.mideuc.cl/inmigracion.

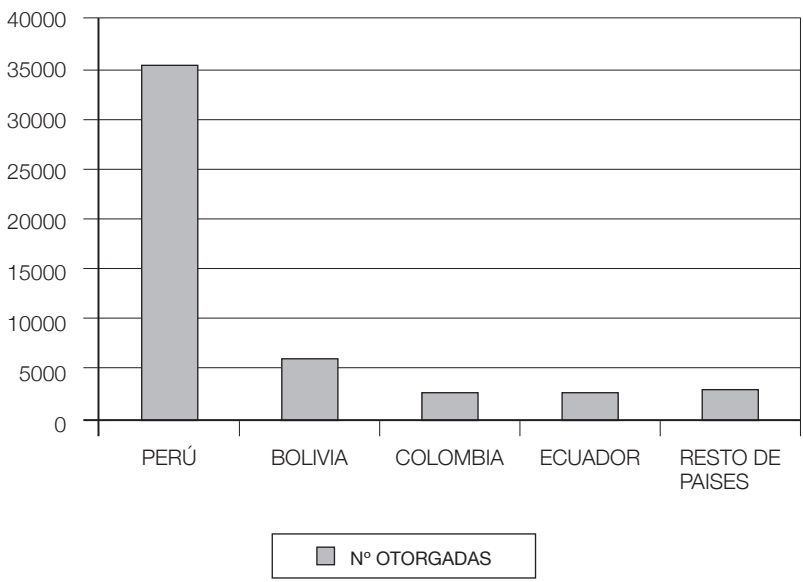
17 *La Tercera*, "Damnificados por incendio en barrio Brasil son trasladados a albergues", 5 de mayo de 2008. Según la investigadora María Paz Sagredo, de Un Techo para Chile, la solución que entregó la Municipalidad de Santiago a estos damnificados fue el arriendo de una pieza por familia por un mes.

18 Los términos no son exactos porque no se amnistían o perdonan procesos penales en curso, sino infracciones administrativas, como el ingreso por punto no autorizado y la estadía irregular.

El programa tuvo gran acogida; "permitió legalizar a la mayoría", ha dicho la directora del DEM, Carmen Gloria Daneri.[19] Se presentaron alrededor de 55.000 solicitudes, de las cuales 47.580 se resolvieron favorablemente. Según Daneri, la mitad de estas personas se encontraba en situación irregular y la otra mitad tenía solicitudes en trámite; éstas últimos se acogieron al programa porque "era una visa mejor". Los solicitantes recibían una visa temporaria que, después de un año de residencia, y de demostrar una situación económica estable –con la existencia de una relación laboral y cotizaciones previsionales pagadas–, o bien un certificado de una persona que los mantenía, obtenían la residencia permanente. En cambio, quien obtiene una visa sujeta a contrato (o una visa de refugiado) debe esperar dos años para solicitar la residencia permanente.

Como lo refleja el Gráfico 2, la mayoría de beneficiados fueron peruanos (35.071), seguidos de bolivianos (6.145), colombianos (2.003), ecuatorianos (1.958) y 2.403 de otros países latinoamericanos.

Gráfico 2. **Visas otorgadas como resultado del Programa de Regularización Migratoria por nacionalidades**



Fuente: Departamento de Extranjería y Migración, 2009.

19 Entrevista personal, 15 de julio de 2009.

Destaca la ausencia de ciudadanos argentinos en el programa de regularización, pese a su importancia numérica en la migración a Chile, y la presencia de las corrientes migratorias que más han crecido en los últimos seis años. Esto confirma que los migrantes argentinos tienen otras alternativas para regularizar su situación. Igualmente, se observa que el programa benefició mayoritariamente a los nacionales de países con mayores flujos migratorios recientes.

4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA NACIONALIDAD

Para un migrante en Chile, el documento de identidad hace toda la diferencia. Cuando se está en situación irregular, más importante que la persecución oficial es la condición de indefensión, de inexistencia, por falta del documento de identidad, que es el que confiere a los extranjeros estatus, poder, el que los hace sujetos de derechos frente a autoridades, consultorios, empleadores y en general el sector privado. "Soy otra, ahora existo en este país", explica una ciudadana peruana que recientemente obtuvo su visa sujeta a contrato. Las personas que llegaron a Chile hace varios años y que habían tenido dificultades para regularizar su situación son las más preocupadas por solucionarla. "No quiero perder el beneficio obtenido", comenta un ciudadano peruano entrevistado para este reporte. El número de consultas en la Clínica Jurídica de Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, para completar formularios y cumplir con los requisitos para la residencia definitiva, fue muy alto durante el período que coincidió con la solicitud de residencias permanentes. Los migrantes estaban dispuestos a tolerar condiciones laborales abusivas a cambio de un contrato, boletas de sueldo y cotizaciones previsionales que les permitieran cumplir con los requisitos de la segunda fase del programa y obtener la residencia definitiva.

La siguiente sección desarrolla en profundidad la importancia del derecho a la identidad y a la nacionalidad para los migrantes, y los obstáculos que encuentran en Chile para la protección de sus derechos.

Dentro de los derechos fundamentales de toda persona está su derecho a la identidad y a la nacionalidad.[20] Pero no basta con tener nombre, apellidos, nacionalidad, fecha de nacimiento y sexo; es necesario que estos elementos estén plasmados en un documento reconocido por autoridades y particulares, aceptado legal y convencionalmente como prueba de la identidad.[21] Este documento es la forma mediante la cual

20 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24; Convención Americana, art. 20.
21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia del 23 de noviembre de 2004, y caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005.

se constata y ejerce la identidad en un contexto determinado, y permite acceder a servicios y programas sociales que garantizan derechos económicos, sociales y culturales tales como salud, trabajo, educación y cuidado infantil, cuestión que se aborda a continuación. En segundo lugar se describe la situación de niños nacidos en territorio chileno de padres extranjeros que no tienen una visa de residencia en Chile, y que independientemente del tiempo que llevan residiendo en el país, y de su intención de permanecer en Chile o no, son registrados como hijo de extranjero transeúnte, negándoles el derecho a la nacionalidad chilena.

4.1 Principios generales sobre nacionalidad

No existe una única forma de reconocer y otorgar la nacionalidad. En Chile se aplican los principios *ius solis*, que establece que es chileno el que nace en Chile, y *ius sanguini*, que establece que es chileno el hijo de chilenos.[22] El derecho a la nacionalidad se garantiza en la medida en que estas reglas se apliquen sin discriminación. En el caso chileno, el principio del *ius sanguini* no tiene dificultades en su aplicación práctica. Como se verá, el del *ius solis* sí las tiene.

La Constitución establece como regla general que las personas que nacen en territorio nacional son chilenas, a excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y los hijos de extranjeros transeúntes.[23] Respecto de la primera excepción no se registran problemas, pero en cambio la interpretación que hacen las autoridades del concepto de "extranjero transeúnte" afecta en ocasiones los derechos de los migrantes.

4.2 La importancia del documento de identidad

Para los chilenos tener una cédula de identidad es un hecho casi consustancial a su existencia, pero la experiencia de la población migrante no es la misma: para ellos obtener este documento depende de factores económicos, laborales y jurídicos que escapan de su ámbito de acción y control. El primer obstáculo es conseguir empleo o desarrollar una actividad económica independiente. Luego hay que obtener la documentación que dé cuenta de ello, además de otros documentos, y que éstos cumplan con los requisitos que exige la legislación migratoria. El DEM los analiza y decide sobre la visa. Una vez otorgada, pagados los derechos respectivos y estampada la visa en el pasaporte, la persona puede dirigirse al Registro Civil para obtener su documento de identidad, sin el cual es imposible recibir atención médica en un consulto-

22 Constitución Política de la República de Chile, art. 10, números 1 y 2.
23 En ambos casos tienen la opción de optar por la nacionalidad chilena (art. 10.1).

rio o servicios de salud –excepto que se trate de urgencias–, postular a programas sociales municipales o estatales, presentar una reclamación ante Carabineros, cobrar un cheque en el banco, etc.

Lo mismo sucede para quienes tienen su cédula vencida. Pero su renovación, que en el caso de los nacionales es automática, previo pago respectivo, para los extranjeros que no tienen residencia definitiva el vencimiento representa la culminación de un período de trámites administrativos de renovación de visa o de postulación a una nueva categoría. El documento de identidad de una persona extranjera en Chile tiene la duración de la visa. En esa medida, quienes aspiran a cambiar de categoría migratoria o a renovar la existente pasan un período en el que pueden permanecer legalmente en el país, pero no tienen documento de identidad. Según la jefa del DEM, Carmen Gloria Daneri, los tiempos promedio para resolver las solicitudes de visación son los siguientes: en el caso de la visa sujeta a contrato y la visa temporaria, un promedio de dos meses; para el caso de la permanencia definitiva, un promedio de ocho meses.

Si bien el DEM expide un certificado de visa en trámite, que confirma que la presencia de la persona en el país es autorizada, y aunque la jefa del DEM afirmó que la visación en trámite permitiría realizar cualquier tipo de transacción o petición ante autoridades bancarias, de salud, educación, entre otros, pudimos detectar que ello no es así. De una parte, los plazos suelen ser mucho mayores que los señalados por Daneri, y de otra, sin el documento de identidad es imposible realizar cualquier trámite, ni siquiera obtener en el Registro Civil un certificado de antecedentes penales, uno de los tantos requisitos para obtener una visa de residencia para quien ha tenido una visa anterior, u obtener un certificado de avecindamiento en el mismo DEM.

Nelson Montealegre, refugiado de origen colombiano, que vino a Chile reasentado desde Ecuador, y quien coordina el área social de la Organización de Refugiados Colombianos en Chile, conoce de primera mano las dificultades que acarrea no tener un documento de identidad vigente. Montealegre tiene una microempresa familiar de elaboración de confites artesanales, con la que actualmente se gana la vida, pero estuvo casi dos años tramitando la permanencia definitiva, y en ese lapso dice haber tenido las "manos amarradas" para desenvolverse en la vida cotidiana: "Tuve problemas para acceder a créditos y beneficios sociales, no podía comprar materias primas para mi microempresa, no podía cobrar cheques..., no podía hacer nada".[24] Mientras tuvo su carné vencido, "nadie creía en mí, ninguna institución apostó por mí para prestarme dinero". Para conseguir trabajo, explica, "valía más el plástico que mis argumentos". El DEM le entregó un certificado de visa en trámite –una carta para ser presentada ante quien estimara conveniente–, pero "la carta no sirve de nada".

24 Entrevista personal, 29 de julio de 2009.

Tanto es así que cuando se presentó al DEM a pedir un certificado de avecindamiento, para participar en organizaciones comunitarias (en particular la Organización de Refugiados Colombianos en Chile), el mismo Departamento, que evidentemente conoce los plazos en que se otorgan las visas, se lo habría negado por tener su cédula de identidad vencida.[25] En junio de 2008 fue notificado del rechazo a su solicitud de residencia permanente; le ofrecieron obtener una visa de residencia temporaria, la cual rechazó. Montealegre presentó un recurso de reconsideración, argumentando que el carácter incipiente de la actividad económica que desarrollaba se debía a que llevaba poco tiempo en el país y a que había tenido problemas de salud. En marzo de 2009 le comunicaron que debía entregar nuevamente toda su documentación, y finalmente en mayo le otorgaron la visa de residencia permanente. Le dijeron que debía esperar a que la aceptación llegase a su domicilio, pero Montealegre acudió personalmente al DEM para asegurarse de recibir lo antes posible el documento.

"Yo pude obtener mi documentación, pues fui diligente y gestioné por mi cuenta todo, pero existen muchas personas que no tienen la misma capacidad de gestión que yo y que se encuentran en el mismo problema." El vencimiento de su carné coincidió con el nacimiento de su hijo, y "si no hubiese sido por la gente del Programa Puente, mi hijo habría sido inscrito como hijo de extranjero transeúnte". En la oficina del Registro Civil tampoco querían inscribir al niño como chileno por esta situación. Afortunadamente se allanó el problema y su hijo fue inscrito correctamente como chileno, gracias a la intervención de agentes del Programa Puente.[26] No es el caso de muchos otros niños, cuyos padres no están inscritos en el programa, sea porque no cumplen las condiciones de vulnerabilidad económica para estarlo, o porque no pueden hacerlo por su situación migratoria irregular.

Evert Álvarez, refugiado colombiano que llegó al país el año 2006, se vio enfrentado a una situación similar. En un principio, mientras su cédula de identidad estaba vigente, residía en Antofagasta, tenía un local de comida rápida y podía desenvolverse con normalidad. Todo cambió al vencerse su documento de identidad tras dos años de vigencia, es decir, en agosto de 2008. Ya no podía realizar transacciones bancarias, lo que le significó perder su negocio. Consultado por la importancia de la documentación de identidad en nuestro país, señaló que "es prácticamente el corazón de uno".[27] Agobiado por su situación financiera, decidió radicarse en Santiago, creyendo que habría mayores oportunidades laborales. Presentó currículo donde pudo, pero no tuvo suerte. Le

25 Esta respuesta se la dieron de manera verbal y no existe documento que la acredite.
26 El Programa Puente es un programa estatal que depende de Mideplan; es la forma de ingresar a los programas de Chile Solidario, que tiene por objeto la superación de la pobreza.
27 Entrevista personal, 29 de julio de 2009.

decían que con su visación en trámite y su cédula vencida no lo podían contratar. Durante ese tiempo Álvarez no pudo hacer prácticamente nada para conseguir algo de dinero: "Si no hubiese sido por la buena voluntad de mis amigos, habría quedado totalmente desvalido". Luego de doce meses de espera, obtuvo la visa de permanencia definitiva, ya que cumplía los requisitos.

Los entrevistados llaman "una muerte en vida" a este tipo de situaciones, dadas las dificultades que acarrea carecer de cédula en Chile. Son muchas las personas que, como ellos, deben esperar como "muertas en vida" la decisión favorable a sus solicitudes de visa, para luego renovar su documento de identidad.

4.3 Los hijos de extranjero transeúnte

La formulación del artículo 10.1 de la Constitución proviene de la Constitución de 1925, y es la norma que define la nacionalidad por nacimiento en Chile. Académicos como Alejandro Silva Bascuñán señalan que "en todo caso es lamentable que una calidad tan importante dependa de una circunstancia imprecisa y discutible",[28] como sería la de transeúnte.

Un primer problema es que la palabra "transeúnte" tiene diversas interpretaciones en la doctrina nacional. Algunos, como el profesor José Guillermo Guerra, consideraban que ser hijo de extranjero transeúnte podría ser un beneficio para eximirse de las obligaciones de los nacionales, tales como prestar el servicio militar.[29] Para otros, como el profesor Silva Bascuñán, se trata de una condición importante, y ser nacional chileno constituye un beneficio. En general, la mayoría de la doctrina chilena interpreta el término a partir del Código Civil, que divide a las personas en domiciliadas y transeúntes (art. 58). Esta interpretación perjudica a cientos de hijos de migrantes nacidos en Chile que, por no tener sus padres resuelta su situación migratoria al momento del nacimiento, son inscritos en el Registro Civil con una anotación que alude a su calidad de hijos de extranjeros transeúntes; por lo tanto, se les niega la nacionalidad chilena y con ella el acceso a prestaciones y programas del Estado.

Debe recordarse que la regla general es que son chilenas todas las personas que nacen en el territorio de Chile.

4.3.1 La visa temporaria para hijos de extranjero transeúnte

La normativa actual permite a los hijos de extranjeros transeúntes solicitar una visa de carácter temporario. Dentro de los requisitos que el DEM exige para que la solicitud prospere está el sustento económico que los

28 *Historia de la ley: Constitución Política de la República de Chile de 1980*, www.bcn.cl/histley.
29 Id.

padres han de acreditar. Pero quienes están en situación irregular por lo general no pueden acreditar un sustento económico, si bien lo proveen, porque éste proviene de una actividad por cuenta propia o de un empleo irregular, que no están autorizados para desarrollar en el país; de allí que no hayan podido regularizar su situación migratoria ellos mismos. En cualquier caso, la visa no resuelve el problema de la nacionalidad, pues estos niños, que nacieron en territorio chileno, son apátridas a menos que puedan adquirir la nacionalidad de sus padres, si su país de origen lo permite. Los refugiados, por ejemplo, no pueden registrar el nacimiento de sus hijos al consulado, por lo que éstos son apátridas.

La apatridia deja al menor en una situación de vulnerabilidad. De alguna manera lo reconoce la autoridad administrativa, en este caso la Contraloría General de la República, al señalar en un dictamen que:

> en el caso particular de la inscripción del nacimiento de hijos de extranjeros *que no permanecen legalmente en el país*, inciden otros elementos que deben considerarse: la Constitución establece en su art/1 incisos 2 y final, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento, y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Por otra parte, debe tenerse presente que tales hijos de extranjeros, que podrían llegar a ser chilenos acorde a lo citado en el art/10 num/1 de la ley superior, *carecen de responsabilidad por la situación ilegal de sus padres*.[30]

De lo anterior se desprende que la situación irregular de los padres no puede incidir negativamente en la nacionalidad de sus hijos. Por lo tanto, cualquier niño, sin importar que sus padres se encontraran al momento de su nacimiento en situación irregular, debiera ser inscrito como chileno, de acuerdo al artículo 10 de la Constitución, si sus padres no se encuentran en tránsito en Chile.

Sin embargo, eso no ocurre en la práctica.

4.3.2 La declaración de Chile ante Naciones Unidas, y tres casos que la desmienten

En mayo de 2009, con motivo del Examen Periódico Universal,[31] la delegación chilena, representada por el ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo, expuso ante el Consejo de Dere-

30 Dictamen 6197 de la Contraloría General de la República, del 17 de febrero de 1998, www.contraloria.cl, sección dictámenes. Los destacados son nuestros.

31 Para información detallada sobre este y otros exámenes, ver el capítulo sobre Chile ante los órganos internacionales de derechos humanos.

chos Humanos la situación de la protección y garantía de los derechos humanos en el país. Durante esa sesión se preguntó expresamente por los hijos de extranjeros transeúntes, y el Gobierno chileno respondió que en Chile "no existen los hijos de extranjero transeúnte".[32]

Helvi Alcántara Nestares, ciudadana peruana, dio a luz a una hija en Chile (de iniciales V.N.A) el 30 de octubre de 2007, mientras tramitaba su solicitud de visa temporaria dentro del Programa de Regularización Migratoria. Por este motivo, se la inscribió como "hija de extranjero transeúnte de acuerdo al art. 10, 1 de la Constitución Política del Estado [sic]", negándole la nacionalidad chilena. Sin embargo, Helvi Alcántara no transitaba por Chile; había llegado al país en 2006 y su intención siempre fue permanecer aquí, lo que se reflejaba en la solicitud de visa que presentó. Además, del hecho de que se encontrase tramitando su visación no se deriva que ella hubiese estado en calidad de irregular, y aun en caso de estarlo, la situación de su hija en el país no puede depender de esta circunstancia, como se advierte en el dictamen citado de la Contraloría. En agosto de 2009 V.N.A. continuaba registrada como hija de extranjera transeúnte, lo que le impedía beneficiarse de, por ejemplo, el programa "Chile Crece Contigo", que cuenta con un amplio programa de salas cuna.

Mauro Rojas es un músico ecuatoriano. Vino a Chile en una gira artística y decidió permanecer en nuestro país. Aquí nació su hija. En aquel momento Rojas se encontraba con visa de turista. Realizó los trámites para inscribir a su hija como chilena, tuvo éxito y consecuentemente obtuvo una cédula de identidad para ella. Tiempo después, sin embargo, recibió una llamada del Registro Civil convocándolo a sus oficinas, pues había habido un error en la inscripción. Finalmente, la niña fue inscrita como "hija de extranjero transeúnte". Mauro Rojas continúa residiendo en Chile.

Una situación similar vive una pareja de refugiados colombianos que piden que su identidad se mantenga en reserva. Su hijo nació mientras se tramitaba su solicitud de visa de refugio, por lo cual fue registrado como "hijo de extranjero transeúnte". Ya vimos que un refugiado no puede registrar a su hijo en el consulado de su país de origen, puesto que huye del país buscando protección en otro. Pese a que les reconocieron la condición de refugiados y les otorgaron el visado respectivo (refugiados con residencia definitiva), el menor permanece apátrida porque no puede reclamar la nacionalidad colombiana.

32 Intervención de la delegación oficial del Estado de Chile ante el Consejo de Derechos Humanos, en el marco del Examen Periódico Universal, 8 de mayo de 2009, www.un.org.

4.3.3 Una alternativa de solución

La Clínica Jurídica de Migrantes de la Universidad Diego Portales sostuvo una reunión con el equipo jurídico del Registro Civil para discutir este tema. El Registro Civil indicó que la única forma de eliminar del registro de nacimiento la anotación "hijo de extranjero transeúnte" era, para cada caso, que el DEM le enviara un oficio indicando que los padres se encontraban tramitando una visa, que su situación migratoria se había resuelto conforme a derecho y que habrían dejado de ser transeúntes.

En esta respuesta se observa la ausencia de una interpretación del concepto de transeúnte que resuelva el tema.

Al cierre de este *Informe* se encontraban en trámite solicitudes para la expedición del oficio respectivo. Mientras tanto, nacen en Chile niños a quienes se les inscribe como hijos de extranjero transeúnte, privándoseles de la nacionalidad chilena. Algunos de ellos llevan varios años residiendo en Chile bajo esta condición, lo cual viola su derecho a la nacionalidad.[33]

5. DERECHOS LABORALES

El derecho al trabajo incide directamente en la calidad de vida de todas las personas. De la posibilidad de ejercer labores remuneradas dependen el futuro y la supervivencia de cualquier individuo. En Chile, los turistas no pueden trabajar y los extranjeros pueden hacerlo una vez que obtienen la autorización del DEM. En general, las personas extranjeras que se radican en Chile obtienen visa sujeta a contrato o visa temporaria. Luego de dos años con la primera, y un año con la segunda, pueden solicitar la permanencia definitiva.

Sin embargo, cuando la persona que busca empleo se encuentra en una situación migratoria irregular, las posibilidades de encontrarlo y así regularizar sus documentos son reducidas. Lo demuestran las cifras del programa de regularización. El DEM estima que alrededor de 20.000 de los beneficiarios vivían en Chile y tenían una situación irregular, es decir, no habían conseguido un empleo con las características exigidas para normalizar su situación migratoria.[34]

Además de encontrar trabajo, éste debe ser con contrato escrito, notariado, y que incluya las cláusulas mencionadas en el punto 2.1. Con ello sus posibilidades laborales se ven muy mermadas, y en caso de que lo encuentren, generalmente las remuneraciones son bajas, las personas se exponen a tratos indebidos y sufren menoscabo en sus derechos la-

33 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 20.
34 Información suministrada por el DEM, julio de 2009. Las cláusulas se describieron en el punto 2.1 y se encuentran, con todos los demás requisitos, en www.extranjeria.gov.cl.

borales. Ello es importante por sí mismo, pero también por la cantidad de casos, toda vez que una de las motivaciones principales para migrar son las expectativas laborales en el país receptor. Los extranjeros, sobre todo sudamericanos, suelen ingresar con esta expectativa a Chile, según las cifras presentadas anteriormente.

El Instructivo Presidencial sobre Política Migratoria incluye dentro de sus principios la "integración y protección social de los inmigrantes" y establece que "el Estado debe garantizar la integración armoniosa de los extranjeros que legalmente residan en Chile a la comunidad nacional, promoviendo para este efecto la igualdad de trato en materia laboral, seguridad social, derechos culturales y libertades individuales". Entre los derechos que el Estado debe garantizar, el Instructivo incluye el derecho al trabajo, y menciona expresamente el deber de garantizar los derechos laborales con independencia de la situación migratoria.

Los migrantes además enfrentan dificultades en sus relaciones laborales, como cualquier otro trabajador. Los conflictos laborales se inician mediante la presentación de un reclamo ante la Inspección del Trabajo, instancia que busca lograr un acuerdo entre las partes; si ello no es posible, la parte afectada puede presentar la demanda laboral correspondiente. Los trabajadores migratorios en situación irregular pueden acudir a la Inspección del Trabajo, pero muchas veces no lo hacen, por desconocimiento de la legislación o por temor a las repercusiones en su historia laboral y migratoria. En las charlas y asistencia jurídica gratuita que ofrece la Clínica de Migrantes de la UDP se ha constatado este punto, como también el hecho de que los empleadores, conscientes de esta situación de vulnerabilidad, desconocen sus obligaciones contractuales y violan la legislación laboral.

Además, tanto las personas con visa sujeta a contrato como los residentes temporarios deben acreditar que la relación laboral se mantuvo durante todo el término de la visa, y que las cotizaciones previsionales se pagaron. Sin ello, no pueden solicitar la prórroga de su visa o un nuevo visado, como la residencia permanente. Es decir, aunque se supone que la protección y garantía de los derechos laborales es independiente de la situación migratoria, ésta depende de la existencia de un contrato laboral y del pago de cotizaciones previsionales, dos hechos que atañen al empleador. Si bien el trabajador puede acudir a las autoridades estatales para solicitar la protección de sus derechos laborales, eso no le garantiza que la relación laboral se mantendrá y que podrá resolver su situación migratoria. La siguiente sección del informe describe tales problemas con casos concretos.

5.1 Cotizaciones previsionales impagas

Ysaías Gaspar, ciudadano peruano, se encuentra en nuestro país hace ya varios años trabajando como carpintero. Vive con su esposa y su hijo, y se acogió al Programa de Regularización Migratoria, por medio del

cual obtuvo solo una residencia temporaria, pues el no pago de cotizaciones previsionales y de salud por parte de sus múltiples empleadores le impidió obtener la anhelada permanencia definitiva.

Muchos extranjeros desconocen los términos para reclamar y se dan cuenta demasiado tarde de que no solo perdieron sus derechos laborales, sino también la oportunidad de la residencia definitiva. Pese a que la Clínica de Migrantes de la UDP representó la situación del señor Gaspar al DEM, se le negó la permanencia definitiva.

5.2 Dominio del idioma

El idioma también supone vulneraciones en materia laboral. El ciudadano macedonio Fadzdi Askov acudió a la Clínica de Migrantes de la UDP para solicitar asesoría jurídica. En 1994 migró desde la ex Yugoslavia huyendo de las atrocidades de la guerra civil. En un principio se refugió en Holanda, pero, interesado en el ofrecimiento de un inversionista holandés, viajó a Chile junto a su familia. Trabajaron todos para una empresa agroexportadora, donde fueron objeto de múltiples violaciones a sus derechos laborales. Desde un principio se les prometieron clases de español, las cuales nunca recibieron.[35] A Askov se le obligó a realizar un sinnúmero de labores para las cuales no estaba calificado, desde limpiar un baño hasta construir una mediagua, y se les escondió, a él y a su familia, de los fiscalizadores de la Inspección del Trabajo para no evidenciar las faltas en que sus empleadores incurrían. En 1995 sufrió un grave accidente: cayó desde unos seis metros de altura por estar cambiando una ampolleta de un galpón de la empresa. Si bien sus empleadores pagaron su operación y recuperación, continuaron abusando de él y de su familia, aprovechándose de su escaso dominio del español para obligarlo a firmar liquidaciones de sueldo por un monto menor de lo estipulado en el contrato. Con el tiempo, sus hijos tomaron conciencia de los abusos de la empresa y terminaron su relación laboral con ella; luego lo hizo su esposa. Askov tuvo que seguir trabajando en la empresa, la cual, finalmente, en aplicación del *ius variandi*, le asignó funciones que requerían español oral y escrito, que no pudo desempeñar, por lo cual fue despedido.[36]

5.3 Discriminación por nacionalidad

No todas las nacionalidades son consideradas de la misma manera en Chile. Un argentino no recibe el mismo trato que un peruano o un boliviano, en cuanto a la vulneración de sus derechos laborales. Según los datos presentados en un seminario por Felipe Harboe, en ese momento

35 Entrevista personal, 7, 14 y 21 de enero de 2009.
36 El *ius variandi* es la facultad del empleador de variar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que el trabajador cumple sus funciones, las cuales el trabajador está obligado a aceptar.

subsecretario del Interior,[37] un 90,5% de los encuestados argentinos tenía contrato de trabajo. En el caso de los peruanos, la cifra desciende al 63,5%. Los bolivianos solo alcanzan un 44,4%.

Eladio Hurtado es un peruano que trabaja como electricista industrial y que se desempeñó en diversas faenas en tres empresas, siempre con la misma suerte: fue despedido. Él considera que sus despidos se deben a que denunció malas prácticas de sus compañeros, quienes, por ejemplo, pedían cantidades mayores de materiales de las que necesitaban, o por mantener una actitud proactiva en sus labores, lo que sus compañeros chilenos interpretaban como una acción digna de un "chupamedias".[38] Dentro de sus labores tuvo la oportunidad de comandar cuadrillas de trabajadores, realizar evaluaciones de trabajos realizados y entrevistar personal, todas tareas para las que estaba calificado.

En la primera faena (mantención de hipermercados Tottus y San Francisco) comenzó como supervisor eléctrico. Al cabo de unos meses, el gerente lo trasladó a una oficina de administración. Hurtado pensó que ello se debía a su buen desempeño, pero luego supo que el gerente "no quería ver a un peruano caminando por los pasillos del supermercado". Hurtado opina que "el peruano aquí en Chile no es extranjero, es peruano".[39]

Probó suerte por segunda vez, y fue contratado, también como supervisor eléctrico, en el mantenimiento del Aeropuerto de Santiago, en Viña Concha y Toro y en el Casino Monticello. Por su apariencia y acento, sus compañeros de trabajo pensaron que era argentino y lo apodaron "Che". Hurtado no quiso corregir a sus compañeros, pues de este hecho se derivó un trato preferencial, de atención y actitud respetuosa. Pasado un tiempo, les dijo que era peruano. Las relaciones con sus compañeros ya se habían afianzado y esto no le significó un rechazo. Sin embargo, problemas de comunicación dificultaron la relación de trabajo entre Hurtado, su empleador y el jefe de faena de la empresa contratista, y nuevamente fue despedido.

Dejando atrás las malas experiencias, decidió probar suerte en Osorno, en el supermercado Jumbo, como encargado de la climatización. Trabajó dos meses y medio sin que se le pagaran remuneraciones, pues no reconocieron la labor que realizó. En esta faena Hurtado siempre se sintió subestimado por ser peruano; según él, creían que sabía menos que los trabajadores chilenos en materia de electricidad industrial, y debía demostrar a sus superiores y compañeros sus conocimientos y experiencia.

La seguidilla de despidos y malos tratos en poco más de un año lo convencieron de que, a pesar de que aquí ganaba un buen sueldo, Chile

37 "Inmigración y políticas públicas: Avances y desafíos", Centro de Extensión de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 13 de noviembre de 2008.
38 "Chupamedias" es un término chileno para describir a una persona que adula o complace a otro, generalmente un superior, con el propósito de obtener su favoritismo.
39 Entrevista personal, 28 de junio de 2009.

no le convenía para trabajar, y en julio de 2009 se disponía a regresar a Perú, hastiado de las malas prácticas laborales.

5.4 Sanciones a empleadores y trabajadores

La aplicación de sanciones a los trabajadores migrantes y a sus empleadores termina repercutiendo en la situación laboral de los primeros. Generalmente, los trabajadores son sancionados por trabajar sin tener permiso del DEM para hacerlo, o por no informar del cambio de empleador dentro de los treinta días de plazo estipulado.

El ciudadano haitiano Elinord Alexis fue sancionado con una multa por no tener autorización para trabajar, ya que el primer contrato de trabajo que firmó no tenía la cláusula de vigencia y al momento de la contratación tenía la visa en trámite.[40] También fue sancionado el empleador, por contratar a una persona no autorizada para trabajar.

La exigencia del DEM de un contrato sujeto a condición es inoperante en el mercado laboral, en el que la demanda de mano de obra no puede quedar sujeta a un hecho futuro e incierto. Este asunto, de por sí engorroso para cualquier migrante, no es la peor parte del problema, sin embargo. Hasta el cierre de este *Informe,* Alexis debía esperar que su empleador pagara la multa que el DEM le cursó para regularizar su situación en el país. Es decir, se configura una suerte de "doble sanción" para él: por una parte, recibe la multa por culpa de un contrato mal redactado, y además debe esperar que su empleador pague su propia multa para que él pueda regularizarse.

La consecuencia adicional es que este empleador no volverá a contratar extranjeros, como él mismo lo manifestó a la Clínica de Migrantes de la UDP, pues desconoce las normas migratorias y no quiere arriesgarse a una nueva sanción.

5.5 Paradojas de la visa sujeta a contrato de trabajo

La visa sujeta a contrato de trabajo es la más común que existe, y la que más se otorga. Sin embargo, contiene distorsiones que afectan el mercado laboral, en tanto permite situaciones como la siguiente: una persona ingresa al país, consigue un contrato de trabajo con las correspondientes cláusulas, tramita su visa sujeta a contrato de trabajo y, antes de que cese la relación laboral, se retira voluntariamente y decide regresar a su país de origen. Como su empleador está obligado a pagarle el transporte de regreso, la persona viaja gratis. Ya en el país de origen, prepara su regreso a Chile para reproducir esta práctica.[41]

40 Entrevista personal, 29 de julio de 2009.
41 Lo confirman entrevistas a trabajadoras de casa particular atendidas por la Clínica de Migrantes de la UDP.

De esta forma se estimula la migración circular y se promueve la contratación de trabajadores de países limítrofes, pero no así los de países más lejanos. La cláusula de viaje distorsiona el mercado laboral para los trabajadores migratorios, haciendo más onerosa su contratación.

6. DERECHOS DE LOS REFUGIADOS

Parte de la población extranjera residente en Chile se encuentra en el país en calidad de refugiados o buscando que se le reconozca esa condición. Las solicitudes de refugio han aumentado muchísimo: como se ve en el Cuadro 4, en el período 2004-2008 el aumento del número de solicitudes por esta causa es del 760%, mucho mayor que el incremento de la migración económica. Por la proximidad geográfica, que les permite realizar un viaje terrestre, la mayoría de los solicitantes proviene de Colombia: del total de solicitudes al Estado chileno, el 86,3% es de colombianos.

Cuadro 4. **Solicitudes de refugio**

Año	Total Solicitudes	Solicitudes Colombianos
2004	119	101 (84,9%)
2005	320	236 (73,8%)
2006	592	538 (90,9%)
2007	821	773 (94,2%)
2008	905	730 (80,7%)
Total	2.757	2.378 (86,3%)

Fuente: Departamento de Migración y Extranjería, 2009.

Aunque Chile se declara "país de acogida", no ha ofrecido capacitación a los funcionarios públicos ni ha desarrollado campañas de educación pública en materia de no discriminación, respeto y valoración de la diferencia y la diversidad. Los refugiados se ven obligados a explicar a las autoridades por qué no pueden obtener documentos originales en su país, y afrontan dificultades para su integración, al no encontrar las condiciones económicas y sociales que les faciliten el proceso. No siempre la gente entiende el impacto que ha tenido en estas personas, y en sus relaciones familiares y sociales, la violencia o amenaza de la que huyeron.

Excepcionalmente, la llegada de un grupo de reasentados palestinos provenientes de Irak suscitó interés y se logró instaurar mediáticamente y en el nivel estatal el tema de la protección y las necesidades especiales de los refugiados.[42] En el pasado, otros grupos de reasentados tuvieron graves dificultades y decidieron abandonar el país por cuenta propia. En esa ocasión el interés mediático se concentró en la despreocupación de las autoridades responsables.

6.1 El proceso de reconocimiento de la condición de refugiado

Actualmente, en Chile el reconocimiento de la condición de refugiado tiene un trámite muy parecido al de otras visas de residencia. La diferencia radica en que el refugiado debe demostrar que se encuentra en una de las situaciones establecidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, es decir, que su vida, integridad y libertad corren peligro por motivos de "raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas".[43] Las normas no establecen un plazo para la solución de la solicitud, la que se somete a un comité de elegibilidad en el que participan el ACNUR y la agencia implementadora del ACNUR en Chile, la Vicaría de la Pastoral Social, esta última con derecho a voz, sin voto. El aumento de solicitudes ha obligado al DEM a desarrollar una forma de estudio de estas peticiones, y a la Vicaría de la Pastoral Social a desarrollar programas de integración y asistencia social, para responder a demandas crecientes y complejas.

El tiempo promedio de este trámite, según la directora del DEM, es de un año. Pero la mayoría de las personas entrevistadas, y de casos que conoce la Clínica de Migrantes de la UDP, hacen referencia a procesos que tardan entre 18 y 24 meses. Hubo sí quienes dijeron haber tenido la suerte de que su caso se resolviera en dos y tres meses.[44] Por eso, es probable que el tiempo promedio efectivamente sea de un año, lo cual no habla bien de una aplicación igualitaria de las políticas en materia de migración. Por el principio de igualdad ante la ley, el Estado tiene la obligación de justificar la prontitud en algunos casos y el grave retraso en otros, o más bien la obligación de corregir este estado de cosas.

La situación del refugiado es compleja, dado que el viaje que emprende en resguardo de su vida y muchas veces la de su familia no es planificado; llegan al país sin archivos o documentos que respalden su caso, pues han debido escapar abruptamente del peligro. Esta carencia de elementos probatorios es lo que alarga los tiempos de estudio de las

42 Lo confirman Carmen Gloria Daneri, directora del DEM, y Marta González, jefa del Área de Refugio de la Vicaría de la Pastoral Social, entrevistada el 8 de julio de 2009.
43 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1.
44 El DEM clasifica los casos según su nivel de complejidad, haciendo esfuerzos por tramitar de manera expedita los casos de mayor complejidad.

solicitudes; hay casos en que se realizan varias entrevistas con el fin de verificar la historia del solicitante y cotejar la información que se entregue con la que pueda obtener el DEM por su parte.

La espera produce angustia en los solicitantes. Además, la respuesta no siempre es positiva, por lo que deben regularizar su situación de otra forma o bien mantenerse en el país de manera irregular, si están resueltos a quedarse en Chile. Las instituciones que los acogieron en el proceso de solicitud, que están expresamente creadas para refugiados, suspenden los programas asistenciales ante la negativa de la comisión de reconocimiento. Estas personas quedan desprovistas, por lo tanto, de cualquier tipo de ayuda.

Carmen Gloria Daneri explica el proceso de solicitud:

> Ya finalizadas las entrevistas, se recopila la información y se realiza un informe técnico de acuerdo a la Convención, el que se presenta a la comisión. Ésta se reúne una vez al mes y discute los casos. Si no hay unanimidad, decide el presidente de la comisión; se deja una acta, se envía la resolución (se envían tanto las aprobadas como las rechazadas) al subsecretario de Interior, que es el que toma la decisión final. El período de revisión es caso a caso, pero en promedio toma de uno a dos meses. Ya decidido por el subsecretario, se notifica por carta certificada al solicitante con la resolución adjunta. Se puede apelar de forma escrita (asistidos por la Vicaría). El porcentaje de rechazo es del 60%; antes era 50 y 50.

A quienes se les rechaza la solicitud "se les da opción de otra visa, no son expulsados. Para quienes tengan antecedentes penales en su país de origen, se rechaza la visa solicitada y se dicta una orden de abandono".[45]

La residencia definitiva es la mayor aspiración para los refugiados, con el fin de tener acceso a las políticas públicas. La visa de refugio es tratada como una visa temporaria, por lo que los refugiados, al igual que los trabajadores migratorios, deben demostrar una actividad económica estable. El procedimiento para el DEM es el siguiente: "Para la residencia definitiva se solicitan antecedentes que muestren que fueron reconocidos como refugiados y la actividad económica que hayan realizado. Actualmente se trabaja en diferenciar a los refugiados para analizar los casos de solicitud de residencia definitiva, entendiendo que son más vulnerables".

45 Cuando la permanencia de una persona en Chile es contraria a la ley migratoria, porque violó las normas migratorias o porque cometió un delito en Chile o en su país de origen, el DEM dicta contra ella una prohibición de ingreso al país. Si la persona se encuentra en Chile, le corresponde al DEM dictar una orden de abandono, que le otorga un plazo de quince días para abandonar el país. El propósito de esta medida es hacer efectiva la prohibición de ingreso. Si el migrante no cumple la orden de abandono, se dicta una orden de expulsión. La diferencia radica en que el abandono es voluntario: la persona sale del país por cuenta propia. La expulsión es una medida administrativa mediante la cual una persona es aprehendida y transportada a su país de origen, acompañada por dos funcionarios de Policía de Investigaciones.

El fin es acelerar el trámite y que no ocurra como en el caso de la familia Barón, de nacionalidad colombiana, quienes, al cierre de esta versión del *Informe*, llevaban más de nueve meses esperando respuesta a su solicitud de residencia definitiva, lo que les ha significado limitarse al arriendo de una pieza que comparten los tres miembros de la familia, con los graves problemas propios del hacinamiento, pues se ven impedidos de optar a un subsidio habitacional, para el cual se exige la visa de residencia definitiva.

6.2 El proceso de integración en Chile

"Nuestra sociedad no está preparada para aceptar personas distintas. El actor principal [en la integración] es el refugiado. También son importantes la sociedad y el Estado, y esta mezcla hace imposible la integración. El Estado no está preparado, no hay una coordinación para al acceso a las políticas públicas; los migrantes y refugiados no se encuentran considerados. Un ejemplo son el acceso a la vivienda, los programas de empleo y de educación", dice Marta González, de la Vicaría de Pastoral Social.

En los testimonios de refugiados recabados para este *Informe* se encuentran historias y visiones muy disímiles. Hay algunos que están contentos con el trabajo de las organizaciones y del Estado; otros tienen una visión opuesta. Entre los primeros se cuenta Ricardo, refugiado colombiano de unos treinta años, satisfecho y agradecido del sistema chileno, aunque deja en claro que el proceso no asegura nada al solicitante: "Absolutamente nada. Son muy crudos o más bien sinceros, es decir, que solo el trámite de aceptación dura más de un año y que después de eso no garantizan nada".[46] Ricardo tiene un título profesional, lo que resultó fundamental para la fluidez del proceso en su caso –el permiso de trabajo se lo entregaron al día siguiente, y a a los pocos meses encontró trabajo y comenzó a estudiar un posgrado–; pero siente extrañeza y pena por otros solicitantes de refugio que no han tenido lo que él llama "suerte": "He conocido casos de compatriotas que llevan más tiempo que yo en Chile y no han tenido las mismas oportunidades que yo. No sé muy bien a qué se debe, pero el sistema parece ser un tanto discrecional (...) Creo que tuve mayor suerte, pues me informé mejor. Mi idea de venir a Chile era irme después a Suiza como tercer país seguro, por esto al salir de mi país ya había recolectado todo la información pertinente al peligro que vivíamos yo y mi familia".

Una experiencia opuesta es la de Rusbel Correa (35 años), quien llegó a Chile a través del programa de reasentamiento. En Colombia había sido víctima del desplazamiento forzado, por lo que se refugió en Ecuador. Como este país no pudo garantizarle su seguridad ni la integración laboral, aceptó venir a Chile. Llegó en 2005, pero todavía no ha podido integrarse. Una razón es su escaso nivel educacional:

46 Entrevista personal, 10 de mayo de 2009.

"En Colombia yo era un campesino, no tengo educación, actualmente estoy cursando sexto básico y realizando un curso de computación en la Biblioteca de Santiago. La Vicaría no nos capacita, llegamos sin nada y seguimos sin nada; en cuatro años no he conseguido nada".[47] Trabajó como vendedor ambulante, pero fue detenido y procesado por vender discos piratas. Cumplió su pena a través de trabajo comunitario en la comuna de Peñalolén, donde se desempeñó como jornalero y luego fue contratado por diez meses. En 2007 solicitó la residencia definitiva (a diferencia de los refugiados que vienen por sí mismos y que deben hacerse reconocer su condición, los reasentados ya llegan con visa de refugiado, y no se someten al plazo y la incertidumbre de no saber si podrán quedarse en el país), pero no se la dieron por tener antecedentes penales[48] y por no demostrar sustento económico. Hoy vive en dependencias del Hogar de Cristo.

El Estado chileno se esfuerza por satisfacer las necesidades de los refugiados, pero aparentemente no evalúa la calidad de la atención que presta, directamente o en las organizaciones sociales a las que entrega recursos para ello. Un testimonio que dice relación con ello es el de una familia colombiana que obtuvo el refugio en 2005 y cuyo segundo hijo nació en Chile a fines de 2008. El cabeza de familia tiene una incapacidad física que le dificulta obtener un trabajo como dependiente, por lo que junto a su mujer postularon a un microcrédito que otorga la Vicaría de Pastoral Social: "Pensamos que la mejor forma de insertarnos en el ámbito laboral sería por medio del rubro de la confitería, ya que tenemos conocimiento en esa área".[49] La familia logró integrarse a la sociedad en distintos planos, pero en 2008 cuando solicitaron, como establece el Decreto Ley 1094, la residencia definitiva, les fue rechazada por no acreditar estabilidad económica, "dado lo reciente de su actividad".[50] Se les otorgó visa temporaria. Es decir, el DEM trata de manera simultánea a un migrante y a un refugiado, desconociendo el deber de protección que tiene. La respuesta refleja el desconocimiento de los funcionarios del DEM del proceso y lo que implica la condición de refugiado,[51] y sus consecuencias son de grave perjuicio: "Nos perjudica profundamente no tener nuestros documentos al día, ya que no podemos optar a los subsidios para la vivienda que ofrece el Gobierno, trámites bancarios,

47 Entrevista personal, 19 de mayo de 2009.
48 Otro de los requisitos para la residencia definitiva es la ausencia de antecedentes penales en el país de origen y en Chile.
49 Entrevista personal, 25 de mayo de 2009. La familia pidió mantener su identidad en reserva.
50 Resolución exenta 30.718 del DEM.
51 En relación con las dificultades que enfrentan los refugiados para el cambio a visa de residencia definitiva, la directora del DEM indicó que uno de los fines de la ley de refugio es terminar con esta controversia: "Se mantiene el estatuto de refugiado, es decir, mantiene la condición, la cual es permanente, y se le mantiene a su entender la visa de refugio, lo cual sería la defensa para el refugiado ante una orden de abandono. Esto busca solucionar el proyecto de ley, pues con la condición de refugiado obtendrán también la residencia definitiva".

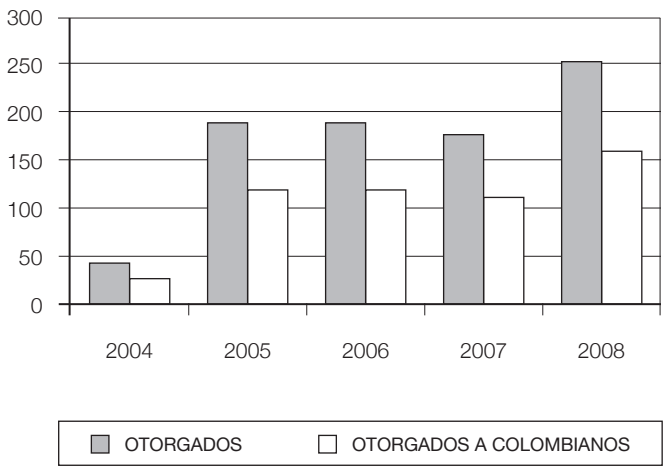
entre otros". Otro reasentado coincide: "El no tener la residencia definitiva te priva de becas, créditos y subsidios del Estado".[52]

Esta familia pidió la reconsideración de la medida. El certificado que se les entregó para establecer que la reconsideración se encontraba en trámite decía que, si bien se encontraban como regulares, "la interesada no podrá renovar su cédula de identidad hasta que la mencionada solicitud sea resuelta".[53] Finalmente, el 8 de mayo de 2009 la reconsideración fue aceptada y obtuvieron la permanencia definitiva.

Sin embargo, su caso dista de lo que establece la normativa vigente, es decir, que al vencerse la visa de permanencia por dos años se puede extender por plazo indefinido o transformarse en residencia permanente.

6.3 Beneficios otorgados

Gráfico 3. **Refugios otorgados**



Buena parte de los beneficios del programa de refugiados se entrega cuando la solicitud está en trámite, entre otras razones por la dilación del proceso de reconocimiento de su condición. Cuando el Estado por fin la reconoce, queda poco por entregar. Según Marta González, el 60% de las solicitudes es rechazada y muy pocas apelaciones tienen éxito:

52 Entrevista personal a refugiado colombiano que solicita que su identidad se mantenga en reserva, 12 de junio de 2009.
53 Certificado de reconsideración de rechazo de permanencia definitiva en trámite 115, del 13 de marzo de 2009, DEM.

"En el caso de rechazo se les solicita mayor documentación, pero en la mayoría de los casos solo se logra cambiar la orden de abandono por una visa temporaria".

Los refugiados se quejan de vacíos e inconsistencias en el programa de integración que viene a continuación. Ejemplo de este descontento fue la marcha que se realizó el 9 de julio de 2009, cuando el Comité de Refugiados Peruanos convocó a reunirse en el costado de la Catedral para marchar al Departamento de Extranjería y Migración, con el fin de entregar una carta a su directora. El petitorio contenía los siguientes puntos, en referencia a quienes no tenían cédula vigente por la demora en la obtención de la residencia definitiva:

- No se les permite cobrar sus cheques, ni en los bancos ni en Servipag, con lo que podrían perder pagos si esos cheques caducan.
- No se les da la cobertura de su seguro de cesantía; tampoco los certificados de sus aportaciones.
- No se les permite a las mujeres cobrar su pre y posnatal en el Compin
- Se les niegan los certificados de antecedentes; no se permite la celebración de matrimonios y se niega la inscripción de los niños en el Registro Civil.
- No se les permite inscribirse en Fonasa.
- No se escrituran ni se les renuevan los contratos de trabajo.
- No les dan los correspondientes certificados de cursos Sence.
- Detenciones arbitrarias por parte de Carabineros.
- Se ha negado la matrícula a niños cuyos padres se encuentran en la situación anterior [sic].
- A los hombres se les está exigiendo el carné de permanencia definitiva para contratarlos. Si no lo tienen les pagan sueldos reducidos o no les pagan su salario completo; los subcontratistas les pagan en forma fragmentada, o desaparecen y se quedan con parte del pago del trabajador.

6.4 Relaciones entre actores responsables

A pesar de la campaña "Chile, un país de acogida", impulsada por el ACNUR en 2008, el Estado chileno no está suficientemente preparado para recibir e integrar a los refugiados. El DEM no está en condiciones de tramitar las solicitudes en plazos razonables, como se evidencia en la información presentada en este capítulo. La Vicaría –responsable de la acogida, asistencia e integración de los refugiados y reasentados en Chile– tiene grandes limitaciones, según nuestros entrevistados.

El ACNUR funciona en Chile con una oficina que ofrece asesoramiento y capacitación.[54] Tanto el ACNUR como el DEM financian el trabajo de la Vicaría. Por ello, son estos organismos los que estarían en posición de intervenir para la profesionalización y calificación de los funcionarios de esta repartición de la Iglesia Católica, para la inclusión de programas integrales y para que se garantice su sustentabilidad en el tiempo. La Vicaría trabaja con solicitantes y refugiados, por lo que confronta decisiones complejas en torno a la oportunidad de ciertas intervenciones y el destino que les da a los recursos.

"Existe una disminución en la entrega de recursos por parte del ACNUR a la Vicaría, pero el Estado ha aumentado su aporte en el aspecto de integración", dice Carmen Gloria Daneri, del DEM, quien cifra ese aporte en US$ 500.000 anuales, aproximadamente. No obstante, buena parte de los reclamos de los refugiados recabados para este *Informe* se refieren a los montos que se les entregan para su subsistencia, considerando el índice de precios en Chile, la ausencia de un programa de empleo y la desigualdad con que se distribuyen.

En general, los refugiados se quejan de no tener un panorama claro de la asistencia que reciben. Marta González, de la Vicaría, lo confirma: "Quienes pertenecen al programa de refugio espontáneo reciben una subsistencia de 110.000 pesos si se encuentran solos, y si se trata de una familia, la asignación es de 140.000 pesos, con los que deben pagar arriendo, servicios básicos y comida". El tiempo por el cual se entregará esta subsistencia dependerá del grado de vulnerabilidad del refugiado. Es decir, el refugiado no tiene certeza del número de meses en que recibirá asistencia económica, con lo cual es muy difícil priorizar las acciones que debiera desarrollar para su integración. Por ejemplo, si tuviera esa certeza podría optar por programas de educación o microemprendimiento, sabiendo que entre tanto tiene un ingreso mensual con el cual subsistir.

La ausencia de un horizonte claro de tiempo y de criterios establecidos para la entrega de ayuda económica impacta en todos los casos atendidos. "Dependiendo de la vulnerabilidad, se verá el tiempo durante el cual se les entregará el fondo de subsistencia. Con respecto a la inserción laboral, se realizan entrevistas y búsqueda de algo solo para quienes más lo necesitan; no tenemos bolsa de empleo, solo se entregan capacitaciones, por nosotros o por otras organizaciones", dice Marta González.

Los refugiados se quejan de que no hay una política de seguimiento. El aumento de solicitudes y la inclusión de los programas de reasentados sobrecargaron a la Vicaría, que trabaja con un número muy reducido de profesionales y apenas catorce voluntarios: "Se buscó mayor vo-

54 ACNUR respondió por escrito a la solicitud de entrevista para este capítulo, insistiendo en el papel recién descrito.

luntariado mediante un acuerdo con el Injuv,[55] para llegar a cincuenta personas, pero no ha tenido éxito", explicó Marta González. Para suplir otras carencias, la Vicaría trabaja con Cáritas,[56] que presta asistencia con colchones, frazadas, alimentos, pañales, etc.

Esta Vicaría sigue siendo el único organismo donde pueden acudir los refugiados en Chile, pero vistas sus limitaciones se entiende que no pueda dar soluciones a problemas de seguridad, atención psicológica y psiquiátrica, e integración económica. Por ello el Gobierno está realizando un trabajo en conjunto con el Fasic,[57] con el objetivo de mejorar el seguimiento de casos y guiar de mejor forma a los refugiados.

6.5 La barrera del idioma

Una dificultad adicional para la integración es la barrera idiomática, que se presenta en una minoría de casos hasta ahora, puesto que la mayoría corresponde a ciudadanos sudamericanos. Pero, según el DEM, en los últimos tres años ha aumentado el número de solicitudes de personas provenientes de África y Asia. No hay una política estatal para el tratamiento y atención de quienes no hablen castellano –"se ve el caso a caso, pues no se cuenta con personal o convenios para traductores", dice Daneri–, por lo que su situación de vulnerabilidad se acrecienta.

La barrera del idioma también dificulta el proceso de integración social y no existe un programa estatal que considere los costos económicos, personales y emocionales de insertarse en Chile. Sin embargo hay excepciones, como el Programa Humanitario, destinado a los reasentados palestinos. "Para los palestinos el sistema es distinto, pues tienen intérpretes incorporados veinticuatro horas al celular y para realizar trámites los intérpretes los acompañan. Esto es así porque tienen otro financiamiento, dineros específicos", dice Marta González.

Una familia turca llegó por su cuenta a Chile sin hablar una palabra de español. Pese a que su solicitud se tramitó de manera muy rápida, su proceso de integración ha estado marcado por la barrera del idioma. La Vicaría no ha podido resolver este problema. Durante varios meses se interrumpieron las clases de español que les ofrecía, meses en los cuales la familia recibía asistencia económica, pero no podía evolucionar en la integración; la dificultad para comunicarse los lleva a vivir de la beneficencia, pues no logran conseguir un empleo ni crear redes sociales, lo que además provoca conflictos internos, como en cualquier familia que no logra satisfacer sus necesidades. "Comemos todos los días tallarines", cuentan Istemi y Tijen Cetin. "Yo quiero trabajar en cualquier cosa –ma-

55 Instituto Nacional de la Juventud.
56 Cáritas Chile es un organismo de la Conferencia Episcopal de Chile, dedicado a promover y coordinar la ayuda que ofrece la Iglesia Católica. Es parte de la Confederación Cáritas Internacional.
57 Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas.

nifiesta con sus brazos que incluso desea barrer las calles por obtener un sueldo–; quiero darles a mis hijos queso, jamón".[58]

Los Cetin pidieron ayuda para la consecución de empleo en la Vicaría, la cual los derivó a la Municipalidad de Santiago, donde fueron dirigidos a la bolsa de trabajo municipal. Allí les dijeron que no tenían trabajo para ellos, principalmente por no hablar castellano: "Primero pensamos que era solo por el idioma; ahora nos damos cuenta de que también son importantes las diferencias culturales; es porque vengo de un lugar distinto a Latinoamérica".

6.6 Vivienda y educación

En estos ámbitos, Marta González explica el alcance de la asistencia que ofrece la Vicaría: "En el caso habitacional, la Vicaría solo informa de lugares posibles de arriendo; en lo referente a educación, todos los niños están en colegios, y en caso de complejidad para la matrícula por falta de documento, la asistente social los acompaña". Pero los refugiados se quejan de haber tenido que salir a buscar colegio desconociendo el sistema escolar chileno, la calidad y el costo de los planteles. Para ellos es igualmente necesario disponer de cuidado infantil, para cubrir con la oferta estatal la ausencia de redes de apoyo. Sin embargo, y pese a un acuerdo suscrito con la Junji,[59] varios se quejan de haber quedado en lista de espera para salas cuna. Un reasentado colombiano narra su experiencia: "Mi hija está en un jardín porque le rogué a la directora, no porque la Vicaría hiciera algo. En la Vicaría solo nos entregaron una carta para entregar en el jardín, pero no nos acompañaron; nos dejan solos, no sé si es por ineptitud o por falta de experiencia, pero ellos no siguen los casos, no muestran mayor preocupación por nosotros".

En cuanto a las dificultades para arrendar una vivienda, por la ausencia de historia crediticia, solicitud de pago anticipado, etc., los refugiados se ven en la necesidad de buscar otras formas de acceso al mercado inmobiliario. Dice el mismo reasentado colombiano: "El acceso a vivienda es complicado, pues es un arriendo y en malas condiciones, en especial por ser el mismo compatriota el que explota".

6.7 Salud mental

La Vicaría reconoce que el trabajo con refugiados es complicado también porque muchas veces sus necesidades no son simplemente materiales sino de índole psicológica, para lo cual se requieren profesionales de que ella no dispone. No hay un programa de salud mental para los

58 Entrevista personal, 22 de julio de 2009.
59 Junta Nacional de Jardines Infantiles.

refugiados en Chile, confirmó Marta González, como componente de la oferta que se ofrece a todo refugiado. Sin embargo, programas universitarios y no gubernamentales ofrecen atención en salud mental, sin el apoyo económico y programático de la Vicaría.

6.8 Discriminación

"Algunos [chilenos] sí tienen buena onda con el colombiano, pero son los menos. Hay mucha discriminación, incluso cuando llegamos, cuando buscamos departamento, negándonos el arriendo porque el colombiano es traficante, sicario, bullicioso; no daba para más conversación: colombianos no. Son muy encerrados en su cultura, por su costumbre, por ser nacionalistas, no sé".[60]

A la actitud discriminatoria de algunos chilenos hacia ciertas nacionalidades se suma el que la cédula de identidad que se otorga al refugiado, aunque no menciona directamente que se trata de uno de ellos, incluye la referencia a la legislación sobre refugio, con lo cual en la práctica se transforma en un estigma, pues entidades bancarias y empleadores los discriminan sobre la base de estos "documento de refugiado": "... muchos empleadores ya saben que la ley es en referencia al refugio, lo que puede producir discriminación y rechazo, especialmente del empleador", comenta Marta González, y agrega: "La mayor discriminación se da en la búsqueda de empleo. Hace falta una mayor sensibilización que se dé desde la escuela. Hacen falta campañas que vayan dirigidas a jóvenes y niños".

6.9 Seguridad

La apertura de nuestras fronteras para el turista supone un problema de seguridad para algunos refugiados. La citada familia turca no se siente segura en nuestro país, pues las amenazas que sufrieron en Turquía se han reiterado en Chile. Ellos han sido víctimas de seguimientos y agresiones, en alguna oportunidad incluso les hablaron en turco, por lo que denunciaron los hechos y acudieron a la Fiscalía a pedir protección.[61] Entre los colombianos que solicitan refugio puede haber desplazados forzados, ex miembros de las FARC, de grupos paramilitares o bien del ELN: "Pensábamos que no tendríamos problemas de seguridad, pero estando acá nos dimos cuenta de que a Chile entra cualquiera, así que si nos detecta algún grupo armado dejamos de existir", dice uno de los dirigentes de una asociación de refugiados colombianos. Y agrega: "El

60 Entrevista personal a refugiado que solicita que su identidad se mantenga en reserva, 25 de junio de 2009.
61 Medida de protección, RUC: 0900238076-2, Santiago, 30 de marzo de 2009, Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte.

Estado nos trata como a cualquier migrante, no hacen la diferencia, solo nos dicen que están a la espera de la ley de refugio; la única diferencia es la ayuda económica y el cartón de identificación".

6.10 Conclusiones

La experiencia con refugiados de la Clínica de Migrantes de la UDP indica que existe descontento con los programas de la Vicaría y con ACNUR. Los reasentados se sienten engañados, pues han llegado a un país que no tiene una ley de refugio y que no entrega las garantías para la integración a la sociedad chilena: "El ACNUR no fue diligente en ofrecer Chile como país de reasentamiento, siendo que no da las herramientas para integrarse".[62] Istemi Cetin: "No, no hay derechos humanos, no entiendo lo que ha hecho el Gobierno de Chile por nosotros, las condiciones de migración son realmente malas; no sé quién le dio un programa a Chile, porque el Gobierno no es suficiente y no tiene poder para satisfacer la migración, menos al refugiado".

Los principales requerimientos de los refugiados se relacionan con mayores oportunidades para salir adelante en la sociedad. "Lo que nosotros buscamos es que nos entreguen las herramientas, en educación, para trabajar; a nuestra edad [40 años] es complicado encontrar trabajo sin título profesional y aun más con el problema de discriminación. Faltan programas por parte del Estado para que haya mayor acceso al trabajo para los refugiados. Necesitamos capacitación, documentación que no haga diferencias [ley en cédula] que permita el acceso a subsidios, becas y créditos. Además, los microcréditos son insuficientes, solo sirven para hacer confites y empanadas para salir a vender a la calle de forma ilegal", resume uno de los colombianos entrevistados. Otro, Rusbel Correa, indica: "Sin educación no se puede hacer nada, solo vender de forma ambulante".

Sobre los organismos a cargo, opina un reasentado colombiano: "ACNUR no cumple con su trabajo, pues la Vicaría no conoce bien lo que es un programa de refugio, hay falta de experiencia o el programa simplemente es malo (...) su postura es mala, no solucionan nada, solo dan esperanzas y soluciones mínimas, no para satisfacer las necesidades básicas de una familia. Les falta mayor personal capacitado, hay mucha improvisación, no están preparados para tratar con personas refugiadas que vienen con problemas y acá se enfrentan con más problemas".[63] Ricardo: "El trabajo del ACNUR y la Vicaría conmigo fue bueno, pero veo que con muchos de mis compatriotas no ha sido igual; eso me da mucha pena".

62 Entrevista personal a refugiado que solicita que su identidad se mantenga en reserva, 25 de junio de 2009.
63 Entrevista personal a refugiado que solicita que su identidad se mantenga en reserva, 12 de junio de 2009.

La imagen de estabilidad económica de Chile ha atraído a migrantes y refugiados. Sin embargo, los que no cuentan con estudios superiores no han podido desenvolverse bien en el país. Dice Marta González: "Hay una mezcla de situaciones, condiciones del país de origen, las cuales muchas veces se desconocen, y principalmente las pocas condiciones que tiene Chile para ser una país de acogida**.** Si no damos el acceso a políticas públicas no estamos satisfaciendo necesidades, necesidades que tampoco somos capaces de satisfacer a muchos chilenos (...) El tema actual es el de la accesibilidad; generaciones posteriores verán el tema de la integración".

Carmen Gloria Daneri puntualiza que la política actual del DEM está dirigida a disminuir los tiempos de espera de los solicitantes, pues "un monto importante de los aportes del Estado van a quienes solicitan el refugio, por lo cual cerca de un 60% se pierde, al ser rechazado un 60% de las solicitudes". Se busca "disminuir los aportes a solicitantes al acortar los tiempos de espera, y traspasar esos fondos a quienes ya tienen la condición". Además, el Gobierno trabaja para establecer "una estrategia nacional consolidada por los distintos servicios públicos, proponiendo una estrategia a largo plazo con el fin de formalizar la comisión interministerial integrando a la sociedad civil". De este modo se verían temas como la inserción educacional y otros, con la idea de que los distintos organismos públicos asuman la migración y el refugio de una manera transversal, y pongan sus redes a su disposición.

El Comité de Refugiados Peruanos en Chile considera importante que haya comunicación entre el DEM y otros órganos estatales y privados. Ese flujo de información debiera redundar, por ejemplo, en que no se discrimine a quienes tienen su cédula de identidad vencida mientras la permanencia definitiva se encuentra en trámite. Señalan que es necesario "oficiar a las instituciones como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de Pensiones, de Seguridad Social, Carabineros de Chile, Dirección General del Trabajo, Fonasa, Seremis de Salud, Servicio de Registro Civil, Ministerio de Educación y cualquier otra pertinente, para dar cuenta de lo señalado en el punto anterior y de las inquietudes y denuncias que se reciben de parte de los trabajadores inmigrantes".[64]

El Estado elude y delega su obligación de cumplir con la satisfacción de las necesidades de los refugiados. Si bien es el ente que reconoce esta condición, sus obligaciones de atención e integración las ejecutan entidades privadas que contratan con el Estado, como la Vicaría de Pastoral Social, por lo cual todos los reclamos se dirigen hacia estas entidades y no al Estado, que es el obligado por los instrumentos internacionales de derechos humanos y por la Convención y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

64 Extraído del petitorio entregado a la directora del DEM.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En Chile se niega el derecho a la nacionalidad de un niño nacido en territorio chileno con fundamento en la condición inmigratoria irregular de sus padres, dejándolo como apátrida e impidiéndole beneficiarse de programas estatales en los que se protegen derechos económicos y sociales.

La discriminación que sufren los migrantes y refugiados impacta de manera directa en su proceso de inserción en Chile. La falta de una institucionalidad de derechos humanos que promueva y proteja su derecho a la no discriminación afecta el ejercicio y la protección de otros derechos. Estas personas no tienen dónde denunciar los abusos, y el Estado hace poco por promover la aceptación e inclusión de las diferencias culturales, étnicas y nacionales, y por valorar sus aportes a la construcción de una sociedad plural enriquecida por la diversidad.

Los derechos laborales son esenciales para los trabajadores migratorios, pues el trabajo es su razón principal para migrar. La desprotección de sus derechos laborales incide de manera directa en otros derechos e impacta en su proyecto de vida. La protección de los derechos laborales con independencia de la situación migratoria es un rasgo positivo del ordenamiento chileno que debe mantenerse. Pero los órganos estatales responsables de garantizar y proteger los derechos laborales no consideran que un trabajador migratorio constituye el eslabón más débil de la relación laboral no solo por su condición de trabajador, sino porque se encuentra en una situación de vulnerabilidad relacionada con el desconocimiento de las normas y prácticas laborales, ausencia de una red social de apoyo y en ocasiones dificultades idiomáticas, todo lo cual lo vuelven más proclive a ser víctima de violaciones de sus derechos.

La condición migratoria irregular hace que muchas personas no denuncien acciones que constituirían delitos, no presenten reclamos o no pidan la reconsideración de decisiones de instituciones públicas frente a actuaciones arbitrarias e ilegales. La ausencia de denuncia de las violaciones de derechos que sufren las personas migrantes, es, a la vez, una condición para su impunidad, y un rasgo que explica que muchas situaciones no se investiguen o sancionen.

En virtud de lo expuesto, se recomienda al Estado:

1. Corregir la información estadística insuficiente sobre el fenómeno migratorio en Chile. Desagregar por sexo y edad la información de visas procesadas, diferenciando primera vez, cambio de visa o renovación. Publicar estos datos en una página web, de manera que pueda considerarse el impacto de la migración en la protección y garantía de los derechos en Chile.

2. Acelerar el proceso de renovación y tramitación de visas para quienes ya residen en Chile; entregarles una visa temporaria que les permita obtener un documento de identidad transitorio.
3. El Registro Civil debe adoptar la interpretación de la Contraloría en torno al concepto de transeúnte, y registrar como chilenos a los hijos de inmigrantes y refugiados que nacen en Chile cuando sus padres no tienen su situación resuelta.
4. El Congreso Nacional debe legislar sobre la interpretación del concepto de extranjero transeúnte de la Constitución, para que se considere la realidad de Chile como país receptor de migrantes y que se garantice el derecho a la nacionalidad de estos niños.
5. La tramitación de visas de residencia no debe depender de hechos ajenos al migrante, como las obligaciones del empleador o las cláusulas de vigencia y de viaje. El proyecto de ley debe considerar estos aspectos y eliminar la visa sujeta a contrato, permitiendo que el migrante trabaje dentro de una relación laboral o de manera independiente.
6. Se recomienda a la Inspección del Trabajo una actitud proactiva en la inspección de empleadores de migrantes, y que promueva en su personal una mayor sensibilidad a la vulnerabilidad de estos trabajadores.
7. Se reitera la importancia de avanzar en el trámite legislativo del proyecto de ley de refugio. Es necesario mejorar los plazos de reconocimiento de la condición y ofrecer asistencia jurídica desde el primer momento.
8. El Estado debe superar las graves deficiencias de coordinación y ejecución del programa de asistencia e integración de los refugiados. Se recomienda considerar seriamente aspectos como la seguridad de los refugiados, solicitantes y reasentados, así como tomar medidas para paliar sus problemas en los ámbitos del idioma, acceso a educación, salud, justicia y empleo.
9. El Estado chileno no debe recibir nuevos contingentes de reasentados hasta que no haya superado las dificultades en la integración de quienes ya se encuentran en Chile en esa condición.

DIVERSIDAD SEXUAL Y DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

A pesar de un creciente interés por parte de autoridades y líderes de opinión, los derechos de las personas de orientación sexual diversa se mantienen en una precaria situación. Quienes no tienen una orientación heterosexual están expuestos a discriminación social y violencia, tanto física como síquica. El Estado, por su parte, mantiene una postura ambivalente: ante la comunidad internacional promueve la adopción de instrumentos en favor de los derechos de minorías sexuales, pero internamente se advierte un escaso avance de las políticas públicas y un alto grado de desconocimiento respecto de las características propias de cada grupo. El capítulo analiza con detención el caso de personas transexuales e intersexuales, destacando algunos fallos que, debido a su disparidad de criterios, no alcanzan a marcar una tendencia en la materia. Al final, se plantean recomendaciones.

Palabras clave: Diversidad sexual, transexualidad, intersexualidad, discriminación, caso Atala, Servicio Médico Legal, uniones civiles.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo destaca las principales violaciones a los derechos humanos padecidas por miembros de minorías sexuales en Chile, y también algunos avances, especialmente en temas jurisprudenciales. También, así como en años anteriores se planteó el tema de la transexualidad, para sacarlo de la invisibilidad y marginación que ha experimentado por mucho tiempo, este año se discute el tema de la intersexualidad, que sigue teniendo poca visibilización incluso dentro de las comunidades y agrupaciones de minorías sexuales.

En términos generales, durante el período 2008-2009 hubo un descenso de la violencia física hacia las minorías sexuales: no se registró

ningún asesinato, mientras que en 2007 se registraron cuatro.[1] No obstante, un extenso estudio realizado con miembros de estos grupos mostró que un 80,3% había sido víctima de discriminación en ámbitos laborales, institucionales y sociales, y un 29,8% alegó haber sido excluido o marginado en su ambiente familiar.[2] A pesar de que se considera que hay una mayor apertura cultural hacia las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (en adelante, LGBTI), el estudio demuestra la profundidad de las sanciones culturales y sociales que aún se ejercen en Chile contra estas minorías. Es necesario sensibilizar a la población chilena en temas de orientación sexual e identidad de género, y buscar soluciones legislativas y jurídicas que garanticen los derechos constitucionales de igualdad, integridad física y psíquica, y dignidad.

El Consejo Internacional sobre Políticas Públicas en Derechos Humanos, al tratar los derechos sexuales en su sentido amplio,[3] ha apuntado hacia la falta de coherencia de las políticas públicas relativas a estos asuntos en el mundo. Por ejemplo, cuando se compara a Chile con otros países de la región queda en evidencia su retraso normativo en la materia, atendiendo a las protecciones constitucionales en Ecuador, la jurisprudencia colombiana, la ley de identidad de género en Ciudad de México y las uniones civiles en Uruguay.

A pesar de las declaraciones de campaña de los candidatos presidenciales en favor de la regularización de la situación patrimonial de parejas del mismo sexo, las estructuras institucionales permanecen cerradas al tema y se constata una gran falta de conocimiento entre los funcionarios estatales. El Estado chileno envía señales positivas a la comunidad internacional, pero se estanca en el reconocimiento fáctico de los derechos de los individuos adscritos a minorías sexuales. Esta ambigüedad entre discurso político y respuesta estatal se extiende a la judicatura, cuyas interpretaciones jurídicas en ocasiones favorecen los derechos de las personas LGBTI pero en otras los perjudican.

Así, Chile se presenta como un país donde existe la intención manifiesta de proteger a los colectivos vulnerables, pero los hechos no se condicen con los propósitos declarados. Por una parte, en 2008 se decretó la admisibilidad del caso *Karen Atala e hijas vs. Chile* en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para considerar si los derechos establecidos en la Convención Americana habían sido vulnerados tras la decisión emitida

1 Movilh, *VII informe anual. Derechos humanos de las minorías sexuales chilenas. Hechos 2008*, www.movilh.cl, p. 5.

2 Jaime Barrientos y otros, *Política, derechos, violencia y diversidad sexual: Primera encuesta marcha del orgullo y diversidad sexual*, Santiago, Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, 2008, p. 38.

3 El término "derechos sexuales" surgió en los últimos años en la ONU y en organizaciones no gubernamentales para incluir los derechos reproductivos y a la salud sexual, los derechos LGBTI, la violencia contra las mujeres, el tema del VIH/SIDA y los derechos del niño. International Council on Human Rights Policy, "Sexuality and Human Rights: Discussion Paper", Suiza, 2009, p. 7, www.ichrp.org/files.

por la Corte Suprema en mayo de 2004; por otra parte, tanto en la ONU como en la OEA el Estado chileno ha apoyado resoluciones para acabar con la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

En el Legislativo el panorama es similar: la lenta y complicada tramitación en el Senado de la ley que establece medidas contra la discriminación, sobre todo en cuanto a la cláusula que cubre la orientación sexual, demuestra los obstáculos internos para avanzar en el área normativa en estos temas.

Sin perjuicio de ello, hay que reconocer el mayor interés de miembros de la clase política en apoyar proyectos relacionados con la identidad de género y la orientación sexual.

Este capítulo delinea primero la situación general de los derechos humanos de las personas LGBTI en Chile durante el período 2008 a 2009, respondiendo a los temas tratados en años anteriores. Luego se analiza el tema de la intersexualidad, enfatizando su tratamiento por parte de los tribunales de justicia. El ataque contra dos transexuales en Valparaíso, en junio de 2009, suscitó un llamado de la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas (IGLHRC) para que la comunidad internacional actúe en favor de estas personas denunciando tales hechos.[4]

Se detallarán los avances y retrocesos en el área jurídica y el área normativa, haciendo énfasis en la ley que establece medidas contra la discriminación, la presentación de un proyecto de matrimonio y el debate en torno a las uniones de hecho. Finalmente se considera la posición del gobierno chileno en el exterior, principalmente dentro de los organismos internacionales y regionales como Naciones Unidas y la OEA.

1. SITUACIÓN GENERAL

En versiones anteriores del *Informe* se ha mostrado que la discriminación en ámbitos laborales, sociales e institucionales forma parte del día a día de aquellos cuya identidad de género u orientación sexual difiere de los binarios de la masculinidad o feminidad, o heteronormatividad.

En una encuesta realizada durante la Marcha de Orgullo y de la Diversidad en septiembre de 2007, de los 488 encuestados el 84,4% declaró haber sido víctima de agresión y un 80,3% de discriminación[5]. La misma encuesta se realizó en ciudades como Río de Janeiro, Buenos Aires y Sao Paulo, y Santiago demuestra la mayor incidencia de agresión y discriminación. Aunque estos datos no se pueden generalizar por haber una mayoría de jóvenes entre la población encuestada, el estudio es la

4 "Chile: Demand Investigation Into Attacks on Transgender People in Valparaíso", 27 de julio de 2009, www.iglhrc.org.
5 Barrientos y otros, *Política, derechos, violencia y diversidad sexual: Primera encuesta marcha del orgullo y diversidad sexual*, p. 38.

encuesta más extensa con que se cuenta de las percepciones de las poblaciones LGBTI sobre discriminación y violencia.

En cuanto a las incidencias de discriminación, los ambientes donde estos individuos se sintieron más discriminados fueron en el barrio por vecinos (33,1%), en un ambiente religioso (33,1%) y en el lugar de estudio (33,3%). Además, el 29,8% indica "haber sido excluido o marginado de su ambiente familiar, y el 26,3% de un grupo de amigos". La relevancia de estos datos tiene que ver con "la proximidad e intimidad que suponen estas relaciones para quienes las viven y experimentan", esto es, las minorías sexuales sufren de discriminación en los ámbitos más primarios de socialización de las personas.

La encuesta también afirmó la prevalencia de discriminación en comisarías (21,7%) y servicios de salud (15,8%), lo que demuestra su grado de institucionalización. Lejos la población que más sufre discriminación es la *trans*, que la reporta en las comisarías en un 57,9%, en el trabajo en un 52,6%, y por servicios de salud, Policía de Investigaciones y ambientes religiosos en un 42,1%.

El informe anual 2008 del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) detalla esa prevalencia de discriminación institucional. Sin embargo, cabe destacar el hecho de que ningún asesinato transfóbico ni homofóbico se dio a conocer durante el período, por lo que se puede concluir que no han existido vulneraciones graves del derecho a la vida este último año.[6] Pero el Movilh registró un aumento de 14%, comparado con 2007, en las denuncias por discriminación. Ello sugiere que lo que aumenta es la decisión de personas LGBTI para atreverse a reclamar sus derechos y asumir una posición visible en la sociedad respecto de su orientación sexual o identidad de género.[7]

En cuanto a Carabineros, las señales son mixtas. Hay indicaciones de que se están generando cambios en su comportamiento, tanto en los rangos internos como en la vía pública, pero las discriminaciones y las arbitrariedades persisten. Una denuncia interpuesta en junio de 2003 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la Fundación La Morada, y luego tomada por la Corporación Humanas, sobre una carabinera que había sido investigada por ser lesbiana, se resolvió en 2008 tras llegar a un acuerdo de solución amistosa.[8] En el caso se planteaba la violación "por el Estado de Chile de sus derechos a la integridad personal, la honra y dignidad, la igualdad ante la ley y la protección judicial, consagrados en los artículos 5, 11, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", pero se pudo llegar a un acuerdo gracias a la voluntad de los altos rangos de Carabineros, sostiene la abogada de

6 Movilh, *VII informe anual. Hechos 2008*, p. 5.
7 Id., p.8.
8 CIDH, Petición P-490-03, *Peticionaria vs. Chile*, acuerdo de solución amistosa.

la Corporación Humanas Helena Olea.[9] Entre los requisitos acordados estaban la publicación del acuerdo en el *Diario Oficial*,[10] una carta de disculpas de la institución y garantías de no repetición y de reparación.

Otros casos han sido más complejos, y cuestionan la efectividad de la aplicación de la normativa interna de la policía que prohíbe las distinciones arbitrarias. En la Circular Nº 1.671 de 18 de enero de 2007 se consagran "los criterios e indicaciones para la protección de la honra y dignidad de las personas en indagaciones administrativas, estableciendo la importancia de garantizar el debido proceso administrativo y de investigar solamente situaciones de relevancia administrativa, respetando la vida privada, honra y dignidad de las personas"[11]. La circular menciona que el debido proceso en este caso

> está constituido por aquellas condiciones que aseguran una adecuada defensa de los intereses del funcionario público a quien afecta un proceso administrativo. (...) Las garantías procesales más importantes que se deben respetar en todo proceso administrativo están constituidas por los siguientes derechos: ser oído por un investigador imparcial; presunción de inocencia; conocimiento del inculpado de los cargos que se le formulen y el derecho de contestar estas imputaciones; concesión de tiempo y de medios adecuados para la preparación de su defensa que incluyen el conocimiento íntegro de las resoluciones que se dicten y de las demás piezas del expediente; posibilidad de solicitar diligencias probatorias que puedan arrojar luz sobre los hechos; no ser obligado a declararse culpable; y el derecho de impugnar las resoluciones desfavorables ante el superior jerárquico de quien resolvió de acuerdo a la forma y plazo que se establecen en la reglamentación institucional.

Paradójicamente, el caso de los carabineros Víctor Rivas y Armando Salgado aún no está resuelto, a pesar de declaraciones oficiales en contrario. Ellos fueron obligados a renunciar en mayo de 2007. Al rechazarse su solicitud de reincorporación, presentada en julio de 2008,[12] en mayo de 2009 ambos presentaron demandas de nulidad de derecho público, patrocinadas por la Corporación Interés Público y con el apoyo de Movilh. Carolina Tagle, abogada de la Corporación, comentó que las demandas buscan "declarar nulas las resoluciones que determinaron

9 Entrevista personal, 7 de abril de 2009.
10 *Diario Oficial*, "Difusión del acuerdo de solución amistosa", 30 de abril de 2008, Decreto N 117 Modifica N-26.
11 Boletín Oficial de Carabineros de Chile 4155, Circular 1.671, pp. 109895-199887, www.humanas.cl/documentos.
12 Movilh, *VII informe anual. Hechos 2008*, pp. 78-81 y 101-102.

sus bajas y los actos de renuncia voluntaria que las motivaron",[13] para que sean reincorporados a sus puestos. Además se exige una indemnización de perjuicios. Los derechos constitucionales violados en este caso, se alega, incluyen el derecho a la privacidad y a la honra, el derecho a la integridad personal y el derecho a la igualdad ante la ley.

El artículo 19 N° 4 de la Constitución establece el respeto y protección de la vida privada y de la honra de la persona y su familia, y el derecho a la privacidad, según la demanda, "se entiende como el derecho a vivir sin intromisiones en lo más personal de su vida".[14] Dos intromisiones han ocurrido en esta instancia: primero, haber expuesto la vida privada de ambos carabineros al forzar su renuncia por causa de su orientación sexual, y luego, compelerlos a reclamar públicamente sus derechos para lograr el apoyo legal y de la opinión pública. Si bien Víctor Rivas y Armando Salgado son los primeros en enfrentar a Carabineros de manera pública y abierta por violaciones a sus derechos, no son los únicos que se ven forzados a revelar aspectos de su vida privada con tal de asegurar sus derechos; en sus palabras, "de todas maneras es mejor público, por eso tomé esa decisión, yo sabía que iba a ejercer mas presión y... nos [los Carabineros] llamaron al tiro".[15]

Los afectados comentaron que su lucha no era solo por ellos sino para que las siguientes generaciones no tengan que sufrir las mismas vulneraciones de sus derechos. Lo mismo han hecho otros protagonistas de casos considerados "emblemáticos", como la jueza Karen Atala. Refiriéndose a la decisión de llevar su caso a la Comisión Interamericana, Atala afirmó:

> Sí, es lo mínimo que puedo hacer para que esto no vuelva a ocurrir de nuevo en Chile a ninguna otra madre lesbiana ni padre gay (...) Mi caso ya no es personal, es político, simboliza en sí las constantes y permanentes discriminaciones sufridas en este país por las personas LGBTI.
> (...) nos perjudicó terriblemente... [los periodistas] lo siguen tratando como un caso de carácter privado, casi anecdótico, con morbo, pero no dimensionan lo que ello conlleva; la discriminación que se me hizo; como mujer, como persona. Sufrí el reproche moral de una elite que conserva el poder y fui sancionada por arrancarme del sistema heterosexual, patriarcal, y lo más patético es que los medios no tienen la capacidad de entender el transfondo violatorio a los derechos humanos en mi caso.[16]

13 Emol, "Ex carabineros gays demandaron al Estado por $100 millones", 28 de mayo de 2009.
14 Demanda de nulidad de derecho público presentada el 28 de mayo de 2009 ante la Corte de Apelaciones de Santiago (en poder de los autores).
15 Entrevista personal, 2 de junio de 2009.
16 "El mundo privado de Karen Atala", *Rompiendo El Silencio* 5, Santiago, junio de 2009.

Del mismo modo, Sandra Pavez, cuyo caso se examina más adelante, también cuestiona a los medios: "Yo creo que la televisión nunca anda en busca de la mamá o de la hermana de un hetero, pero sí andan buscando hijas de o mamás de o hermanas de lesbianas... ¿Pero por qué? ¿Por qué? ¿Qué somos nosotros?".[17]

En el caso del detective César Contreras, la solicitud de nulidad de derecho público que busca su reincorporación a la Policía de Investigaciones fue presentada el 7 de mayo de 2009, para que se considere nula la baja emitida en enero de 2006.[18] Uno de los argumentos de la demanda es la protección de la garantía constitucional de la igualdad. Cabe recordar que el artículo 19 Nº 2 de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley,[19] por lo que la demanda argumenta que

> Se trata de una igualdad jurídica que impide que se establezcan o apliquen excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de una parte, y que proscribe la discriminación arbitraria, de otra.[20] En este sentido, la obligación constitucional de no discriminación alcanza tanto a la elaboración de las leyes, así como a su aplicación. Este segundo aspecto es el que nos concierne (...) la igualdad ante la ley implica una igualdad desde el punto de vista de la aplicación de la norma o en el trato, sea por la autoridad administrativa o de cualquier tipo de agente, estando vedada para la Administración el ejercicio discriminatorio de sus facultades.[21] De acuerdo a las antecedentes de hecho expuestos en lo principal de esta demanda, queda de manifiesto que no hay razón alguna que permita a la Administración justificar mi baja. Es más, todos los antecedentes apuntan a que la única razón tras mi baja es mi orientación sexual, constituyéndose una diferenciación arbitraria, de aquellas que prohíbe nuestra Carta Fundamental.[22]

En relación con el derecho a la igualdad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que

17 Entrevista personal, 6 de julio de 2009.
18 *El Mercurio,* "Ex detective demanda al Fisco por homofobia en las fuerzas del orden", 7 de mayo de 2009.
19 "En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".
20 Mario Verdugo y otros, *Derecho constitucional,* tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
21 Rodolfo Figueroa, "Igualdad y discriminación", en F. González y F. Viveros, *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2000, pp. 46-50.
22 Demanda de nulidad de derecho público presentada el 7 de mayo de 2009 ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[23]

Dentro de la jurisprudencia nacional se ha considerado que la igualdad y no discriminación "constituye una base de la actual organización de la sociedad [que permite] que todos los hombres [y mujeres], cualquiera que sea su posición social, su fortuna, su origen, gocen de unos mismos derechos".[24] Los abogados de César Contreras además sostuvieron que tanto el sistema internacional de protección de los derechos humanos como la jurisprudencia internacional respectiva han incluido la discriminación por orientación sexual dentro de la prohibición general de discriminación,[25] y que en Chile la Corte Suprema ha dictaminado, en línea con la jurisprudencia internacional, que la persona que decide explicitar su orientación homosexual, "como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos", no merece por ello "reprobación o reproche jurídico alguno".[26]

Los casos de los dos carabineros y el detective son ejemplos de la falta de tolerancia de las instituciones en cuestión hacia diversas manifestaciones de identidad de género y orientación sexual. En la vía pública, sin embargo, Carabineros ha demostrado una actitud menos hostil hacia personas LGBTI, y el Movilh no registró ningún atropello cometido durante 2008 por sus funcionarios. El Movimiento Unificado de Minorías Sexuales (MUMS) sí presentó, junto con el diputado Marco Enríquez-Ominami, una querella por abusos policiales. El recurso legal fue presentado el 19 de marzo de 2009 en el 7° Juzgado de Garantía de Santiago en contra de los funcionarios de la Primera Comisaría de Santiago Centro, por hechos ocurridos en el Parque Forestal el 6 de marzo. Allí el joven agredido relata que

23 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55, citado en la demanda presentada en el caso de César Contreras.
24 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 131-86, 6 de octubre de 2006.
25 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Toonen vs. Australia,* Nº 488/1992, 31 de marzo de 1994; Comisión Europea de Derechos Humanos, *Sutherland vs. the United Kingdom*, Nº 25186/94.
26 Corte Suprema, Rol 1193-2004, 31 de mayo de 2004. Citado en la demanda presentada en el caso de César Contreras.

> un carabinero me agarra fuertemente de el cuello y me pide mi carnet, al pasárselo el carabinero no me dice nada, luego me dice "echa el tufo", al oler mi aliento tampoco dice nada y me golpea en la cara... Me da vuelta y me empieza a golpear fuertemente en la nuca y me empieza a insultar diciéndome maricón kuliao que te creí hombre maricón xuxetumare. Luego me empuja y me da vuelta golpeándome en la espalda con combos y dándome de patadas, en eso yo me caigo y el carabinero saca el palo y empieza a golpearme fuertemente en las piernas hasta que me levanta del cuello y me dice camina maricón xuxetumare, etc etc.[27]

La ocurrencia de casos como éste o el de Víctor Rivas y Armando Salgado demuestra la necesidad de reforzar las iniciativas educativas y de capacitación para tratar estos temas entre los actores institucionales, para que así haya mayor coherencia con las declaraciones de la policía, que dice promover actuaciones coherentes con el debido proceso y el respeto de la dignidad y la honra. Las recomendaciones apuntan en primer lugar a que el Gobierno chileno promueva la ley que establece medidas contra la discriminación, pero también a medidas como campañas publicitarias para aumentar la sensibilización de la población en general, y especialmente de los funcionarios públicos. Puesto que muchos grupos y movimientos de personas LGBTI enfocan su trabajo en levantar obstáculos socioculturales, el Gobierno debería trabajar en conjunto con ellos para lograr mayor eficacia. Varios países latinoamericanos han realizado campañas de este tipo, entre ellos México, Argentina y Brasil.[28] Las campañas nacionales de Brasil y Argentina contra la homofobia[29] deberían tomarse como ejemplo y expandirse al combate de la transfobia.

2. INTERSEXUALIDAD

La intersexualidad, que hasta ahora no había sido tratada por el *Informe* (en parte por la extrema invisibilidad en torno de esta realidad, incluso dentro de las mismas comunidades LGBT, y fomentada principalmente por instituciones y prácticas médicas), antes era conocida como hermafroditismo y se define como una anatomía que no coincide con

27 "MUMS y diputado Marco Enríquez presentaron querella por abusos policiales contra joven gay", www.mums.cl.
28 Conferencia *Global Arc of Justice; Sexual Orientation Law Around the World*, plenario "LGBT Rights in Latin America", Los Ángeles, UCLA, 11 de marzo de 2009. En el plenario, Jorge Saavedra, jefe de Asuntos Globales de la AIDS Healthcare Foundation de Amsterdam, dio un ejemplo de una campaña publicitaria radial realizada en México, que consistía en una conversación entre un joven y su madre acerca de la pareja del primero, en que se dice que la pareja es del mismo sexo.
29 Id., plenario "National Leaders: What National Governments Are Doing to Advance LGBT Rights?".

lo masculino ni con lo femenino, y puede consistir en ambigüedades cromosómicas, genitales o del sistema reproductivo.[30] Se estima que la población intersexual varía entre 1,7% y 4% de la población total.[31]

La falta de conocimiento sobre la intersexualidad no es un fenómeno nacional sino global, y no solamente conlleva la violación de los derechos de personas *intersex*: también complica la tramitación de sus casos ante los tribunales. A pesar de que se ha cuestionado hasta qué punto la intersexualidad se debería considerar en el marco de las minorías sexuales, se incluye en el presente *Informe* pues se entiende como una realidad cuyos problemas pueden enmarcarse en el ámbito de los derechos de personas de orientación sexual diversa, los que abarcan los derechos a la integridad física, a la integridad síquica, a expresarse libremente y a informarse sobre el propio cuerpo, entre otros.[32] La organización Global Rights, que realiza un destacado trabajo en favor de los derechos de estas personas, afirma que

> Todos tienen derecho a decidir lo que hacen con sus cuerpos, a decidir de manera personal acerca del sexo y de la sexualidad y a participar en asuntos públicos, sin perjuicio de su sexualidad o identidad de género.[33]

En la actualidad, tanto el tema de la intersexualidad como el transexualismo dan cuenta de los obstáculos que enfrentan los individuos para decidir sobre sus propios cuerpos, lo que se traduce en la vulneración constante de los derechos a la integridad física y psíquica, a un trato igualitario, a una identidad sexual y al libre desarrollo de la personalidad. El tema, además, tensiona especialmente el cruce entre los mundos privado y público, donde el cuerpo privado del individuo se ve enfrentado al cuerpo político, y requiere una manera de conceptualizar los derechos humanos que aborde estos cuerpos.[34]

Existe poca jurisprudencia en materia de intersexualidad en el mundo. La Corte Constitucional de Colombia lidera el debate hasta ahora, con fallos en 1995[35] y luego en 1999 que reconocen los derechos al consentimiento informado del paciente y a la autonomía corporal, dentro del marco de los derechos del niño.[36]

30 San Francisco Human Rights Commission, "A Human Rights Investigation Into the Medical 'Normalization' of Intersex People —A Report on the Hearing of the San Francisco Human Rights Commission", 28 de abril de 2005, p. 4, www.sfgov.org.
31 Sharon E. Preves, *Intersex and Identity: The Contested Self,* Nueva York, Rutgers University Press, 2003.
32 Global Rights 2008, *Demanding Credibility and Sustaining Activism: A Guide to Sexuality-Based Advocacy*, p. 24.
33 Id.
34 International Council on Human Rights Policy, "Sexuality and Human Rights: Discussion Paper", Suiza, 2009, p. 2, www.ichrp.org/files.
35 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-477/95.
36 Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-337/99 y sentencia T-551/99.

Un ejemplo de la ausencia de acción política de personas intersexuales se ve en la encuesta realizada por el Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos en 2007: de las 488 personas entrevistadas, ninguna se identificó como intersexual. El poder de la sanción social cae fuerte sobre esta población, y se origina en buena parte en las prácticas médicas dominantes que buscan asignar un sexo al recién nacido tras una serie determinada de exámenes. Esto tiene como consecuencia la imposición de un género al bebé, sea por decisión del médico o de los padres.[37] El problema reside en que los efectos a largo plazo no siempre se conocen desde tan temprana edad. En la década de 1990 creció el cuestionamiento de las cirugías correctivas a niños nacidos con genitales ambiguos: antes de ello había consenso médico en "adecuar" a estos niños al género masculino o femenino para que no sufrieran discriminación;[38] sin embargo, se dieron a conocer casos en que esa asignación de género, en operaciones que son irreversibles, había dañado profundamente a personas que de mayores habían decidido vivir como una persona del otro género. Así, en Estados Unidos y luego en Colombia[39] se empezó a cuestionar esta práctica médica y a reclamar por los derechos a la integridad física y consentimiento del niño,[40] pues el precio que se paga "por la imposición de la heternormatividad es (...) muy alto".[41]

En Chile, a fines de 2008, se dio a conocer el fallo de un juicio que tenía como demandante a un receptor de esta intervención médica. En 1993, en el Hospital de Talca, un médico operó a un bebé para asignarle el género femenino, pero doce años después unos exámenes indicaron que era de género masculino. Debieron pasar tres años para que hubiera un pronunciamiento sobre el caso y, tras muchas pruebas y peritajes se decidió otorgar al demandante una indemnización por daño moral de cerca de 100 millones de pesos. El abogado del caso, Rodrigo González, comentó:

37 Paula Viturro, "Derecho al propio cuerpo", *Justicia y Derechos del Niño* 4, pp. 103-195.
38 Julie Greenberg, "Legal Aspects of Gender Assignment", *The Endocrinologist* 13(3), junio de 2003, pp. 277-285.
39 En 1997 una revista médica dio a conocer el caso de "Juan/Juana". "Juan" era un niño cuyo pene fue destrozado en un accidente durante una circuncisión en la década de los sesenta. A pesar de que no era un niño *intersex*, los médicos decidieron que la mejor manera de reparar la situación sería cambiarle el sexo. Durante años se pensó que la cirugía había sido existosa y que "Juan" había asumido su papel de "Juana", pero, a pesar de que extirparon el pene y los testículos y le dieron estrógeno, Juan nunca desarrolló una identidad femenina. Hoy vive como hombre nuevamente, está casado con una mujer, se operó para que sus genitales se vean más masculinos y para sacar las mamas que se le habían formado con el estrógeno. En la Sentencia T-477/95, sobre un caso muy parecido al de "Juan/Juana", la Corte dictó que los padres no pueden dar consentimiento para cirugías que determinen la identidad sexual de un niño. La garantía de la Corte Constitucional al libre desarrollo de la personalidad del individuo implica el derecho a definir su identidad sexual. Ver "Background of Colombia Decissions".
40 Intersex Society of North America, *ISNA's Amicus Brief on Intersex Genital Surgery*, 7 de febrero de 1998.
41 Viturro, "Derecho al propio cuerpo", p. 103.

> Nos sentimos satisfechos, porque en el fallo se establece que los médicos que operaron al niño actuaron en forma apresurada y deficiente, ya que a la época en que ocurrieron los hechos existían otros exámenes que permitían tener la seguridad de si la extirpación era realmente necesaria. A la vez, también ha quedado claro que los padres jamás dieron el consentimiento para esa intervención.
> (...)
> el Servicio actuó apresurada y, por lo mismo, deficientemente, pues existían a la sazón otros exámenes médicos disponibles que debieron practicarse a Marycarmen una vez que se descubrió que tenía testículos, para lograr así la debida certeza acerca de su identidad sexual y otorgar a sus padres la información correcta con la que aquéllos pudieran decidir acerca de la extirpación de dichos órganos y, en seguida y más importante, la condición de hombre o mujer con la que su hijo enfrentaría a la vida y a la sociedad.[42]

El fallo, en todo caso, no analizó los aspectos relativos a la intersexualidad, la asignación unilateral de género ni los derechos del niño, sino que se basó en la falta de consentimiento de los padres y la falta de información entregada por el hospital. No obstante, el caso resulta significativo por varias razones: porque revela el poder que tienen los médicos en casos de *intersex*, el control que ejercen sobre los afectados, y porque ha contribuido a la visibilización de la intersexualidad y de la importancia del consentimiento, el que también puede ser analizado desde otro punto de vista, que es la perspectiva del niño.

Dos fallos de la Corte Constitucional de Colombia crearon la figura del "consentimiento informado calificado y persistente",[43] que obliga a los médicos a informar detalladamente sobre los riesgos de la cirugía y sobre tratamientos alternativos. Así también, según esta Corte, el consentimiento debe ser por escrito y obtenido periódicamente para asegurar que los padres entiendan la naturaleza de la condición de su hijo. Se agrega que no se puede decidir en los casos de niños mayores de cinco años, debido a que su identidad de género ya está establecida. De este modo se restringe la posibilidad de que los padres decidan si someten a su hijo a cirugía de reasignación sexual.

En los antecedentes de los casos colombianos se contemplaba que las tendencias sociales y culturales dominantes influirían en las decisiones de los padres. En un *amicus curiae* presentado ante la Corte colombiana se alega que, según el Código de Nuremberg, las prácticas médicas experimentales realizadas sin el consentimiento del paciente constituyen un

42 Agrupación de Apoyo a la Disforia de Género, "Ordenan pagar millonaria indemnización por fallido cambio de sexo a bebé recién nacido", 29 de diciembre de 2008l.
43 Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-337/99 y sentencia T-551/99.

crimen contra la humanidad. El primer principio del Código aborda el derecho del consentimiento informado del siguiente modo:

> El consentimiento voluntario del individuo humano es absolutamente esencial. Esto significa que la persona involucrada debería tener capacidad legal de dar su consentimiento; debería estar en la situación de ser capaz de ejercer su libre poder de elección, sin la intervención de ningún elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción, extralimitación u otra forma ulterior de coerción; y debería tener suficiente conocimiento y comprensión de los elementos del asunto individual implicado, de manera que esté capacitado de tomar una decisión lúcida y entendida.[44]

La perspectiva de la Corte Constitucional colombiana favorece los derechos del niño por sobre el control legal parental sobre los hijos. La Convención Americana establece que "todo menor de edad tiene derecho a las medidas de protección requeridas por su condición de menor por parte de su familia, la sociedad y el Estado" (art. 19), además de reafirmar los derechos a la integridad moral, mental y física (art. 5) y el derecho a la privacidad (art. 11). Y la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todos los Estados deben "proteger al niño de todas las formas de violencia física o mental, lesión o abuso, negligencia o trato negligente, maltrato y explotación (...) mientras se halle al cuidado de sus padres, tutores legales o cualquier persona que tenga al niño bajo su cuidado" (art. 19), y garantizar que "ningún niño será sometido a tortura o cualquier otro tratamiento cruel, inhumano o degradante" (art. 37). La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por Chile en agosto de 1990.

No es factible pretender que en el corto plazo el Estado de Chile reconozca los derechos de las personas *intersex* en los mismos términos que la Corte Constitucional colombiana. Se requiere una apertura al interior de la profesión médica y entre abogados y jueces, además de un mayor acceso a información. Es fundamental que se abra el debate sobre las implicaciones éticas, legales y psicológicas de la asignación de género, para potenciar la reflexión y visibilización del tema. Los fallos colombianos terminan citando al doctor William G. Reiner, especialista de las Universidades de Oklahoma y Johns Hopkins, para quien todos tenemos que aprender a vivir con estas personas, y no solo eso, tenemos que aprender de ellos.[45] Para contribuir a crear conciencia sobre el tema es que se trata en este *Informe*.

44 Ver Código de Nüremberg, adoptado por el Tribunal de Nüremberg, 20 de agosto de 1947, principio 1.
45 Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-337/99 y sentencia T-551/99.

2.1 El cambio de nombre ante los tribunales chilenos

Ejemplos de la compleja realidad de las personas *intersex* son dos causas voluntarias de cambio de nombre y de sexo iniciadas ante los juzgados civiles de Santiago durante 2008. Uno de estos casos fue auspiciado por la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, y el otro patrocinado por la Clínica de Derecho Civil y Laboral de la Universidad Diego Portales. Los nombres y otros detalles fueron cambiados para mantener sus identidades en reserva.

En ausencia de una normativa que rija la situación de personas cuya identidad sexual no coincide con el género registrado en la partida de nacimiento, se aplica la misma Ley 17.344 que atañe a los casos de transexuales.[46] Ésta autoriza el cambio de nombres y/o apellidos cuando hay "menoscabo moral", siempre y cuando "el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres (...) diferentes de los propios" (art. 1).[47] Por su parte, el artículo 31 de la Ley 4.808 sobre el Registro Civil indica que el nombre debe ser concordante con el sexo.[48]

Ciertamente, conseguir papeles en que el nombre y sexo coincidan con la identidad de género es fundamental para superar la precariedad en que viven las personas intersexuales y transexuales. Dice una de ellas:

> He recurrido a muchos lugares, incluso he recurrido a La Moneda para que me ayudaran a costear mi operación... y con ese documento poder cambiar mi nombre (...) Lamentablemente, mi nombre en el Registro Civil es Juan Andrés Molina González. Desde que cambié de forma mi nuevo nombre es Juliana Angélica Molina González. En estos momentos me encuentro sin trabajo, por lo cual me es imposible costear la asesoría legal particular (...) Me angustia mucho el estar sin identidad acorde con mi persona (...), estoy atravesando por una depresión muy grande debido a esto, por lo cual hace seis meses me intenté quitarme la vida (...) lo único que quiero es estudiar en la universidad y trabajar, y no puedo.

Durante el proceso, los patrocinados deben someterse a una serie de exámenes médicos como prueba de su sexo. En otros casos, presentados por la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, estos exámenes los realizó el Servicio Médico Legal. Se ha alegado que "constituyen actos de seria violencia física, emocional y psicológica, que

46 *Informe 2008*, pp. 453-454.
47 16° Juzgado Civil de Santiago, Rol V-87-2007. Se aplican los mismos argumentos en los casos de las personas intersex, sin embargo los roles no se incluyen aquí para mantener sus identidades bajo reserva.
48 Id.

violan el derecho a la intimidad, a la dignidad personal y a la integridad física de las personas que se ven obligadas a someterse a ellos".[49] La naturaleza invasiva y degradante de los exámenes llevó a la abogada Mayra Feddersen, del Centro de Derechos Humanos de la UDP, y a Rolando Jiménez, dirigente del Movilh, a solicitar al director del Servicio Médico Legal, Patricio Bustos, un mejor tratamiento para sus patrocinados. El doctor Bustos respondió en una carta del 15 de mayo de 2008 que procuraba "otorgar un trato digno e igualitario a las personas que concurran a la realización de un peritaje en nuestras independencias". No obstante, en noviembre de 2008 un profesional del Servicio se negó a realizar los exámenes médicos ordenados por el juez en el caso de una persona intersexual. La persona afectada explica:

> Mis papeles se entramparon porque lamentablemente hay personas que discriminan en el Servicio Médico Legal, y esa instancia médica pertenece al tribunal y no deberían ser así, uno como médico... uno no debería juzgar al paciente, ni su condición, sino que la enfermedad. El asunto es que acá me trataron súper mal, no recibí la ayuda indicada, la ayuda que el tribunal había mandado. (...) Pusieron en duda lo que yo estaba diciendo, no me quisieron hacer los exámenes, tuve que ir después con mi abogada, y aun así tampoco me los quisieron hacer.[50]

Hay que entender que en la vida de transexuales y transgéneros la medicina ocupa un lugar primordial; su actuación tiene importantes repercusiones en las posibilidades de regularización de su situación legal. Por ello los servicios de salud deben revisar sus prácticas en los casos de cambio de nombre, con el fin de evitar prácticas denigrantes, y tender a que en el futuro quienes practiquen estos exámenes sean especialistas en transexualidad o intersexualidad, y no médicos forenses como ahora. El que se haya negado tratamiento a una persona ilustra la ignorancia de ciertos médicos en estos temas, e indica la conveniencia de trasladar estos procesos a un sitio mejor equipado para responder a las necesidades y para reducir el estado de vulneración de estas personas. En palabras de Mayra Feddersen, abogada de la Clínica de Interés Público, que ha patrocinado casos en este sentido,

> lo que ocurre en relación con el SML y en general con las instituciones que se vinculan a los transexuales es que muchos de ellos desconocen lo que significa el transexualismo, aplicando

49 Andrés Rivera, "Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de personas transexuales. Quinta ronda del Examen Periódico Universal", enviado a la OEA para su consideración y que trata en especial de los derechos de las personas transexuales, disponible en www.hombrestransdechile.cl.
50 Entrevista personal, 22 de julio de 2009.

> prácticas estandarizadas, que en el caso específico de los transexuales implican un desconocimiento a su propia identidad. Así, por ejemplo, el examen sexológico que realiza el SML mediante la revisión de los órganos genitales masculinos a un transgénero femenino, que psicológicamente se siente y vive como mujer, le importa un desconocimiento de su propia identidad, debiendo mostrar partes de su cuerpo que no dan cuenta de quién es realmente.[51]

Las sentencias en casos de cambios de nombre y sexo ilustran los avances y las contradicciones que se viven al momento de asegurar el derecho a la identidad y su reconocimiento legal. Producto de la consolidación del movimiento transexual en los últimos años, se han presentado más casos de cambio de nombre y sexo y se ha conocido mejor el trámite en cuestión.[52] Diversos centros académicos y organizaciones (como la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, OTD, la Agrupación de Apoyo a la Disforia de Género, AADGE, la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, Movilh o la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial) han llevado o patrocinado estos casos.[53]

Por regla general, la jurisprudencia reconoce el cambio de nombre y de género solo cuando ha habido cirugía de reasignación genital. No obstante, hasta agosto de 2009 el Primer Juzgado Civil de Rancagua había dictado tres sentencias que otorgan el cambio de nombre y sexo registral a hombres transexuales sin necesidad de someterse a cirugía. El primer fallo se dio a conocer el 27 de abril de 2007, y los otros dos (la identidad de cuyas personas se mantiene en reserva) en 2008. El pronunciamiento de 2007 tuvo como base el informe psiquiátrico al que había sido sometido Andrés Rivera, en el que "se observa una personalidad sin alteraciones, con identificación masculina y adecuados niveles de integración racional emotiva" y se aclara que "la evaluación de la pericia practicada corresponde a persona de sexo femenino, pero la orientación de ésta es masculina". Por ello se dictó que "en el rubro correspondiente al sexo de la inscripción, ahora deberá decir masculino".[54]

Estas sentencias no solo son importantes en el contexto nacional, también rompen con la tendencia internacional y se alinean con la legislación española y británica, que permiten los cambios con un diagnóstico de disforia de género, sin necesidad de cirugía.[55] En cambio, en países

51 Entrevista personal, 18 de agosto de 2009.
52 Entrevista con el presidente de Agrupa, 6 de abril de 2009, y Karen Atala, en la conferencia *Global Arc of Justice; Sexual Orientation Law Around the World,* 11 de marzo de 2009.
53 Entrevista con Nelson Caucoto, 6 de abril de 2009.
54 Fallo emitido por el 1° Juzgado Civil de Rancagua en 2009.
55 Gender Recognition Act 2004. Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, 15 de marzo.

como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda los cambios legales solo se efectúan cuando hay "armonía entre lo psicológico y lo anatómico", como señala Andrew Sharpe en su estudio sobre jurisprudencia *trans*.[56]

En Santiago, en tanto, las peticiones de cinco transexuales tuvieron un destino diverso. Las peticiones, presentadas por la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales y Movilh, basaban sus argumentos en

> las ideas concernientes al derecho al nombre y a la identidad, el derecho a la identidad sexual, el derecho a la salud y a la dignidad, citando al preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica en términos de que "solo puede realizarse el ideal de ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como sus derechos civiles y políticos"...[57]

Sin perjuicio de dicha argumentación, fueron rechazadas las causas de Alison Ruiz Martínez en el 4° Juzgado Civil de Santiago, el 31 de diciembre de 2008 (pero con apelación pendiente); de Juana Iris Rubio Errázuriz y Francisca Romina Menares Muñoz, el 28 de noviembre de 2008 por el 22° Juzgado Civil de Santiago; y de Karin Avaria, el 16 de junio de 2009, por el 16° Juzgado Civil de Santiago. En el caso de Juana Iris Rubio Errázuriz, dice la sentencia de primera instancia dictada por la jueza Helga Bustamante que

> en el caso sublite, no es solo el caso de su prenomen [sic], sino también, que por una decisión jurisdiccional se pretende el cambio de sexo del solicitante, lo que es impracticable, mientras la ciencia médica no lo someta a la correspondiente cirugía, y una vez resuelto el problema físico, recién el órgano jurisdiccional puede aplicar la normativa vigente pues de acceder a la mutación de nombre, el tribunal se vería en la necesidad de infringir los grandes Principios de Derecho, que ordena aplicar el artículo 24 del CC [Código Civil]. (...) se declara: Que se rechaza, en su integridad, la solicitud de cambio de nombre y sexo registral.[58]

56 Andrew N. Sharpe, *Transgender Jurisprudence: Dysphoric Bodies of Law*, Londres, Cavendish, 2002, p. 3.
57 4° Juzgado Civil de Santiago, sentencia Rol V-91-2007, dictada por la jueza María Merino Verdugo, 31 de diciembre de 2008.
58 22° Juzgado Civil de Santiago, sentencia Rol V-87-2007, dictada por la jueza Helga Bustamante, 29 de octubre de 2008.

Las sentencias de primera instancia de todos los casos expuestos se basan en que no hay intervenciones quirúrgicas; sin embargo, el 25 de junio de 2009 la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, al identificar el nombre como un "atributo de la personalidad y componente esencial de la identidad de una persona, que determina su relación con la sociedad y que lo distingue frente a los demás", por ello el nombre

> no puede ser uno de carácter masculino, ya que esto impide que el peticionario desarrolle su verdadera personalidad y se desenvuelva frente a los otros conforme a la condición sexual que reconoce para sí mismo y a través de la cual asume su proyección en la vida. (Considerando 4)

Al recibir las noticias sobre el fallo de la Corte de Apelaciones, Alison Ruiz dijo:

> Hoy es el día más feliz de mi vida... cuando me llamaron de la UDP y me mencionaron acerca de la sentencia de mi cambio de nombre. Les doy mil de millones de agradecimientos, ya que gracias a ellos voy a cumplir mi sueño de tener mi nombre femenino, y no ser más discriminada por este motivo. Qué más podría decir, con lágrimas en mis ojos..., muchas gracias.[59]

Cabe anotar que hasta ahora solamente los transexuales masculinos han tenido éxito en los cambios de nombre y sexo registral; a las transgéneros y transexuales femeninas solo se les ha otorgado el cambio de nombre.

2.2 Derecho a la salud

Fallos emitidos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso y por la Corte Suprema evidenciaron visiones contradictorias en el tema del acceso al sistema de salud de personas transexuales.

En agosto de 2008 la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió un recurso de protección interpuesto por una persona transexual que buscaba realizarse una cirugía de reasignación genital sin costo. Con el apoyo de la Agrupación de Derechos Humanos y Diversidad, se demandó al Hospital Público Carlos Van Buren y al Ministerio de Salud. La parte recurrente alegó "ante la ausencia de políticas sanitarias que pongan fin al problema de marginalidad extrema que lo relega a una tercera categoría de humano, dañando su integridad psíquica y dignidad personal...", y, en el primer

59 "Clínica de Interés Público logra cambio de nombre a transgénero", www.derechoshumanos.udp.cl.

fallo que reconoce el derecho a la salud de los transexuales, los jueces de la Corte de Apelaciones de Valparaíso decidieron que se violaba el primer inciso del artículo 19 de la Constitución, "esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, dado que en estricto rigor esa es propiamente la garantía constitucional atinente al caso".[60]

En diciembre de 2008 otro recurso patrocinado por la misma agrupación fue también acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. En esta ocasión los jueces constatan la falta de políticas públicas en la materia, "lo que amerita una preocupación de parte de las autoridades correspondientes, demostrativa de la gravedad del presente problema de falta de implementación de un programa público de cambio de identidad sexual".[61]

A pesar de que el primer recurso se acogió y no hubo apelación por parte del Hospital Carlos Van Buren, en el segundo caso se recurrió ante la Corte Suprema, cuya Tercera Sala revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso aduciendo que el hospital "no tenía ninguna responsabilidad al negarle la cirugía a la persona transexual ya que es el Ministerio de Salud quien debe regularla previamente".[62] No obstante, la sentencia de la Corte Suprema reconoce el problema de salud al indicar que el asunto discutido "corresponde precisamente a un problema de salud pública (...) cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que como en el caso de autos se pretenden, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros, entre otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello...".[63]

Se celebra el hecho de que una persona haya conseguido cirugía gratis, pero también hay casos trágicos que lamentar. La organización Amanda Jofré[64] informó que una mujer transgénero, Laura Simón Alayo, falleció el 30 de septiembre de 2008 de un edema pulmonar tras inyectarse silicona para concretar su proceso de feminización corporal. Su muerte se considera relacionada con la ausencia de políticas de salud que le hubiesen permitido acceder a un tratamiento hormonal, cirugía y apoyo profesional.[65]

60 Ver los fallos de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, www.aadge.cl, sección "Jurisprudencia trans". Se ha pedido que las identidades de las personas se mantengan bajo reserva en estos casos, por eso no están presentados todos los antecedentes de los fallos.
61 Id.
62 Entrevista con el presidente de la Agrupación de Derechos Humanos y Diversidad, 6 de abril de 2009; y "Suprema se pronuncia sobre transexualismo", www.aadge.cl.
63 "Sentencia sobre transexualismo. Corte Suprema, Chile", www.aadge.cl, sección "Jurisprudencia trans".
64 "Amanda Jofré es una comunidad de personas Trans, que abarca a Transgéneras, Travestis y Transexuales, que habitan la Región Metropolitana de Santiago", www.amandajofre.cl.
65 Andrés Rivera, anexo del "Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de personas transexuales. Quinta ronda del Examen Periódico Universal".

Aunque se reconoce una mayor apertura en las instituciones de salud con la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), que ha celebrado convenios con hospitales públicos, como el de Rancagua y el de San José,[66] y con la Agrupación de Derechos Humanos y Diversidad, que ha firmado pactos con el Hospital Carlos Van Buren en Valparaíso, gran parte de las comunidades transgénero y transexual siguen marginadas por la falta de apoyo institucional en materia de salud, que es primordial para ellas.

En otros ámbitos de la vida, respaldan las realidades relatadas por organizaciones como GAHT, OTD y AADGE[67] los resultados del estudio del CLAM mencionado más arriba, que destaca que las personas transexuales y transgénero "reportan mayoritariamente sólo haber accedido a la educación formal básica y media, con estudios a menudo incompletos. Estos datos permiten constatar el grado exacerbado de las dificultades de acceso de las personas trans a un medio fundamental para el ejercicio de la ciudadanía: la educación".[68] Y en términos del acceso al trabajo, comparado con las demás identidades sexuales es mayor el porcentaje de personas *trans* que se encuentra cesante. Un alto porcentaje se considera trabajador independiente (52,4%), comparado con 10,9% en bisexuales y 24,9% en gays. La encuesta concluyó que "su relativamente baja escolaridad y la precariedad de sus vínculos laborales dan cuenta de la falta de acceso y los obstáculos encontrados debido las situaciones de discriminación vividas por esa población".

2.3 Discriminación laboral

En 2009 llegó a término el caso de Claudia Espinoza, la transexual que enfrentó al edil de Independencia, Antonio Garrido, tras la reiterada negación del alcalde de otorgarle permiso de comerciante ambulante. La Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, junto con Movilh, interpusieron un recurso de protección en favor de Claudia, en el que se argumentó que en su caso se violaron los derechos constitucionales de no discriminación (art. 19 N°2), libertad de trabajo (art. 19 N° 16), a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N°21) y a la dignidad y la honra (art. 18 N° 4), y que "siendo la actitud del Alcalde de la comuna de Independencia arbitraria, pues se sustenta en el mero capricho, es irracional y se aleja de la constitucionalidad...".[69]

Los argumentos del alcalde se basaron en que los permisos municipales son una facultad privativa suya, conforme lo dispone la Ley

66 Id., párr. 13.
67 Ver www.gaht.cl, www.hombrestransdechile.cl y www.aadge.cl.
68 Barrientos y otros, *Política, derechos, violencia y diversidad sexual: Primera encuesta marcha del orgullo y diversidad sexual*, p. 25.
69 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4393-2008, 7 de julio de 2008.

18.695, y que "La supuesta negativa a otorgarle permiso conforme a su condición de transexual, carece de fundamento, ya que nunca se lo negaría por el sólo hecho de tener dicha opción sexual, y que lo que ha ocurrido es que el recurrente ha vulnerado normas mínimas para ejercer la actividad de comerciante en la vía pública".[70]

El 18 de noviembre de 2008, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección restando valor, por una parte, a las declaraciones del alcalde que constaban en la prensa y, por otra parte, argumentando que no había evidencia de que Espinoza hubiese solicitado el permiso de comerciante ambulante y que, por lo tanto, existiera una denegación por parte de la autoridad municipal. La Corte de Santiago señaló que

> sólo en cuanto a que la prensa ha atribuido al Alcalde de la comuna de Independencia, don Antonio Garrido, algunas expresiones que atacarían su opción sexual, las que, en todo caso, como ha manifestado en su respuesta, no permiten aseverar que se haya denegado el permiso por ese motivo (...) Ello es así, ya que no consta en autos que se haya efectuado una petición de permiso formal, como el ingreso de una solicitud sobre el particular en la oficina de partes del municipio, su fecha y número, estado de tramitación, etapa en que habría sido denegada o visada; antecedentes concretos que permitirían a esta Corte establecer de manera irrefutable que ha habido una petición concreta de permiso de comerciante ambulante y una denegación oficial.[71]

América López Morris, concejala por la misma comuna, cuestionó al alcalde Garrido indicando que, contrariamente a los argumentos del edil, efectivamente se requiere una audiencia con el alcalde para solicitar el permiso de comerciante ambulante:

> Solamente el administrador municipal, en este caso el señor alcalde, es el que determina a quién se le autoriza y a quién no para trabajar en este medio, que generalmente es comercio, comercio ambulante (...) es el señor alcalde que voluntariamente cede los derechos de alguna parte (...) para que la persona se instale a trabajar, de esa forma se dan los permisos (...) se pide una audiencia con él, porque generalmente todos esos tipos de situaciones las corta él; él definitivamente es el que procede decir a éste sí, a éste no.[72]

70 Id.
71 Id.
72 Entrevista personal, 13 de abril de 2008.

La Corte Suprema mantuvo la opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago, negándose a reconocer que las garantías constitucionales hubiesen sido violadas y, así, el comportamiento del alcalde quedó sin sanción.[73]

Estos pronunciamientos reflejan el círculo vicioso que compone la realidad de las personas transexuales, quienes, por no tener trabajo, no logran reunir los recursos para pagar las operaciones quirúrgicas necesarias para solicitar el cambio de nombre y de sexo registral.[74] Pero, sin el cambio de nombre y un carné que coincida con su identidad de género, se les niega trabajo, como el ejemplo demuestra.

La falta de políticas públicas conlleva una situación de extrema precariedad para las personas transgénero y transexuales, la que incluso ha sido comentada por los ministros de la Corte Suprema, reflejo del aumento de casos presentados ante los tribunales. La escasa normativa sobre identidad de género, por su parte, está en la raíz de las respuestas contradictorias emanantes de la justicia, contradicciones que crean un escenario donde a personas de la misma condición se les reconocen diferentes derechos, como en el ejemplo del acceso al cambio de nombre y sexo.

3. EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL

Recurrir al Poder Judicial resulta complejo para miembros de las comunidades LGBTI, puesto que en general carecen de recursos, tanto financieros como legales y profesionales. Activistas de MUMS, GAHT y de la Organización Amanda Jofré relatan las dificultades que enfrentan al intentar asegurar ayuda legal para denunciar atropellos cometidos en contra de personas LGBTI.

Solo se dan a conocer algunos casos emblemáticos cuando se opina que el caso tiene posibilidades de ser ganado, arguyen; además, el recurso de protección que busca proteger los derechos constitucionales hasta ahora casi no ha servido a las personas LGBTI, con la salvedad del caso citado de cirugía de reasignación sexual en Valparaíso. Un juez cuya identidad se mantiene en reserva opina que lleva tiempo acostumbrarse a los temas nuevos como orientación sexual o identidad de género, por lo que era claro que los primeros casos no iban a tener resultados favorables. Su apreciación de la situación parece coherente con los ejemplos dados a conocer por los *Informes* a través de los años. Como consecuencia, recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la falta de justicia en el país se considera un recurso natural para los casos emblemáticos, como los de Karen Atala y Sandra Pavez.

73 Corte Suprema, sentencia 7778-2008, del 14 de enero de 2009.
74 Entrevista al presidente de Derechos Humanos y Diversidad, 6 de abril de 2008. Ver también www.aadge.cl.

3.1 El caso de Sandra Pavez

Después de que la Tercera Sala de la Corte Suprema confirmara en su plenitud el fallo emitido por la Corte de Apelaciones de San Miguel, en diciembre de 2008, se presentó una denuncia contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La denuncia, patrocinada por el abogado Alfredo Morgado y respaldada por Movilh, alega violaciones a los derechos de igualdad, libertad, trabajo y vida privada, fundada en que a Sandra Pavez se le niega la posibilidad de ejercer como profesora de religión –quitándole su certificado de idoneidad– a causa de su orientación sexual. En el *Informe* 2008 se profundizó en la intención de la Iglesia Católica de imponer estructuras heteronormativas tras sus acciones. Pero este caso también cuestiona el papel de los jueces que ocupan los puestos más altos. Alfredo Morgado criticó al sistema judicial por "no tener el coraje suficiente para proteger a la ciudadanía chilena" y por haber actuado con "parsimonia" para no desdecir la acusación de la vicaría de San Bernardo. "La Vicaría mete mano a la vida privada", dijo, y por ello llevaron el caso a la Comisión Interamericana.[75] Como se señala en la denuncia, a Sandra Pavez se le impide

> su derecho a poder ejercer su profesión por el sólo hecho de tener una orientación sexual condenada por ciertos grupos al interior de la Iglesia Católica. Asimismo, vulneran estas disposiciones los tribunales chilenos al negarle la debida protección a la señorita Pavez, quien fue víctima de una arbitraria e injustificada discriminación.[76]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación" (art. 11, N°2). Por su parte, la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas prohíbe "toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual, estado civil político o social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad o hacerlo imposible".

75 Emol, "Demandan al Estado por caso de profesora lesbiana impedida de trabajar", 8 de enero de 2009.
76 Id.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "Los Estados Partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto" (art. 3), mientras que la Convención Americana señala que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (art. 24). Finalmente, la demanda consideró que tampoco se respetó el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".[77]

3.2 El caso de Karen Atala

El 23 de julio de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*. Se implica que el Estado chileno se expone a una condena internacional por respaldar el fallo de la Corte Suprema que sancionó a Karen Atala por su orientación sexual, al no cederle la tuición de sus tres hijas debido al supuesto "deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho".[78]

Los abogados del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, de la Corporación Humanas y Libertades Públicas Asociación Gremial –todos ellos patrocinantes del caso– celebraron la resolución de la CIDH. Según la Corporación Humanas,

> El dictamen de la CIDH desestimó la argumentación del Estado que, a través de la Dirección de DDHH de la Cancillería, solicitó la inadmisibilidad de la denuncia y defendió la resolución de la Corte Suprema, asegurando que se basaba en el interés superior de las niñas. Según revela el informe de admisibilidad, la Cancillería sostuvo que la convivencia de la madre con una pareja del mismo sexo "se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el actual contexto de la sociedad chilena".[79]

77 "Demandan al Estado chileno ante Comisión Interamericana por violación a derechos humanos de profesora lesbiana", www.opusgay.cl.
78 Corte Suprema, fallo emitido por la Cuarta Sala, 31 de mayo de 2004.
79 "CIDH declara admisible denuncia por discriminación contra Karen Atala", www.humanas.cl.

Lo que se alegó ante la CIDH fue la violación de los siguientes derechos de la Convención Americana: derecho a las debidas garantías judiciales (art. 8 N°1), protección de la vida privada (art. 11, N°2), protección de la familia (art. 17, N°1), igualdad ante la ley (art. 24), protección judicial (art. 25) y los derechos del niño (art. 19). Los peticionarios argumentaron que el Estado chileno no cumplía con sus deberes internacionales y regionales, señalando su incapacidad para aplicar la Convención Americana, la que fue ratificada por Chile en 1990.[80] Los abogados cuestionaron la defensa del Gobierno al considerar que reivindicaba "un fallo judicial que discrimina contra las madres y padres homosexuales, al distinguir de manera arbitraria e irrazonable entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales para cuidar a sus hijos adecuadamente".[81]

Contrario a este pensamiento, el 30 de diciembre de 2008, el juez de familia de Puente Alto, Francisco Loret, resolvió un caso en el cual la mujer cedió la tuición de sus dos hijos de diez y diecisiete años al padre, que es gay y que reside con su pareja. A pesar de que la decisión se basó en al acuerdo entre los padres, el fallo es significativo puesto que argumenta que la orientación sexual no constituye impedimento alguno para ser padre. Según la prensa, la asistente social que entrevistó al padre y a sus hijos afirmó en su informe que los niños "apoyan (a su padre) en la decisión de que él tenga una nueva pareja y viva con una persona de su mismo sexo", y la madre de los niños explicó que "Cuando mis hijos se enteraron de la condición sexual de su padre lo apoyaron incondicionalmente y se fueron con él".[82]

El presidente de la Corte Suprema, Urbano Marín, quien redactó la sentencia de Karen Atala en mayo de 2004, al referirse al caso se limitó a decir que "normalmente solo se rechazan los acuerdos cuando son ilegales". En el área política, el subsecretario General de Gobierno, Neftalí Carabantes, dijo que "un juicio de tuición lo que busca es proteger el interés superior de los niños, no de los padres. De esta forma, pueden existir padres buenos o malos", y que "en Chile no puede ser factor la condición sexual, religiosa o étnica de una persona".[83]

4. LA LEGISLACIÓN

Más allá de las declaraciones de campaña de los candidatos presidenciales, es menester recordar los obstáculos institucionales que persisten en la aprobación de legislación sobre diversidad sexual en Chile. En el

80 Ver CIDH, Petición *Karen Atala e hijas vs. Chile*, 1271-04 Informe 42/08, www.cidh.org.
81 "CIDH declara admisible denuncia por discriminación contra Karen Atala".
82 Emol, "Padre gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales", 11 de marzo de 2009.
83 Emol, "Suprema y tuición a padre gay: 'Sólo se rechazan los acuerdos cuando son ilegales", 12 de marzo de 2009.

Senado, por ejemplo, en junio de 2009 la Comisión de Familia rechazó legislar sobre uniones civiles de parejas heterosexuales, sin siquiera considerar a las parejas del mismo sexo. Los diputados y senadores que respaldan los derechos de las personas LGBTI no parecen tener suficiente peso para impulsar cambios legislativos.

Esta situación contrasta con los desarrollos legales de otros países de América Latina. Así, por ejemplo, la nueva Constitución de Ecuador, aprobada en septiembre de 2009, incluye principios de no discriminación por identidad de género y orientación sexual (art. 11, N°2) y legaliza las uniones de personas del mismo sexo otorgándoles "los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio" (art. 68).[84] En Ciudad de México, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en agosto de 2008 una reforma a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles que permite a las personas transexuales, travestis y transgénero cambiar su identidad de género, en "un juicio especial ante el juez de lo familiar, el cual se solicitará de manera voluntaria y a través de un dictamen, expedido por dos especialistas y que conste que la persona está siendo sujeta a un proceso de reasignación sexual".[85] En Uruguay, un proyecto similar fue aprobado por el Senado en diciembre de 2008, y ahora se espera el debate en la Cámara de los Diputados.[86]

En Chile se perciben dos tendencias principales en la materia. Primero, existe el apoyo de un grupo creciente de políticos de izquierda que respaldan, promocionan y presentan proyectos, tales como la derogación del artículo 373 del Código Penal auspiciada por la diputada María Antonieta Saa (PPD)[87] y la creación de pactos de uniones civiles, auspiciados por Marco Enríquez-Ominami, entre otros.[88] Según la diputada Saa, se debe dar una respuesta a una sociedad civil que ya es más progresista y exige tales cambios.[89] El Movilh también argumenta en su informe anual de 2008 que los avances socioculturales reflejados en la opinión pública deben traducirse en normas y políticas públicas.

La segunda tendencia es de fuerte oposición a estos proyectos, encabezada por la movilización de la derecha política y amplios sectores de las iglesias evangélicas y católica. La Corporación Humanas reconoce los obstáculos institucionales que han afectado la tramitación de proyectos en materia de derechos humanos de quienes adscriben a minorías sexuales. En su *Observatorio parlamentario*, un balance

84 Ver www.gayecuador.com.
85 Ver *El Sol de México*, "Podrán transexuales y transgénero cambiar de nombre en el DF", 30 de agosto de 2008, y COGAM, "La Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) aprobó modificaciones al Código Civil que beneficia al colectivo 'Trans' en México D.F.", 1 de septiembre de 2008.
86 Observa Uruguay, "Senado aprobó ley de identidad de género", 16 de diciembre de 2008.
87 Boletín Legislativo 5565-07.
88 Ver Boletines 5774-18, 5623-07 y 3493-07.
89 Entrevista personal, 6 de julio de 2009.

anual de la actividad del Poder Legislativo, no se registran cambios, con la única excepción del informe negativo sobre el proyecto que busca derogar el artículo 373 del Código Penal y el rechazo de las uniones de hecho (heterosexuales).

El proyecto auspiciado por la diputada Saa, que busca derogar el artículo 373 del Código Penal que sanciona las ofensas al pudor y las buenas costumbres, presentado el 13 de diciembre de 2007, fue rechazado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia por mayoría de votos.[90] La diputada señaló en entrevista a este *Informe* que un mayor nivel de organización por parte de la derecha dentro de las comisiones, por ejemplo la Comisión de Familia, impedía que la izquierda mantuviera la mayoría que tenía en la Comisión.

En el caso de la regularización de las uniones de hecho, dice que se votó en contra principalmente debido a que "hay sectores conservadores operando". El 30 de junio de 2009 la Comisión de Familia rechazó por ocho votos contra tres el proyecto de ley que busca regularizar las uniones de hecho. Por su parte, la diputada Ximena Vidal (PPD) estimó urgente legislar sobre la materia debido a las nuevas realidades familiares en nuestro país, pero negó incluir las uniones de personas del mismo sexo, "porque dificultaría el debate y demoraría la tramitación de las uniones de hecho entre personas de distinto sexo".[91]

Los obstáculos no solo se presentan entre los diputados, sino también en el Senado. Ejemplificador es el caso del proyecto que contempla medidas contra la discriminación, el cual permanece en la Comisión de Constitución del Senado desde octubre de 2008, tras ser aprobado en la Comisión de Derechos Humanos. A pesar de que el proyecto ha sido sujeto a urgencias en varias ocasiones, venciendo la última el 27 de abril de 2009, sigue sin avanzar.[92] Al respecto, no solo es criticable la lentitud de la tramitación sino la disminución de "los alcances de la protección que se pretende brindar frente a la discriminación".[93]

Cabe recordar que durante el Examen Periódico Universal de Chile ante las Naciones Unidas, en mayo de 2009, países como República Checa, Holanda, Suecia y Nueva Zelanda hicieron sugerencias relativas a proteger los derechos de las minorías sexuales. Se planteó la necesidad de revisar el artículo 373 del Código Penal, con miras a evitar su aplicación arbitraria por razones de orientación sexual o identidad de género, de adoptar en general medidas para prohibir la discriminación por estas razones, y de introducir políticas públicas que tengan como

90 Boletín 5565-07. Ver "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que deroga el artículo 373 del Código Penal", 2 de septiembre de 2008.
91 Boletines 4153-18 y 4187-18. Ver "Informe de la Comisión de Familia recaído en dos proyectos de ley que establecen regulación para las uniones de hecho", 30 de junio de 2009.
92 Boletín 3815-07.
93 Ver boletín trimestral de www.humanas.cl.

objetivo educar a la sociedad y erradicar prácticas discriminatorias, usando como guía los Principios de Yogyakarta.[94]

Estas recomendaciones sirven de guía, pero no dan cuenta de la forma institucional que deben revestir tales cambios.

5. EL ESTADO CHILENO EN EL EXTERIOR

Ante la comunidad internacional, el Estado de Chile ha tenido una postura favorable a considerar como derechos humanos la orientación sexual y la identidad de género. Durante el último período firmó tres resoluciones relacionadas con el tema. El 3 de junio de 2008, en la 38ª Asamblea General de la OEA, firmó la resolución "Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género". El 18 de diciembre de 2008 firmó con otros 65 países, 12 de ellos de América Latina, una resolución presentada a la Asamblea General de las Naciones Unidas, y durante la 39ª Asamblea General de la OEA, realizada en Honduras entre el 1 y el 4 de junio de 2009, Chile firmó otra resolución sobre el particular, en la que se manifiesta preocupación por las violaciones de derechos humanos de individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y se encarga a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) que incluya el tema en su agenda.[95]

Desde la presentación de la primera resolución al Comité de Derechos Humanos de la ONU (por Brasil, en 2003) que una resolución no abordaba tanto el tema de identidad de género como el de orientación sexual. Ampliar la resolución para incluir la identidad de género es entonces un progreso conceptual y un avance en términos de reconocimiento. Ello configura un marco más garantista para el tratamiento de los derechos humanos de las personas LGBTI, en el mundo y en la región, y también demuestra el avance del Gobierno chileno en esta temática.

Los Principios de Yogyakarta, creados con el apoyo de la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional de Derechos Humanos, se constituyen como un instrumento destinado a facilitar la aplicación del derecho internacional humanitario en asuntos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género.[96] Se presentaron ante la Asamblea General de la ONU en noviembre de 2007, en una iniciativa respaldada por los gobiernos de Argentina, Brasil y Uruguay. Si bien no es un instru-

94 Ver UN, Human Rights Council, "Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Chile", A/HRC/WG.6/5/L.9, 12 de mayo de 2009, punto 96, incisos 27 y 28. Los Principios de Yogyakarta se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género. Fueron adoptados por un grupo de expertos en derecho internacional tras una reunión en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia. Sobre el examen a Chile, ver, en este Informe, el capítulo sobre Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos.
95 Resolución AG/RES-2435 (XXXVIII-O/08) de la OEA.
96 Ver www.yogyakartaprinciples.org.

mento vinculante, sirven de guía en la aplicación de los principios básicos de universalidad y no discriminación, y para reafirmar la necesidad de reconocer los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales.[97] Se les considera además como una herramienta educativa en general, que contribuye al enriquecimiento del debate en torno a los derechos humanos de las personas LGBTI.

No obstante su importancia, han sido cuestionados en dos ocasiones por representantes del Gobierno chileno. Según Boris Dittrich, de Human Rights Watch, la jefa de Asuntos de las Mujeres y la Sociedad Civil de la misión permanente de Chile ante Naciones Unidas, Belén Sapag, había demostrado la preocupación del Estado chileno por considerar que el "artículo 24 [de los Principios] implica que un gobierno no tiene argumento legal para no introducir el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y como Chile es un país muy católico, se hace imposible que el Estado de Chile dé su apoyo a los Principios de Yogyakarta".[98] La misma preocupación surgió en una reunión del Mercosur en marzo o abril de 2008. Dittrich afirma que se acercó a los representantes chilenos para proponerles conversar sobre las inquietudes del Estado frente a este instrumento, pero nunca obtuvo respuesta.

Así, pareciera haber discordancia entre lo que Chile promete en la esfera internacional y la falta de respaldo para avanzar en estos temas en el ámbito interno. Esta ambigüedad del Estado es patente en el contraste entre las declaraciones pronunciadas en el marco del Examen Periódico Universal y la opinión de los directamente interesados. En el informe que Chile entregó al Consejo de Derechos Humanos en febrero de 2009 se mantiene que

> Desde el retorno de la democracia se han implementado políticas de no discriminación y de inclusión social para las minorías sexuales. Se han logrado importantes cambios en los ámbitos de la educación y la salud, gracias a un diálogo abierto entre las autoridades y representantes de gays, lesbianas y transgénero. El Ministerio Secretaría General de Gobierno dio a conocer el 2004 el Plan Nacional para Superar la Discriminación en Chile, que contempla la necesidad de erradicar las marginaciones por orientación sexual o identidad de género. Como respuesta a la discriminación que han padecido estudiantes y profesores en razón de su orientación sexual, el Ministerio de Educación abordó el tema el 2005, en su "Plan de Educación Sexual y Afectividad".[99]

97 Douglas Sanders, "International: The Role of the Yogyakarta Principles", www.iglhrc.org.
98 Entrevista con Boris Dittrich, director de defensa comunitaria del programa LGBTI de Human Rights Watch, Los Angeles, Estados Unidos, 15 de marzo de 2008.
99 Informe presentado por el gobierno chileno durante la quinta sesión entre el 4 y el 15 de mayo de 2009, A/HRC/WG.6/5/CHL/1, pp. 14-15.

Los activistas entrevistados para este *Informe* no concordaron en absoluto con la información entregada a la ONU. Es claro que existen avances, sobre todo en cuanto a la firma de resoluciones internacionales, pero no se aprecian políticas internas, en parte como resultado de las diversidad de posturas de las distintas instituciones. Y no solo se trata de aprobar legislación en esta materia, sino también de educar en la inclusión a los que ocupan puestos de poder, y para ello no se puede descansar exclusivamente en la sociedad civil sino que hay que invertir recursos.

6. CONCLUSIONES

Los ejemplos expuestos en este capítulo, producto de la valentía de miembros de las comunidades LGBTI que exponen sus luchas privadas en el ámbito público, no agotan todas las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual o identidad de género que se configuran en Chile. Lo que sí hacen es dar cuenta de su complejidad y de la ambigüedad de las respuestas institucionales.

Numerosas encuestas reflejan una mayor apertura a estos temas en la opinión pública chilena, pero ello aún no se traduce en políticas públicas y en avances concretos para proteger los derechos de miembros de las comunidades LGBTI. El escaso conocimiento de las realidades diversas que se agrupan en esta denominación –por ejemplo, el caso de la intersexualidad– deriva en la falta de directrices, y en el ámbito jurídico, el hecho de que casi no se protegen las garantías constitucionales dificulta la comprensión de los derechos sexuales dentro de un marco de derechos humanos, salvo en casos muy específicos. El discurso político toma en cuenta la importancia del lenguaje de ciudadanía y derechos humanos, sin embargo éste no se traduce en la práctica, como se ha visto a lo largo de este capítulo.

En todo el mundo los expertos están promoviendo que los temas de orientación sexual e identidad de género se consideren en el marco de los derechos sexuales, pues de ese modo se amplía la lucha, al crear una plataforma donde los diversos intereses pueden actuar de una manera más coordinada y construir una coalición de movimientos basados en género, derechos reproductivos y orientación sexual.

7. RECOMENDACIONES

1. El Gobierno debe promover activamente el proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, que sigue pendiente en el Congreso Nacional.

2. El Gobierno debe impulsar medidas de difusión, como campañas publicitarias, para aumentar la sensibilización de la población en general, y especialmente de los funcionarios públicos, respecto de los derechos de las personas de orientación sexual diversa.

3. Al impulsar medidas de difusión, así como en la discusión sobre políticas públicas, el Gobierno debe asegurar una activa participación de la sociedad civil. Los ejemplos de otros países, como Argentina o Brasil, cuyos gobiernos han trabajado con organizaciones no gubernamentales deben tenerse en consideración.

4. El Estado debe dictar e implementar una normativa que rija la situación de personas cuya identidad sexual no coincide con el género registrado en la partida de nacimiento (*intersex*), quienes en la actualidad se someten al régimen de las personas transexuales.

5. Los funcionarios del Servicio Médico Legal deben ser capacitados para brindar un trato digno y respetuoso a las personas transexuales que deben examinarse.

6. El Congreso Nacional debe considerar la derogación del artículo 373 del Código Penal que sanciona las ofensas al pudor y las buenas costumbres.

7. El Estado debe tomar como lineamiento los Principios de Yogyakarta en todas las políticas que puedan afectar los derechos de personas de orientación sexual diversa.

DERECHOS DEL NIÑO[1]

SÍNTESIS

En el período 2008-2009 el sistema de protección de los niños víctimas de violencia, malos tratos y abusos volvió a fallar, esta vez con un resultado fatal. El período registra además numerosos episodios de violencia institucional: detenciones ilegales y hechos de violencia policial en contra de escolares que se manifestaban en protestas callejeras. Estas detenciones informales, de las que no se deja registro oficial, son una práctica muy preocupante. La arbitrariedad se ve agravada por la competencia de juzgados militares para este tipo de causas en Chile, pese a la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre la situación en las escuelas, se aprobaron importantes reformas legales que deberían mejorar el cuadro, pero aumentaron las denuncias por discriminación de niños con problemas de aprendizaje y de rendimiento escolar (cancelación de matrícula, exclusión de rendir la prueba Simce, presiones para medicar a niños diagnosticados con déficit atencional), lo que configura una nueva forma de exclusión, condicionada estructuralmente por las presiones asociadas a los rankings y sistemas nacionales de medición de la calidad del aprendizaje. Por último, el trabajo infantil no tolerable sigue siendo una realidad en Chile, como quedó al descubierto dramáticamente con un caso de graves lesiones, presumiblemente por pesticidas, y otro de muerte por una explosión de gas.

Palabras clave: Violencia contra niños, abusos policiales, Sename, discriminación, trabajo infantil.

1 Los autores agradecen la colaboración de todos los entrevistados, y en particular celebran la buena disposición y transparencia que demostró Angélica Marín, directora del Departamento de Protección de Derechos del Sename. En este capítulo se usará la expresión "niño", empleada en la versión castellana de los instrumentos internacionales sobre derechos, para hacer referencia a toda persona menor de dieciocho años, ya sean niñas, niños o adolescentes.

INTRODUCCIÓN

El *Informe 2008* incluyó por primera vez un capítulo sobre derechos del niño, en un primer esfuerzo de seguimiento sistemático de la situación de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en Chile. En esa oportunidad se abordaron situaciones de vulneración de derechos en tres ámbitos –el sistema de protección de los niños víctimas de violencia, malos tratos y abusos, las instituciones residenciales de protección de la niñez y las escuelas– y la conclusión fue que, a pesar de las claras recomendaciones formuladas por los órganos de supervisión internacionales, Chile exhibía graves déficit en esas áreas, los que comprometían gravemente su capacidad para otorgar protección efectiva a los derechos de este grupo de la población.

Este año, volvemos a hablar de la vulneración de los derechos del niño en las escuelas y agregamos dos nuevos problemas: la violencia institucional y el trabajo infantil. Sobre la situación en el sistema de protección y en las instituciones residenciales de protección se ofrece, al comienzo del capítulo, una revisión más breve, que examina en retrospectiva si se han producido avances en los temas pendientes identificados en el *Informe 2008.*

1. SEGUIMIENTO DE LA SITUACIÓN EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y EN LAS INSTITUCIONES RESIDENCIALES

1.1 Seguimiento de la situación en el sistema de protección

El *Informe 2008* informó de graves falencias en el sistema administrativo y judicial de protección de los niños víctimas de malos tratos y abusos al interior de las familias, especialmente por la falta de intervención oportuna y eficaz. En el período cubierto por esta nueva edición del *Informe* se registró una grave violación a los derechos de un niño, que confirma dramáticamente el crítico diagnóstico formulado.

En el *Informe 2008*, en efecto, se enjuició la falta de oportunidad y eficacia con que la Judicatura de Familia y las Oficinas de Protección de Derechos del Niño (OPD), del Sename, reaccionaron frente a situaciones de maltrato de alto riesgo, lo que contrastaba con las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas y con la indicación técnica conforme a la cual en estos casos debe existir un diagnóstico de la gravedad de la situación en no más de 24 horas,[2] para asegurar una intervención eficaz y oportuna. Nuestras instituciones, en cambio, se toman meses en contar con un diagnóstico, lo que puede agravar la situación de los niños en ciertos casos. Lo más preocupante, consignaba el

2 El *Informe 2008* cita el testimonio de la sicóloga Soledad Larraín, una reconocida experta en la materia.

Informe 2008, es que los problemas en este ámbito se revelaban de orden estructural, lo que hacía pensar que se repetirían, eventualmente con consecuencias fatales. Por desgracia, ese temor se ha visto confirmado.

El 21 de julio de 2008, una mujer de veintiséis años dio muerte a su hija de nueve tras propinarle una paliza. El motivo: la niña no había leído un libro para una prueba en el colegio. Según la información de prensa, "la madre golpeó brutalmente a su hija con los puños y pies en el abdomen, rostro, cabeza y extremidades. Además, la lanzó varias veces contra unos muebles. Las agresiones dejaron decenas de hematomas en el cuerpo de la niña, una fractura en un brazo y una grave lesión abdominal".[3]

En términos de la responsabilidad del sistema de protección a la infancia, lo grave del caso es que, apenas tres semanas antes de la muerte de la niña, el Juzgado de Familia de Colina recibió de la 8ª Comisaría de Colina un parte denuncia, interpuesto en contra de la agresora por su conviviente, por hechos de violencia intrafamiliar en contra de las tres hijas del denunciante, que vivían con él en el hogar de la agresora. Si bien la denuncia no se refería a quien finalmente sería la víctima fatal, con la información proporcionada por el denunciante los funcionarios de policía completaron la pauta de indicadores de riesgo contestando afirmativamente a cuatro de los ocho ítemes del formulario: "El agresor ha amenazado con quitarse la vida", "El agresor consume alcohol en forma frecuente", "El agresor tiene antecedentes psicológicos" y "El agresor maltrata o ha maltratado a algún integrante de su familia". El relato del conviviente, quien contó que la mujer había golpeado en forma constante a sus hijas durante el último mes, complementó esos antecedentes.

Esta pauta de indicadores de riesgo está evidentemente destinada a estimar la plausibilidad de las denuncias y el peligro de nuevos maltratos o abusos. La respuesta del Juzgado, sin embargo, fue una resolución en la cual citaba a las partes a una audiencia preparatoria que se realizaría el 19 de diciembre de 2008, *casi seis meses después* de la fecha de denuncia, "en la que deberán indicar todos los medios de prueba de que intentan valerse para acreditar sus pretensiones y alegaciones".

Omisiones de esta naturaleza tienen su explicación en la incapacidad de los tribunales para proveerse de diagnósticos oportunos y confiables, en un contexto de déficit de cobertura de los programas de diagnóstico ambulatorio; en la incapacidad de otras instancias de protección –como las OPD– para tomar decisiones urgentes, y en la escasa sintonía entre una y otra institución para actuar en forma complementaria (una, evacuando un diagnóstico inmediato; la otra, adoptando medidas urgentes sobre la base de ese diagnóstico). También en la carencia de alternativas de protección que no impliquen la institucionalización del niño, como podrían ser familias u hogares de acogida para estadías cortas, de tipo cautelar.

3 *El Mercurio*, "Niña asesinada por su madre sufrió golpizas anteriores", 23 de julio de 2008.

La sobrecarga de trabajo de los juzgados de familia, en cambio, no es una explicación en sí misma. La programación de audiencias preparatorias para dentro de seis meses en casos de maltrato infantil solo se explica por deficiencias en la provisión de alertas tempranas en las instituciones responsables. Sin embargo, en este caso el sistema de indicadores de riesgo incorporado a los partes policiales –un dispositivo de alerta temprana– fue correctamente aplicado por Carabineros, solo que no fue tenido en cuenta por la jueza de familia de Colina.

Acaso una explicación de ello, por absurdo que parezca, radica en que este sistema fue implementado por el Sename[4] y no por los tribunales de justicia. Ya el *Informe 2008* identificó como posible causa de la inoperancia del sistema de protección la falta de sintonía y de confianza en las OPD por parte de un buen número de tribunales de familia; ahora, esa desconfianza e incapacidad de trabajo en red se tradujo en un inexcusable desinterés por el único dispositivo de alerta que pudo haber salvado la vida de una niña que, según se comprobó después, desde hacía tiempo venía siendo objeto de violencia.[5]

Consultada sobre el punto, la directora del Departamento de Protección de Derechos (Deprode) del Sename, Angélica Marín, está de acuerdo en que los resultados arrojados por el protocolo de indicadores de riesgo en este caso ofrecían al tribunal una señal clara del peligro de agresiones graves en contra de los niños que se encontraban al cuidado de la mujer, pero explica que ese protocolo fue diseñado en primera instancia para los partes que Carabineros transmite a las fiscalías en casos que ingresan al sistema penal, por lo que los tribunales de familia aún no están suficientemente familiarizados con él.

En cuanto a la lentitud con que opera el sistema de diagnóstico de los casos derivados por las fiscalías y tribunales de familia, la directora del Deprode informó en el *Informe 2008* que en ello incidía directamente la insuficiente cobertura de los programas de diagnóstico ambulatorio: los niños pasaban meses en listas de espera para la realización del diagnóstico, lo que retardaba su atención. Esa limitación debía resolverse, al menos parcialmente, con decenas de nuevos programas que serían solicitados al Ministerio de Hacienda para la Ley de Presupuestos 2008. Un año después, Angélica Marín informa que la Dirección de Presupuestos no dio su aprobación a los recursos adicionales solicitados, y hoy las listas de espera se extienden a más de 3.600 niños en situaciones de riesgo que no están siendo protegidos ni diagnosticados por períodos de hasta seis meses.

4 Que desde 2007 se coordina con la Dirección de Protección de la Familia (Diprofam) de Carabineros para la aplicación de estos "indicadores de riesgo vital para los hijos e hijas" de víctimas de violencia intrafamiliar, instrumento que "visibiliza los riesgos a que están expuestos los niños(as) que crecen en contextos de violencia grave y se posibilita que el circuito se active desde Carabineros", según Angélica Marín, del Servicio Nacional de Menores.
5 *El Mercurio*, "Niña asesinada por su madre sufrió golpizas anteriores", 23 de julio de 2008.

1.2 Seguimiento de la situación de los derechos de los niños en los internados de protección

El *Informe 2008* llamó la atención sobre el estancamiento de la política de desinternación de niños en instituciones, impulsada por el Sename después de años de reducción paulatina de las cifras nacionales, así como de la política de reducción de las coberturas de los internados, también impulsada por ese servicio, y que pretende sustituir los centros masivos, que afectan negativamente el desarrollo de los niños, por centros de baja cobertura y diseño familiar, tal como recomiendan los expertos y exigen los estándares internacionales de protección a la infancia.

En relación con el primer fenómeno, este año no se ha producido un progreso apreciable en la desinternación. Tanto entonces como ahora, la directora del Deprode ha proporcionado cifras que bordean los doce mil niños internados por protección. El estancamiento se asocia a la baja cobertura nacional de los programas de desinternación, que deberían garantizar el derecho de los niños internados a permanecer en contacto con sus familias de origen y a crear las condiciones para su regreso a ellas. Se trata de una tarea muy compleja que requiere del apoyo de programas especializados, por lo que en el *Informe 2008* el Sename anunció que incluiría en el Presupuesto 2008 la creación de veinte programas de desinternación adicionales. Pero, nuevamente, la Dirección de Presupuestos no aprobó esta ampliación.

En cuanto al estancamiento de la tendencia a reducir los centros masivos, para sustituirlos por otros de tamaño y diseño familiar, el Sename indicó en el *Informe 2008* que estaba estudiando el costo real de los centros de baja cobertura (que, por su escala, presumiblemente encarecerían la atención en modalidad residencial) para proponer una modificación de los montos de subvención que permitiera financiarlos. Hoy señalan que el estudio está en fase de validación metodológica y que sobre esa base esperan definir un modelo de residencia de baja cobertura que cuente con subvención suficiente. En cualquier caso, admiten que entienden por centros de baja cobertura los que bordean los veinte niños, pese a que según los expertos no es posible reproducir un tipo de convivencia familiar en centros de más de ocho o diez niños.[6]

6 Dice la experta de Unicef Soledad Larraín en el *Informe 2008* que "… lo máximo deberían ser ocho a diez niños por centro, para que reprodujera lo que es la relación familiar, que permitiera signos de individualidad, de sus propios proyectos de vida, de sus espacios (...) Y para los adolescentes, que se pueden hacer cargo de una casa autogestionada, con algún tipo de apoyo, no deberían ser más de seis a ocho niños". Un anteproyecto de directrices de Naciones Unidas sobre condiciones del cuidado alternativo de niños, de junio de 2007, establece: "Los establecimientos que ofrecen cuidado residencial deberían ser pequeños y organizados en función de los derechos y necesidades del niño/a, en un contexto lo más similar a una familia o situación de grupo reducido". Esa fue, originalmente, la postura del Gobierno cuando presentó a tramitación el Proyecto de Ley de Subvenciones del Sename, en 2004: el entonces subsecretario de Justicia, Jaime Arellano, explicó que el rediseño del sistema de atención del Sename contemplaba "el desarrollo de centros residenciales de pequeña cobertura, de ambiente familiar, que tengan un régimen compatible con las relaciones familiares de los niños y su plena participación en los espacios normales exterio-

Por otra parte, el *Informe 2008* identificó situaciones de afectación de los derechos del niño a la privacidad y a la libertad de culto en centros residenciales de protección, especialmente en los que son administrados por instituciones religiosas que pretenden someter las preferencias de los niños –en cuestiones de credo y de comportamientos vinculados con ciertas ideas morales o de "decencia"– a las definiciones institucionales, sin respetar las preferencias de los niños ni asegurarles continuidad con el tipo de educación recibida en sus familias de origen, a las que, por política del Sename, en principio los niños deberían regresar. En el período cubierto por esta edición no se han registrado avances efectivos en materia de dictación de normas o instrucciones que garanticen estos derechos, aunque, en la preparación de las futuras orientaciones técnicas y los estándares de calidad para residencias de protección, se está planteando el problema identificado por el *Informe 2008*.

2. VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA EL NIÑO EN CHILE

De acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aquellas personas que aún no han cumplido los dieciocho años de edad tienen derecho a estar protegidas contra todas las formas de violencia. Las disposiciones de la CDN que más directamente se relacionan con este tema consagran el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (art. 6), la obligación del Estado de proteger al niño de "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo" (art. 19), y el establecimiento de prohibiciones y limitaciones específicas ligadas al sistema penal y la privación de libertad de niños (art. 37).

En particular, la Convención prohíbe someter a los niños "a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", e imponer la pena capital o de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Prohíbe asimismo privar de libertad a los niños "ilegal o arbitrariamente", y señala el criterio rector en esta materia: "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". En cuanto a las condiciones de reclusión, señala que "todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las

res al centro residencial (la escuela, el barrio, las plazas, los centros deportivos, el club infantil o juvenil, etcétera)", condiciones que difícilmente serían compatibles con residencias de veinte o más niños.

personas de su edad", y agrega que los niños deben estar separados de los adultos privados de libertad, y que tienen derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas.

En esta parte nos centraremos en una de las formas de violencia institucional contra los niños: aquella que se produce en el contacto con las policías y el aparato represivo del Estado, particularmente en el contexto de las expresiones de protesta social en que niños y adolescentes participan.[7]

2.1 Arbitrariedad y malos tratos en el contexto de una detención policial

El *Informe 2008* daba cuenta de la represión al "movimiento pingüino"[8] en el marco de sus protestas contra el envío al Congreso del proyecto de ley general de educación; preocupantes prácticas policiales que iban más allá de las detenciones ilegales y los malos tratos de siempre, y que llegaron hasta una situación de "secuestro" momentáneo de un grupo de niñas bajo pretexto de control de identidad. Durante los meses posteriores estas manifestaciones decrecieron considerablemente, pero las detenciones que no obedecían a la comisión de delito flagrante siguieron siendo una práctica habitual. Ello revela una concepción dominante en la policía, para la cual el mero hecho de manifestarse públicamente, aunque sea de manera pacífica, es causal suficiente para una detención. Además, en el caso de escolares que se encuentren en las inmediaciones de una manifestación, el solo hecho de ser adolescentes y vestir uniforme los hace objeto de detención. Esta afirmación, con carácter de generalidad, se basa en la observación directa de un amplio conjunto de movilizaciones por parte de los autores, y en el testimonio de Rodrigo Román, abogado de la Defensoría Popular.[9]

En cierto número de casos la privación temporal de libertad se justifica legalmente como control de identidad (procedimiento que, en virtud de modificaciones legales que entraron en vigencia en marzo de 2008, puede durar hasta ocho horas). En mayo de 2008 se produjo una detención masiva de una centena de estudiantes en las inmediaciones de Plaza Italia, en Santiago, antes de la hora en que estaba convocada una marcha. Los estudiantes fueron subidos a buses policiales y se les condujo a la 4ª Comisaría. No fueron acusados de cometer desórdenes o de ningún otro delito, y el procedimiento se justificó como un "control de identidad".[10]

7 En tal sentido, esta sección se relaciona con el capítulo sobre protesta social y derechos humanos que se incluye por primera vez en este *Informe*. La violencia institucional que se expresa al interior del sistema penal, por su parte, se analiza en el capítulo relativo al sistema carcelario.
8 "Pingüinos" se llama informalmente en Chile a los estudiantes secundarios, en alusión al uniforme que visten. Las movilizaciones callejeras y ocupaciones de establecimientos educativos protagonizadas por los estudiantes secundarios de todo el país durante 2006 pasaron a la historia con el nombre de "rebelión pingüina".
9 Entrevista personal, 3 de agosto de 2009.
10 Información telefónica suministrada al abogado Julio Cortés desde la 4ª Comisaría de Santiago.

En otros casos, los estudiantes detenidos por participar en una manifestación no tienen oportunidad de cuestionar la procedencia de su detención, y tras algunas horas en una comisaría son puestos en libertad después de la comprobación de domicilios.[11] Muchas veces se exige que sean retirados por los padres o adultos responsables, aunque esta práctica no tiene ya sustento legal.[12] Unas semanas después se les notifica la imposición de una pena de multa mediante un procedimiento monitorio, y tienen la opción de pagarla o presentar en el juzgado de garantía que corresponda un escrito de rechazo de la multa y solicitud de un juicio, el cual es provisto citándose a audiencia para unos días o semanas más adelante; finalmente, lo habitual es que en esa audiencia el Ministerio Público ofrezca una suspensión condicional del procedimiento. Según los abogados Rodrigo Román y Julio Cortés, en la gran mayoría de los casos los estudiantes aceptan, pues no suelen contar con asesoría jurídica y desean evitar el pago de la multa y las consecuencias impredecibles del juicio.

Rodrigo Román, de la Defensoría Popular, organización que asesora y representa jurídicamente a personas que son detenidas en movilizaciones, calculaba a fines de junio de 2008 que "en las últimas semanas van casi tres mil detenciones ilegales". En cuanto a los modos de actuar de la policía y el sistema de persecución penal, dice el abogado que "los chicos acusan que (...) han sido apremiados ilegítimamente, han sido vejados injustamente, lo que configura el delito de torturas contra particulares", y agrega que, al desalojarlos de las tomas en las escuelas, "el Ministerio Público les imputa el delito de usurpación, que es una figura como el robo respecto de los bienes inmuebles. O sea, se acusa a los estudiantes que se están robando los colegios, con ánimo de señor y dueño respecto de los establecimientos educacionales. Eso es exagerado".[13]

Una de las causas de la cantidad excesiva de tiempo que pasan detenidos los manifestantes, aunque sean menores de edad, continúa Román, es que suelen trascurrir varias horas antes de que la policía comunique al fiscal estas detenciones. Luego, la calificación de los hechos, y por lo tanto las instrucciones del fiscal, se basan exclusivamente en el parte policial. Respecto de las razones para calificar la participación en protestas sociales como desorden grave (sancionado en el artículo 269 del Código Penal) o desorden-falta (listado como nº 1 entre las faltas que señala el artículo 495 del mismo Código), resultan bastante nebulosas. La diferencia más noto-

11 Información proporcionada por Rodrigo Román, de la Defensoría Popular, y que se corresponde con las observaciones y gestiones de Julio Cortés con ocasión de detenciones de estudiantes durante las manifestaciones de 2008.

12 Tras las modificaciones al artículo 16 de la Ley de Menores mediante la Ley 19.806 de 2002. La Ley 20.084, de Responsabilidad Penal de Adolescentes, en vigencia desde 2007, tampoco contempla esa exigencia.

13 *El Ciudadano*, "Rodrigo Román, abogado de la Defensoría Popular: 'Llevamos casi 3 mil detenciones ilegales'", 21 de junio de 2008.

ria es que, de calificarse la situación como desorden grave, pasa a control de detención normalmente al día siguiente, mientras que en el segundo caso las personas quedan en libertad tras la comprobación de domicilio.

Un caso sonado, y que ilustra el nivel de violencia de la actuación policial, fue el de la estudiante secundaria Música Sepúlveda, quien había sido detenida en dos ocasiones en las semanas previas al incidente del jarro de agua,[14] en una de las cuales se constataron lesiones por malos tratos. En una foto que se dio a conocer en varios medios se pueden apreciar moretones en piernas, rostro y brazos. Al momento de esa detención, Música aún no cumplía catorce años.

Pese a ser legalmente inimputable, el parte policial 00047 de la Primera Comisaría de Santiago dio inicio a una causa en el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, donde, sin necesidad de oír a la niña, se dictó una resolución exclusivamente teniendo en cuenta la versión policial: en ella se le atribuye la comisión de "desórdenes en la vía pública". Como se trata solo de una falta, se señala que el tribunal "estima innecesario citar a audiencia en esta causa", y la jueza agrega que, "en evento de estimarse que procede dar curso a esta denuncia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 16.618, las medidas permisibles de emplear no parecen adecuadas a esta Juez, para el caso particular, entendiendo que la sola detención de la adolescente y su paso por la comisaría pueden servir a ésta de escarmiento o amonestación para corregir su conducta".[15] Si bien el tribunal actúa razonablemente al descartar un procedimiento para adopción de medidas de protección ante vulneraciones de derechos contempladas en el artículo 30 de la ley de menores,[16] de pasada legitima el hecho de la detención como un castigo en sí mismo, uno que tendría la capacidad no solo de "amonestar" sino también de "escarmentar" y "corregir". Estos objetivos ni siquiera los contempla la legislación vigente para adolescentes que ya tienen responsabilidad penal,[17] y más bien demuestran la subsistencia del viejo modelo tutelar, que favorece el reproche y la represión incluso en casos que ameritan algún tipo de protección de derechos, como éste en que existían lesiones constatadas.

Una forma indirecta pero relevante de violencia contra la infancia la constituye su legitimación mediática. La cobertura noticiosa de hechos graves de maltrato infantil (generalmente los más dramáticos, con

14 Incidente relatado en el capítulo sobre protesta social de este *Informe.*

15 Resolución del 2 de junio de 2008, Tercer Juzgado de Familia de Santiago, en causa RIT I-255-2008 sobre medidas de protección.

16 Se trata de un artículo incorporado en 2002, que contempla medidas no sancionatorias como las del antiguo artículo 29 sino "necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos".

17 En concordancia con los instrumentos internacionales pertinentes, el art. 20 de la LRPA dice: "Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social".

resultado de muerte) suele ser intensa, pero por lo general la violencia institucional y familiar menos grave no llega a ser un hecho noticioso, y la violencia policial no es la excepción.

Una forma de legitimación distinta de la "ocultación", más sutil pero que surte efecto, es la banalización de la violencia, que en el caso de la violencia policial se expresa en un lenguaje que tiende a restar gravedad al abuso de la fuerza por parte de los policías, y a sembrar la duda respecto de la verosimilitud de lo denunciado. Por ejemplo, una nota de 2009 informa de la denuncia efectuada por catorce estudiantes secundarios detenidos tras el fin de una marcha: Fuerzas Especiales de Carabineros los había detenido en forma ilegal, pues ellos se retiraban del sector por la vereda, sin causar desórdenes.[18] Además, los adolescentes dijeron haber sufrido agresiones verbales y maltrato físico durante el traslado a la 19ª Comisaría. Carla Aceituno, estudiante del Liceo Darío Salas, declaró que una carabinera la trató de "maraca" e intentó cortarle mechones que tenía teñidos de verde. La estudiante se resistió, y como resultado fue acusada de "maltrato de obra" por la carabinera. En esta nota llama la atención la puesta en duda de los hechos, patente en los signos de interrogación en el titular y en la referencia a que "según ellos" no estaban causando desórdenes. Más aun, hechos graves en sí mismos, que vulneran la legalidad interna y las normas internacionales sobre detención de menores, son banalizados como en esta frase: "'Estos abusos no los veíamos desde la dictadura', dijo el papá de uno de los chasconeados".

Éstas situaciones son bastante habituales en Chile en el plano cultural y de las comunicaciones, afirma Claudia Lagos, coordinadora del Programa de Libertad de Expresión del Instituto de la Comunicación e Imagen de la Universidad de Chile. El lenguaje que se usa para referirse a los niños, sobre todo si se trata de niños asociados con la comisión de delitos, sigue anclado en una mirada tradicional que los descalifica a priori como "menores", y que además de instrumentalizar y estigmatizar al "menor" suele poner en duda su versión de los hechos, haciéndose eco del sentido común más conservador y castigador.

2.2 Un niño desaparecido en democracia

Un caso muy grave de violencia policial contra menores de edad detenidos arbitrariamente ha venido a rememorar prácticas propias del peor período de la dictadura militar: el drama de la desaparición forzada de personas, y de la falta de información y de respuesta oportuna de la justicia y la policía a las demandas de los familiares. En Puerto Montt, el 3 de septiembre de 2005, Carabineros detuvo a José Huenante, de dieciséis años, quien desde entonces está desparecido. Se sabe que el joven

18 *La Nación*, "¿Pingüinos maltratados?", 20 de mayo de 2009.

se encontraba con unos amigos bebiendo cerveza en la calle, celebrando el pago de una suma importante por un trabajo de limpieza de erizos, y que el grupo apedreó a un vehículo policial que pasó por el sector. Dos testigos vieron que José fue subido al radiopatrullas 1375 de la Quinta Comisaría. La tía con la que vivía el joven dijo que "él le tenía miedo a los carabineros porque ya le habían pegado otra vez, en la población Vicuña Mackenna; también estaba en la calle con sus amigos. Esa vez les pidieron los documentos y ninguno los andaba trayendo".[19]

Solo en marzo de 2009, cuatro años después de la desaparición, tres carabineros fueron formalizados por el secuestro y sustracción de José Huenante: el sargento segundo Juan Ricardo Altamirano Figueroa, de la Quinta Comisaría de Puerto Montt, y los cabos Patricio Alejandro Mera Hernández y César Antonio Vidal Cárdenas. Los tres fueron dados de baja de la institución, aunque, según la periodista Alejandra Carmona, han seguido recibiendo sus sueldos. En declaraciones contradictorias, los policías han negado su participación, y la investigación ha avanzado poco. Se ha constatado la adulteración del libro de detenidos, pues existe un vacío en la justificación del kilometraje del radiopatrullas, y antecedentes de la participación de un segundo radiopatrullas (el 1372).[20]

Tras las formalizaciones, el fiscal Sergio Coronado solicitó al Juzgado de Garantía de Puerto Montt que la competencia pasara a la justicia militar. La familia de Huenante se opuso y un abogado querellante particular, Luis Correa Bluas, alegó que actos de secuestro, tortura y desaparición forzada no pueden ser considerados actos de servicio. Además, dijo: "Nosotros no tenemos ninguna certeza de que el niño esté muerto y si no lo está, que es lo que esperamos, debe aplicarse la Convención de los Derechos del Niño y ahí el Ministerio Público tiene la obligación de realizar todas las diligencias para encontrarlo".[21] El tribunal de garantía rechazó la solicitud del Ministerio Público, y éste impugnó la resolución ante la Corte de Apelaciones. Correa Bluas declaró: "Lo grosero de todo esto es que se trata del primer detenido desaparecido en democracia y lo primero que hizo el Ministerio Público es intentar mandarlo a la justicia militar".[22] Finalmente, la Corte de Apelaciones rechazó el requerimiento y el caso seguirá siendo conocido por la justicia ordinaria.

Resulta pertinente un examen de la responsabilidad institucional de Carabineros y del Estado de Chile por la práctica de detenciones ilegales de niños y adolescentes, con consecuencias de diversa gravedad. El *Informe 2008* dio cuenta de un caso de detención informal, no registrada, practicada con fines de amedrentamiento en contra de dirigentes del movimiento

19 *La Nación*, "La sombra de José Huenante", 22 de marzo de 2009.
20 *La Nación*, "El caso de José Huenante no pasará a la justicia militar", 31 de marzo de 2009.
21 Id.
22 *La Nación*, "Cuestionan actitud del Ministerio Público en caso Huenante", 27 de abril de 2009.

pingüino que, tras algunas horas, fueron abandonadas en puntos alejados del lugar de la detención y de sus domicilios. También es sabido que la policía ha recurrido a la práctica de retenciones informales de menores, haciéndoles "dar vueltas por un tiempo dentro del carro policial... darle un 'coscorrón' o 'una patada', por faltas que la policía prefiere –incluso 'en el interés del niño'– no judicializar, prácticas que gozan de cierta tolerancia y son culturalmente aceptadas en ciertos segmentos de la policía uniformada".[23] Estos usos son arbitrarios y constituyen un peligro para la seguridad de los detenidos. Aun sin que haya intención de dar muerte al detenido, sino solo una paliza "para que aprenda", las circunstancias de informalidad y silencio oficial que acompañan a la detención y el castigo influyen en que, ante un desenlace inesperado, para los funcionarios responsables sea más sencillo decidirse por el abandono de la víctima agonizante en un lugar donde no pueda encontrar auxilio, o derechamente por su homicidio y el posterior ocultamiento del cadáver, todo lo cual sería más difícil si las detenciones informales no fuesen toleradas en la cultura policial.

La jurisprudencia internacional en la materia refuerza la tesis de una responsabilidad institucional en estos casos. Dando aplicación a los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana ha formulado estándares detallados para la procedencia de la detención de menores de dieciocho años, las condiciones de esa detención, y las obligaciones y responsabilidades del Estado en estas situaciones. Así, por ejemplo, en la sentencia contra Argentina por el caso de Walter Bulacio, la Corte recuerda que "En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, esta Corte ha señalado, al analizar el artículo 7 de la Convención Americana, que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal)".[24]

El Estado es el garante de los derechos de los detenidos, que se hallan sujetos a su control total, y eso implica "que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia". Por eso, "la forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desco-

23 Paula Barros, Jaime Couso y Alejandra Ramm, "Estudio sobre las necesidades institucionales y programáticas para la implementación de la futura Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes", septiembre de 2005, inédito.
24 Corte IDH, sentencia del caso *Walter Bulacio vs. Argentina*, 18 de septiembre de 2003, párr. 125.

nocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad" (párr. 126). La vulnerabilidad del detenido se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria, afirma luego esta sentencia, "entonces la persona se encuentra en completa indefensión, de la que surge un riesgo cierto de que se transgredan otros derechos, como son los correspondientes a la integridad física y al trato digno" (párr. 127).[25]

En 2004, en la sentencia del caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, la Corte IDH tuvo ocasión de profundizar estos estándares sobre detención de menores de edad. En primer lugar, precisa que existen ciertos derechos que necesariamente se ven restringidos durante la situación de detención (por ejemplo, privacidad e intimidad familiar), y otros que bajo ningún pretexto podrían restringirse (la vida, la integridad personal, el debido proceso). En relación con los derechos a la vida e integridad personal, física y psíquica, la Convención Americana prohíbe someter a las personas a torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y obliga a tratar a toda persona privada de libertad "con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por eso, señala que estos derechos "no solo implican que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)".[26]

Cuando se trata de niños privados de libertad, el Estado tiene una obligación adicional: "Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño (...) Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión" (párr. 160). Lo mismo ocurre con el respeto de la integridad personal de los niños detenidos o presos: "La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos" (párr. 162).

En el proceder habitual de la policía en relación con adolescentes y niños es posible apreciar prácticas preocupantes que se resumen en detenciones ilegales, controles de identidad empleados a modo de detención con menos requisitos legales, y demoras perfectamente evitables en el plazo de la detención y la forma de ponerle término. Todas estas situaciones lesionan el derecho de los niños a la libertad personal, y por ello constituyen formas de violencia institucional contra la infancia.

25 Y continúa el párrafo 127: "El Estado debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a una persona que presentaba condiciones físicas normales cuando se inició su custodia y durante ésta o al término de la misma empeoró".
26 Corte IDH, sentencia del caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, 2 de septiembre de 2004, párr. 158.

2.3 Lesiones y muertes por disparos de la policía en el contexto de acciones de protesta social

Los niños y adolescentes también han sido víctimas de disparos –con balines de goma o balas propiamente tales– efectuados por la policía en el contexto de la represión de acciones de protesta. Esta forma de violencia es inadmisible, tanto si los disparos van dirigidos a adolescentes que protestan como cuando alcanzan a otros niños que simplemente se encuentran en las inmediaciones, a veces frente a sus propias casas. En estos casos, además de los daños directos de lesiones o muerte, las familias deben buscar justicia bajo las desventajosas condiciones que les impone la competencia de la justicia militar, pues sus funcionarios son jerárquicamente subordinados de las autoridades de las fuerzas armadas cuyo prestigio institucional –y, a veces, responsabilidad administrativa o política– está en juego. Ello contraría la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el sistema de justicia militar chileno.[27]

La noche del 29 de marzo de 2009, "Día del Joven Combatiente",[28] hubo disturbios en distintos puntos de Santiago. En la población Pudahuel Sur, en Santiago, una patrulla de Carabineros disparó perdigones de goma. Uno de ellos le destrozó el ojo derecho a Kathya Rojas, de diez años, que se encontraba con su madre en un pasaje del sector. La niña perdió la visión de ese ojo. La Fiscalía Metropolitana Occidente comenzó a investigar los hechos y, por antecedentes aportados por Carabineros, se supo que el autor de los disparos sería el capitán Víctor Ortiz, de la 28º Comisaría de Fuerzas Especiales.[29] Poco después, la Fiscalía Militar tomó el caso. El oficial, que había negado ser el autor de los disparos, fue procesado por el delito de violencia innecesaria con resultado de lesiones graves, y en la reconstitución de escena terminó reconociendo haber disparado hacia el interior del pasaje Laguna Salada, donde se encontraban la niña y su madre.[30]

De los más de seis mil casos que ingresaron a la justicia militar entre 1990 y 2004 por violencia policial imputable a Carabineros, solo en las regiones IV, V, VI y Metropolitana, más del 90% había terminado por sobre-

27 Corte IDH, sentencia del caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, 22 de septiembre de 2005: "En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo" (párr. 256), y "en el ámbito de la jurisdicción penal militar, los miembros de los tribunales deben revestir las garantías de competencia, imparcialidad e independencia indicadas…" (párr. 257).

28 Esta jornada conmemora la muerte de Eduardo y Rafael Vergara Toledo, en la Villa Francia, a manos de Carabineros, durante la dictadura militar. En los últimos años se ha hecho habitual que cada 29 de marzo se levanten barricadas y se produzcan combates con la policía en algunos sectores de Santiago.

29 Emol, "Antecedentes en poder de Fiscalía Occidente: Capitán de Carabineros sería autor del disparo de balín que hirió a niña", 3 de abril de 2009.

30 *La Nación*, "Capitán reconoció que disparó el balín que hirió a niña", viernes 29 de mayo de 2009.

seimiento. Solo en el 3,2% de los casos se dictó sentencia condenatoria por acción de violencia innecesaria por parte de Carabineros. Estos datos también contrastan con las sentencias condenatorias de civiles dictadas por los tribunales militares, un promedio de veinte anuales, con un promedio de 540 días de reclusión por delitos de maltrato de obra a Carabineros.[31]

Otro caso de violencia policial ilustra las vicisitudes que deben enfrentar los familiares que esperan justicia en procesos radicados en lo militar. La noche del 11 de septiembre de 2005, Cristián Castillo, de dieciséis años, participaba del levantamiento de barricadas cerca de su casa, en la comuna de Peñalolén, cuando fue herido de bala y murió. Un segundo joven herido de bala y otros testigos dijeron que los disparos provenían de carabineros, aunque en la prensa se difundió la idea de que se había tratado de un incidente confuso.[32]

En un primer momento la justicia ordinaria conoció el caso, y mediante pericias balísticas y otros medios de prueba llegó a determinar la responsabilidad de un funcionario policial en la muerte de Castillo. Luego el tribunal se declaró incompetente y envió el caso a la justicia militar, donde se decidió, en 2008, que había que rendir de nuevo todas las pruebas. Aparentemente, en este nuevo proceso declararon solo cinco de los veinte testigos que habían declarado en el primer juicio.[33] El carabinero habría sido dado de baja luego del procedimiento administrativo en la institución.

2.4 Niños mapuche víctimas de violencia policial

Un sector de la infancia que ha resultado particularmente vulnerable a la violencia institucional lo constituyen los niños y niñas mapuche. Ya en febrero de 2007 el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas se refirió al tema en los siguientes términos: "Al Comité le preocupa la información recibida de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía" (párr. 73. La versión original de este documento, en inglés, era más precisa, al calificar estos hechos de *police brutality*, brutalidad policial), y por ello recomienda al Estado que "vele por que los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos" (74 letra d).[34]

Muchos de los casos de violencia policial contra niños mapuche son monitoreados y dados a conocer por el Observatorio Ciudadano (ex Ob-

31 Gonzalo Álvarez y Claudio Fuentes, extracto de informe "La violencia policial en Chile", documento de trabajo 7, Observatorio Ciudadano, Flacso Chile, 2008.
32 *La Nación*, "Balada por la muerte de un niño", 18 de septiembre de 2005.
33 Información suministrada por postulantes de la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, en mesa-taller sobre violencia institucional, 7 de abril de 2009.
34 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales del examen de los avances presentados por el Estado de Chile en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007.

servatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas), que también suele interponer acciones legales y administrativas contra los responsables. A continuación se reseñan algunas de las situaciones más graves ocurridas en el período que cubre este *Informe*.

Tras un allanamiento de Carabineros en la comunidad José Guiñón, comuna de Ercilla, el 21 de junio de 2008, resultaron heridos Jorge Marimán Loncomilla (dieciocho años), con fractura de mandíbula producto de un culatazo, y Luis Marileo Cariqueo (diecisiete), por balines que impactaron en su pie izquierdo. José Cariqueo, padre de Luis y tío de Jorge, declaró que su hijo "ya estaba tirado en el suelo sangrando, entonces Carabineros le dice que mi sobrino pare, que no se acerque, pero él inconscientemente fue a ver qué pasaba y ahí Carabineros le dio un culatazo en la cara...".[35]

Un informe de 2004 del Servicio de Salud Araucanía Norte sobre la situación en la comunidad José Guiñón explica: "Son niños que han presentado y presentan algún tipo de sintomatología somática asociada al conflicto territorial y judicial; ya sea dolores de cabeza, ojos enrojecidos, sueño poco reparador, cansancio, pesadillas, dolores de estómago, todo esto es ocasional. Presentan, además, baja en rendimiento escolar, problemas de concentración, dificultades en las relaciones interpersonales y resentimiento, entre otros. Todo esto, sumado a la vulneración y al contexto en el cual se encuentran inmersos, aumenta los factores de riesgo en su desarrollo y les hace vivir una vida diferente de la llevada por otros niños de su edad y condición social".[36]

En otro informe del mismo servicio de salud, que cubre el período 1997-2005, se dedica un capítulo completo al análisis de los efectos psicológicos de la represión en los niños: el solo hecho de presenciar la forma en que se detiene a sus familiares deja profundas huellas en estos niños, que quedan "marcados psicológicamente por estos recuerdos" y "crecen perturbados". Pero también hay violencias más directas: "Hay niños que fueron apuntados con un arma, con orden de no moverse, viendo cómo es destruida su vivienda, interrumpido su sueño, su horario de comida, de juego o de estudio, para allanar su casa en busca de armas o personas requeridas por procesos judiciales, en su mayoría por la aplicación de la Ley Antiterrorista. Hay testimonios que aluden a la detención de niños y niñas luego de desalojos en comunidades".[37]

El 4 de diciembre de 2008, en el marco de un allanamiento, Investigaciones detuvo a Patricio Queipul Millanao (trece años), de la comunidad de Temucuicui, comuna de Ercilla, quien se encontraba con un primo

35 Texto y audio: "jóvenes mapuche heridos a bala en allanamiento policial", http://joansotomayor.blogspot.com.
36 Servicio de Salud Araucanía Norte, "Informe diagnóstico y de intervención, Comunidad Cacique José Guiñón", 2004.
37 Servicio de Salud Araucanía Norte, "Informe Final. Impacto psicosocial de la violencia y represión en comunidades mapuche de Malleco, 1997-2005, desde la perspectiva de los/as afectados/as", 2006.

de dieciséis años en el monte, al cuidado de los animales de su familia. Patricio había sido baleado por carabineros durante otro allanamiento, en 2007. Esta detención causó gran inquietud porque el niño fue trasladado a Traiguén, donde fue liberado, pero su comunidad estuvo un día entero dándolo por desaparecido, pues nunca se les informó de esta detención, que de todas formas era ilegal.[38] Finalmente, la Prefectura Regional Araucanía de la Policía de Investigaciones dio a entender que se había tratado sencillamente de un procedimiento de control de identidad. Pero Víctor Queipul, primo de Patricio, quien también fue arrestado, pero para ser dejado en el camino a Traiguén, a 15 kilómetros de su comunidad, vio gran violencia en la detención: "Fue rodeado y reducido entre golpes e insultos, siendo apuntado con las armas que portaban los funcionarios policiales, y luego, por no portar su cédula de identidad, fue conducido descalzo a uno de los carros policiales, y retirado del lugar, con destino a la Unidad de Traiguén de la PDI".[39] Víctor Queipul dijo también que la información que se les proporcionó fue en extremo vaga: "En primer lugar, nos comunicaron con el comisario Romero de la PDI de Angol, quién manifestó que era efectivo que hubo un procedimiento en Temucuicui, pero que estuvo a cargo de la PDI de la ciudad de Traiguén. Tras ello, nos comunicamos con la PDI de dicha ciudad, donde fuimos atendidos por el detective Pablo Cid, quién también confirmó que se había detenido al niño, pero que había sido trasladado a la ciudad de Victoria. Luego de llamar en reiteradas ocasiones a la unidad de la PDI de dicho lugar, se nos informó que había sido liberado, sin explicar la razón de la detención ni menos el lugar donde habría sido liberado".[40] Un recurso de amparo interpuesto por el tío de la víctima fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Temuco en razón de que el menor ya había aparecido. El caso fue planteado ante la Comisión Defensora Ciudadana, que calificó de "insuficiente y poco consistente" la respuesta dada por la policía.[41]

El 30 de julio de 2009, unos ochenta estudiantes mapuche se tomaron su liceo en la localidad de Ercilla, reclamando el "fin de la militarización y baleo permanente de nuestras casas y familiares en el campo". Luego

38 Si bien técnicamente no es posible que un menor de catorce años cometa delitos, la LRPA en su artículo 58 regula lo que ocurre en caso de que la policía lo sorprenda ejecutando una conducta que constituiría delito si la cometiera alguien mayor. En este caso, los agentes pueden ejercer todas las facultades legales necesarias para restablecer el orden y dar seguridad a las víctimas. Luego, puede ocurrir que se decida poner al niño a disposición del tribunal de familia, pero no para aplicarle sanciones sino para velar por su protección; o bien, si se trata de infracciones leves, puede entregarse directamente a sus padres o a personas que lo tengan a su cuidado, o incluso a un adulto que se haga responsable, informando en todo caso de la situación al tribunal de familia que corresponda.

39 Observatorio Ciudadano, entrevistado por la periodista Paulina Acevedo.

40 Observatorio Ciudadano, "Presentan recurso de amparo por desaparición de niño mapuche de 13 años", comunicado de prensa, 6 de diciembre de 2008.

41 *El Diario Austral*, **"**Comisión Defensora Ciudadana exige a policía de Investigaciones esclarecer procedimiento", 22 de diciembre de 2008.

del desalojo efectuado por Fuerzas Especiales de Carabineros de la Prefectura de Malleco, dieciséis estudiantes fueron detenidos.[42] Los padres y apoderados denunciaron la excesiva violencia del procedimiento, que incluyó el uso de un helicóptero que lanzó gases lacrimógenos y disparó balines. La detención duró varias horas y algunos estudiantes fueron víctimas de manoseos y vejámenes; además, "se les obligó a entregar huellas digitales, plantares, y se les aplicó parches ADN en la espalda".[43] Los padres denunciaron que no se les suministraba información sobre el paradero de sus hijos, comportamiento que dicen que se ha vuelto habitual en las detenciones de menores mapuche,[44] y que contraviene abiertamente las directrices internacionales sobre la materia.[45] Los dieciséis estudiantes detenidos fueron formalizados por desórdenes públicos y daños, quedando sometidos a vigilancia del Sename, en un proceso que fijó el plazo de un mes para la fase de investigación.

2.5 Asilo político: el caso de Relmutray Cadin

La persistencia de la represión en distintas comunidades ha tenido otros efectos negativos en la vida de niños mapuche. Es el caso de Relmutray Cadin, de diez años, quien en enero de 2009 solicitó asilo político a Suiza junto a su tía Flor Rayén Calfunao. En su familia, están o han estado presos su padre Antonio, sus hermanos Waikilaf (27) y Jorge (24), y su madre, Juana Calfunao. Antes de salir del país, Relmutray estaba al cuidado de su hermana Carolina, quien también temía ser detenida en cualquier momento.

Hernando Silva, coordinador del equipo jurídico del Observatorio Ciudadano, dice sobre la situación de esta familia: "Hay una violencia y una persecución sistemática de parte del Estado hacia la familia Cadin Calfunao, porque siempre han manifestado sus conflictos territoriales y han tratado de defenderse. Si hay una vulneración sistemática de los derechos humanos de toda una familia, y ahora hay un niño que está en posible posición de vulneración de derechos, por lo que está pidiendo asilo, lo mínimo que tiene que hacer Chile es responder y prestar las medidas necesarias para que no se vulneren sus derechos".[46]

42 *La Nación*, "Hija de lonco cae en desalojo de liceo en Ercilla", 30 de julio de 2009.
43 Alianza Territorial Mapuche, comunicado público, 31 de julio de 2008, disponible en http://memoriaindigena.blogspot.com.
44 Agencia de Noticias Medio a Medio, "Policía aplica métodos intrusivos a estudiantes mapuche detenidos en Ercilla", 31 de julio de 2009, www.agenciadenoticias.org.
45 Refiriéndose específicamente al Estado de Chile, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas señaló en febrero del 2007, a modo de recomendación, que se debe velar "por que los niños privados de libertad se mantengan en contacto regular con sus familias mientras estén en el sistema de justicia de menores, en particular notificando de inmediato a los padres su detención" (CRC-C-CHL-CO-3, párr. 72, letra f).
46 *La Nación*, "Relmutray. La historia de la niña mapuche que busca asilo político en Suiza", 5 de octubre de 2008. El reportaje incluye una tabla con los casos más graves de represión policial a menores en esta década: el asesinato de Alex Lemún (16 años) en 2002; un niño de catorce años, herido en la espalda con un balín de goma en 2006 en un operativo para detener a su padre, Francisco Painevileo; también en 2006, Ante Lemún (8 años) perdió parte de un dedo

El 22 de julio de 2005, un ataque incendiario contra su casa, el tercero en tres años, encontró a Relmutray sola en su interior, pues sus padres habían acudido a atender un grito de auxilio. Afortunadamente, alcanzó a ser rescatada por un comunero que pasaba por el lugar. El 4 de enero de 2006, cuando Relmutray tenía siete años, ella y un niño de dos años fueron detenidos junto a varias mujeres de la familia en la comunidad Juan Paillalef. Fueron puestos en libertad luego de unas horas.

Silva apunta hacia los efectos psicológicos de este tipo de represión sobre los niños: "Los niños mapuche son los más afectados por los allanamientos, junto a los ancianos. Cuando se realizan los allanamientos, con orden de los fiscales, lo hacen de una manera sumamente violenta y ellos sufren esta violencia: la utilización de gases lacrimógenos, daño sicológico porque les dicen indios de mierda o ven cómo les pegan a sus familiares. Incluso hay casos en que se actúa violentamente sobre niños".[47]

3. TRABAJO INFANTIL

En Chile, según la Ley 19.684, aprobada el año 2000, la edad mínima para trabajar es de quince años, y bajo ciertas condiciones, como no dejar los estudios y contar con autorización parental. Según datos de la única encuesta aplicada en Chile en la materia,[48] el año 2003, 196.104 niños, niñas y adolescentes de entre cinco y diecisiete años trabajaban (no incluye el trabajo doméstico, que sumaría 42.000 niños en nuestro país), cifra que representa un 5,4% del total de personas de ese tramo de edad. De ellos, 93.000 tenían entre cinco y catorce años, y 102.000 entre quince y diecisiete años. El porcentaje de niños varones que trabajan es casi el doble que el de las niñas (7,1% y 3,7%).

Del total de niños que se registran como trabajadores en esa encuesta, más de la mitad (107.000) lo hacía en "condiciones inaceptables". Este concepto intenta identificar los grupos de mayor riesgo, aquellos en que el trabajo infantil afecta sus derechos a la educación, al descanso, a la recreación y a la integridad física, entre otros. Incluye la situación de todos los menores de doce años que trabajan; los niños entre doce y catorce años que laboran catorce horas o más a la semana y/o no estudian; los adolescentes de entre quince y diecisiete años que trabajan veintiuna horas o más a la semana y no estudian; los niños cuyo trabajo

por un disparo efectuado por Carabineros contra un bus en que se desplazaban comuneros de Temucuicui; en 2007, la denuncia de Luis Curipán (12 años), que fue sacado de clases en la escuela junto a varios niños para ser interrogado por carabineros; en 2007, las múltiples heridas de perdigón recibidas por Patricio Queipul (11 años).

47 Id.

48 OIT, MINTRAB e INE, *Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2003*, www.trabajoinfantil.cl. Los niños trabajan especialmente en las ramas de comercio (40,2%), agricultura, caza y pesca (24,4%) y servicios personales, comunales y sociales (18,4%).

supera el máximo de horas establecido en la jornada completa legal, y todos los niños y adolescentes que trabajan en la calle o de noche.[49]

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil establece que éstas son: a) todas las formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Si bien las tasas de trabajo infantil de Chile son más bajas que las de otros países,[50] aún exhiben una magnitud preocupante. Salvo cuando se trata de prácticas abiertamente delictivas, en la mayor parte de los casos es un fenómeno más bien invisible, que solo llega a conocimiento de las autoridades y de los medios cuando alguna situación excepcional lo hace salir de las sombras.

Un caso es el de Gunter Orellana Martínez, de catorce años, quien el 30 de marzo de 2009, un domingo a medianoche, se encontraba junto a cuatro trabajadores de una empresa contratista, entre ellos su padre, trabajando para controlar emanaciones de gas en la sala de calderas del Hotel Militar, en Providencia, cuando se produjo una explosión. El niño resultó con el 97% de su cuerpo quemado y murió una semana más tarde, al igual que dos de los operarios adultos.[51] Su madre había dicho a la prensa que el niño tenía problemas en el colegio, por lo que su familia quería que aprendiera gasfitería como una herramienta para enfrentar la vida; también aclaró que Gunter solía acompañar a su padre, pero siempre fuera del horario de clases.[52]

La Recomendación 190 de la OIT, aclarando el concepto de "trabajo que probablemente dañe la salud o seguridad de los niños", del Convenio 182, menciona entre otros "los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos".[53] Ese trabajo solo es admisible para mayores de dieciséis años, previa consulta a organizaciones de trabajadores y empleadores pertinentes, "siempre que queden plenamente

49 Definición adoptada por la *Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2003*.
50 Estadísticas del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), de la OIT, indican que en Perú alrededor de un 26,5% de menores de dieciocho años trabajan, en Bolivia un 10%, en Argentina un 9,1% y en Colombia un 6,8%. En todo el mundo, unos 246 millones de niños hasta diecisiete años trabajan. Un 1% de ellos se encuentra en países desarrollados; un 0,97%, en las economías en transición; un 51,74%, en la región de Asia-Pacífico; 7,07%, en América Latina y el Caribe; 19,51% en África subsahariana, y un 5,44%, en Medio Oriente y norte de África. Ver *Estadísticas OIT* en www.ilo.org.
51 Emol, "Murió menor que tenía el 97% de su cuerpo quemado por explosión", 7 de abril de 2009.
52 Emol, "Niño quemado trabajaba para aprender el oficio de su padre", 31 de marzo de 2009.
53 Recomendación 190 de la OIT, 17 de junio de 1999, punto 3 c).

garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de esos niños, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente". Fuera de esos parámetros, el trabajo infantil peligroso es una de las "peores formas" y debe ser identificado, denunciado y erradicado. El Estado tiene el deber de "adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia", dice la OIT,[54] y en este caso, que se produjo además en una dependencia pública, el Estado faltó a esa responsabilidad.

Otro episodio que también sacó a relucir la situación de los niños trabajadores, en este caso del agro, afectó en noviembre de 2008, en Talca, a Ariel Meza, de doce años, quien salió a trabajar, sin autorización de su madre, en la cosecha de habas de un predio cercano a San Clemente. Pronto comenzó a presentar unas heridas extrañas; el primer diagnóstico fue de quemaduras ocasionadas por plaguicidas, pero, derivado al Hospital de Talca, el diagnóstico cambió a una dermatitis alérgica, por lo que no se pudo comprobar que efectivamente las heridas fueran producto del contacto con pesticidas. La madre y la directora regional del Sename comentaron que Ariel no era el único niño presente en la cosecha, pero a ellos no se les pudo comprobar edades ni quemaduras; según esta última, "los papás se mostraron reticentes, ante tanta connotación mediática, a dar más información; de todas formas esta situación sirvió para el exterior, pero complicó al entorno, y que éste se publicitara tanto, ya que en algún momento la mamá pensó que el Sename podía tener la intención de quitarle al niño, y en ningún momento nosotros queríamos eso; al contrario, queríamos apoyarla a ella y a su familia".[55]

Fuera de que Ariel no cumplía con la edad mínima para trabajar, este tipo de labor debe calificarse como trabajo peligroso, como lo son todos "los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos".[56] Pese a ello, el trabajo infantil agrícola (recolección, siembra, venta de productos agrícolas y cuidado de animales) no es nada infrecuente: el 37,4% de las sanciones por trabajo infantil, entre enero de 2006 y mayo de 2008, se registraron en el sector agricultura, ganadería, caza y silvicultura. Después de la Región Metropolitana (16,3%), las regiones con alta incidencia de faenas agrícolas concentran el mayor porcentaje de infracciones (Maule, 14,9%, y Coquimbo, 13,8%).[57]

54 Artículo 1 del Convenio 182 de la OIT.
55 Entrevistas realizadas a Paula Galdámez, directora regional del Sename, y a Angélica Mondaca, madre de Ariel Meza. Talca, 7 de mayo de 2009.
56 Recomendación 190 de la OIT, 17 de junio de 1999, punto 3 d).
57 Información estadística disponible en www.dt.gob.cl.

En las zonas agrícolas de la Sexta y la Séptima Regiones, por ejemplo, muchos niños trabajan en la vendimia, sin contrato y sin protección e higiene adecuadas, y por lo tanto no asisten al colegio de diciembre a abril. Las escuelas se acomodan y les dan facilidades para cumplir con sus obligaciones escolares. Esta tolerancia cultural al trabajo infantil agrícola tiene una larga tradición y se le concibe como un trabajo familiar o uno donde se entra bajo la figura maestro-aprendiz. Tras el caso de Ariel, el Sename y la Seremía del Trabajo realizaron talleres con padres en escuelas rurales, para ahondar en este tema, y, según la directora regional del Sename, el resultado se notó durante la misma temporada de cosechas. Estos talleres, sin embargo, han sido una iniciativa regional y responden a motivaciones circunstanciales, no a una política nacional. Por ahora el Sename no tiene capacidad para llegar a todo Chile con estos programas.

Este carácter de "trabajo familiar", sumado a la falta de conciencia entre padres y empresarios de los perjuicios que acarrea para los niños, y a la conveniencia del ingreso extra aportado por los menores, torna compleja la fiscalización. En muchos casos en el agro los niños son presentados como acompañantes de sus padres. Lo mismo ocurre en la confección de tejas y ladrillos, donde es relativamente frecuente que trabajen niños entre los ocho y los diecisiete años; la tarea se realiza a pleno sol y sin ninguna protección, ni contrato, y tampoco se fiscaliza porque el niño aparece acompañando a su familia.[58]

En el caso de Ariel Meza, la Inspección del Trabajo aplicó al empleador cuatro multas de 20 UTM cada una por diversas infracciones,[59] pero el niño y su familia no han recibido una reparación civil y más bien han evitado cualquier iniciativa, por temor de que el Sename intervenga separando al niño de su familia. No demandaron a los dueños del predio, entre otras razones porque el Hospital de Talca no pudo corroborar que la causa de las heridas fueran los pesticidas. Así, la percepción de que el sistema de protección de derechos de la infancia reacciona en contra de la familia, más que en contra de las condiciones que llevan a emplear a los niños, ve en él un peligro mayor que el que pueden experimentar en el trabajo, dificultando su tarea de protección y reparación de los afectados por prácticas laborales no aceptables.

La reacción de las autoridades fiscalizadoras, y aun de los programas de prevención del trabajo infantil, aparece en este análisis como eso, una reacción ante casos notorios, no como una política nacional persistente y eficaz. De otra forma no se entiende que las escuelas se acomoden con naturalidad a una realidad que reconocen como parte de la cultura

58 Entrevista grupal con expertos en trabajo infantil, mayo de 2009, Corporación Opción.
59 Por permitir niños menores de quince años trabajando en su predio; por no realizar denuncias ante la autoridad de salud; por no proporcionar elementos de seguridad ni protección adecuados al riesgo y por no contar con libro de registro de asistencia. Información entregada por la inspectora provincial de la Inspección del Trabajo de la Región del Maule, junio de 2009.

local. Los organismos de fiscalización, por esta misma aceptación social, aparecen como incapaces de visibilizar el fenómeno.

Una dificultad ulterior para desarrollar una política consistente de erradicación del trabajo infantil es la insuficiencia de los datos disponibles en la materia. Después de la citada *Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2003* no se ha hecho otra medición que permita examinar la evolución del fenómeno. Además, el Sistema de Registro Único e Intervención en Peores Formas de Trabajo Infantil, monitoreado por el Sename, emplea categorías que no coinciden con las que definen el concepto de "trabajo inaceptable". Ello explica que en diciembre de 2008 figuren ingresados en ese sistema 2.752 casos,[60] una cifra que no guarda ninguna proporción con la de 107.000 niños trabajando en condiciones inaceptables. La directora del Deprode del Sename explica que no hay un sistema de registro ni un seguimiento de niños en "trabajo inaceptable" sino solo de las "peores formas" del trabajo infantil, que se refiere a otras categorías, añadiendo que en las mediciones "todo debería ir tendiendo al trabajo peligroso", porque este concepto es el que define el compromiso de erradicación asumido por Chile. Así, se cuenta con valiosa información acerca de la incidencia de las peores formas del trabajo infantil, pero no hay un registro nacional actualizado del número de niños que realizan trabajo inaceptable, en particular un trabajo incompatible con la educación, ni está en los planes del Gobierno generar esa información. No es posible saber entonces si el problema ha aumentado o disminuido desde 2003, menos elaborar políticas consistentes con ello.

En conclusión, durante el período examinado las instituciones del Estado no han mostrado capacidad y voluntad suficientes para prevenir y combatir, con la urgencia y eficacia que exigen los convenios internacionales suscritos por Chile, algunas de las expresiones de trabajo inaceptable y de las peores formas del trabajo infantil. Sus reacciones frente a casos notorios han estado bien orientadas, pero no dan cuenta de estar ejecutando una política nacional consistente. Una de las expresiones de esta carencia es el abandono de la medición de la magnitud y evolución de las cifras de trabajo inaceptable.

4. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA EDUCACIÓN

El *Informe 2008* destacó que las principales violaciones a los derechos del niño en la educación en Chile no tienen que ver con el acceso y la permanencia, sino con la discriminación; su resultado, sin embargo, es similar a que se negara el acceso. En efecto, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Observación General sobre los Propósitos de la Educación, advierte que:

60 Datos disponibles en www.sename.cl.

> La discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención [que establece que los derechos enunciados en ella se respetarán y aplicarán sin distinción alguna, con independencia de cualquier condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales], bien sea de forma manifiesta o larvada, atenta contra la dignidad humana del niño y puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación. Aunque el negar a un niño el acceso a la educación es un asunto que, básicamente, guarda relación con el artículo 28 de la Convención, son muchas las formas en que la inobservancia de los principios que figuran en el párrafo 1 del artículo 29 puede tener efectos análogos.

En otras palabras, para el Comité de los Derechos del Niño el acceso a la educación podría llegar a perder todo sentido para aquellos niños que son discriminados y sufren en las escuelas experiencias incompatibles con el desarrollo de su personalidad y sus potencialidades, en un espíritu de tolerancia que promueva el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En el *Informe 2008* se analizaron hechos relevantes constitutivos de discriminación o arbitrariedad en dos campos: inequidad y segmentación en la educación, que es impartida con niveles de calidad muy diferentes según el nivel socioeconómico de las familias; y sanciones arbitrarias y discriminatorias, especialmente como forma de control y represión de la actividad sexual de las adolescentes. Esta edición del *Informe* constata que las conductas discriminatorias y arbitrarias en la educación, sobre las cuales viene llamando la atención desde hace años,[61] siguen siendo un problema. Si bien algunos de los casos más graves de discriminación (como las sanciones a adolescentes por embarazo o maternidad) tienden a disminuir, nuevos tipos de discriminación (como los que se basan en el rendimiento escolar) se tornan frecuentes. Respecto de unos y otros los esfuerzos del Estado para cumplir con el mandato de la Convención –luchar eficazmente contra toda forma de discriminación que entorpezca el ejercicio del derecho a la educación de todos los niños– han sido insuficientes.

Durante 2008, la Oficina de Atención Ciudadana 600 del Mineduc recibió 11.096 denuncias ingresadas por los propios usuarios, lo que representa un crecimiento del 61,2% respecto de 2007.[62] De este total de denuncias, 1.936 corresponden a casos de maltrato (1.333 de maltrato

61 Ya el *Informe 2003* contiene referencias al trabajo de Lidia Casas, Jorge Correa y Karina Wilhelm, "Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación", en Felipe González (ed.), "Discriminación e interés público", *Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales* 12, Santiago, Universidad Diego Portales, 2001, que identifica los casos más frecuentes, así como las condiciones jurídicas y políticas que los hacen posibles.
62 Oficina de Atención Ciudadana, *Informe de gestión. Informe final 2008*, www.600mineduc.cl.

sicológico o físico cometido por un adulto contra un estudiante, y 479 de maltratos cometidos por otros estudiantes). Otras 3.562 denuncias corresponden a "vulneración de derechos", la mayoría por negación de matrícula (1.440 casos) y medidas disciplinarias (1.027 casos).

En cada uno de estos ítemes se registra un notorio aumento de casos denunciados en comparación con el año 2007:

- Los casos de maltrato aumentan en un 50% en promedio.
- Los casos de negación de matrícula aumentan en un 32% en promedio, con variaciones que dependen de la causal. Los que se fundaron en rendimiento escolar subieron de 143 casos a 212, lo que representa un aumento de casi un 50%.
- Los casos de denuncias por medidas disciplinarias arbitrarias aumentaron en más de un 150% (de 392 a 1.011 casos).

Manuela Pérez, jefa del área de resguardo de derechos de la Oficina 600 Mineduc,[63] cree que este aumento puede deberse a la mayor disposición de los afectados a denunciar, asociada a su vez a un mayor conocimiento y confianza en el sistema de denuncia y resolución de conflictos: solo en enero de 2007 implementó la Oficina su sistema unificado nacional de registro de denuncias, que desde ese momento se ha hecho cada vez más conocido por los particulares que denuncian y por las instituciones que derivan casos. No obstante, Pérez no descarta que los casos de abuso y discriminación hayan aumentado también, fenómeno para el cual no tiene explicación.

Según el experto en políticas de educación de Unicef Daniel Contreras, las situaciones denunciadas han cambiado en el tiempo.[64] Conductas discriminatorias como las expulsiones por embarazo han disminuido notoriamente desde que fueron prohibidas por la ley, y han surgido fenómenos nuevos, en buena medida condicionados estructuralmente, como las cancelaciones de matrícula por problemas de rendimiento escolar, lo que termina siendo discriminatorio para los niños con problemas de aprendizaje.

4.1. Conductas discriminatorias contra niños con problemas de aprendizaje

Como se vio, en la Oficina 600 Mineduc las denuncias por negación de matrícula por rendimiento escolar aumentaron en cerca de un 50% el último año. Con independencia de si la variación refleja o no una mayor disposición a denunciar, se cree que efectivamente el fenómeno ha aumentado

63 Entrevista personal, 29 de julio de 2009.
64 Entrevista personal, 4 de junio de 2009.

en los últimos años, especialmente en establecimientos particulares cuyos reglamentos internos exigen un promedio de notas mínimo que fluctúa entre 5,0 y 6,0 para la permanencia en el establecimiento. A juicio de Manuela Pérez, de 600 Mineduc, esta medida "es realmente una sanción; así es vivida por el niño. Y es uno de los casos más injustos de discriminación, pues no depende de lo que él dé o haga, sino de sus diferencias en ritmos de aprendizaje, o de situaciones extraordinarias, como la separación de sus padres, la crisis de la adolescencia, incluso la muerte de uno de sus padres. Además, se trata de niños que fueron seleccionados por los colegios como aptos para ese establecimiento, de acuerdo con su proyecto educativo. Entonces, ¿qué pasó?, ¿te equivocaste al seleccionarlo? La verdad, hay un problema de falta de compromiso con los niños que ese colegio seleccionó, y de falta de aceptación de sus diferencias o de los problemas que en ciertas épocas de la vida les toca enfrentar... Entonces, el mensaje que se les da a los niños desde el mundo adulto es muy complicado: mientras estés bien estoy contigo; pero si tienes un problema, ya no...".

La exclusión de niños con mal rendimiento escolar a través de la cancelación de matrícula se debe en gran medida al interés de los colegios por mejorar su desempeño, medido fundamentalmente por pruebas nacionales que resultan determinantes para su prestigio y su lugar en los rankings de mejores colegios del país. De esta manera, la calidad educativa que ostentan públicamente se apoya en la discriminación y exclusión de los niños que ya no rinden lo esperado: "Tú tomas cualquier colegio que tiene buenos resultados –dice Daniel Contreras, de Unicef– y ahí los alumnos que tienen problemas se van, los alumnos que repiten se van; eso es discriminación aquí y en todos lados... Hoy en día eso ocurre mucho... Es más, hay investigadores que dicen que así no tiene gracia, o sea, si yo selecciono a los veinte mejores alumnos, y siempre me quedo con los mejores alumnos, es evidente que voy a tener mejores resultados".

Los padres de niños con problemas de rendimiento acusan también otro tipo de discriminaciones, particularmente hacia niños diagnosticados con trastorno por déficit atencional.[65] La madre de un niño con problemas de aprendizaje asociados a un astigmatismo tardíamente detectado relata la situación sufrida por su hijo:

> Después de un tiempo, siempre era relegado al fondo del salón de clases, no se le daba tiempo extra ni ninguna facilidad para copiar lo escrito en el pizarrón, y la profesora no le prestaba ninguna atención a sus reclamos. Fue catalogado como un niño problema; el colegio solicitó reiteradas evaluaciones por supues-

65 Esta calificación no siempre corresponde a un diagnóstico clínico y puede deberse a la simple percepción de profesores o incluso directores de los colegios. La psicopedagoga Alejandra Romero cree muy irresponsable que los profesores entreguen un diagnóstico de esta envergadura; es dañino para un niño que muchas veces se siente "tonto" por no poder aprender igual que sus pares.

tos problemas de aprendizaje, y no quedaron contentos hasta que finalmente un psiquiatra infantil le recetó pastillas (Aradix) "para que lo dejaran en paz". El tratamiento fue informado a la profesora y ésta acusó cambios de inmediato, pero no acusó ningún problema cuando, sin ella saberlo, el psiquiatra suspendió el tratamiento al no encontrar ningún trastorno de aprendizaje... En reuniones de apoderados, tanto yo como todos los padres de sus compañeros con bajo rendimiento escolar (alrededor de diez en un curso de cuarenta alumnos) fuimos informados de que los días en que se efectuaran las pruebas Simce nuestros hijos no debían asistir a clases. Cuando llamé a la Municipalidad para pedir una explicación, se me dijo que seguramente esos niños estaban calificados como "con educación diferenciada" y que por lo tanto no debían ir los días de la prueba Simce al colegio. A pesar de esto, mi hijo, cuyas notas no eran buenas, pero tampoco eran del todo deficientes, fue declarado repitente a fin de año, y ahí nadie se acordó de la "educación diferenciada". Cuando solicité una explicación se me dijo que a pesar de que las notas eran suficientes para la promoción a 3º básico, la profesora lo encontraba "inmaduro" y por lo tanto, "por su bien", lo harían repetir... Me enviaron muchas comunicaciones porque no copiaba en clases, y mi hijo comenzó a decir que él no podía hacer las cosas porque "era tonto"... En abril lo cambié de colegio.[66]

El caso se produjo en el Liceo República de Siria, uno de los establecimientos municipales con mejores resultados en el nivel nacional en la prueba Simce 2008. En una denuncia similar, un apoderado se queja de que:

> El colegio María Inmaculada del Bosque es un colegio prestigioso, pero en verdad en ese colegio hay mucha discriminación, porque no dejaron asistir –el día del Simce 2008– a los alumnos que tienen problema de déficit atencional, y prohibieron a alumnos de segundos medios dar el Simce 2008. Yo encuentro que es una falta grave, más encima es considerado como colegio católico.[67]

Esta práctica contraviene instrucciones expresas del organismo a cargo de la prueba, el Simce, que instruye claramente a sus funcionarios que todo niño tiene derecho a dar la prueba. Si el alumno presenta un diagnóstico diferencial que dé cuenta de un trastorno del aprendizaje, los supervisores de la aplicación de la prueba tienen la obligación de

66 Entrevista a María Isabel Aguayo, mayo de 2009.
67 Reclamo 57257, "Colegio María Inmaculada del Bosque - Discriminación a alumnos, no le dejaron dar el Simce", 6 de marzo de 2009, www.reclamos.cl.

hacer una visita previa para hablar con las autoridades de los colegios y solicitar los papeles con la firma de un especialista que confirme el diagnóstico. Aun así el niño podrá dar la prueba, pero el Ministerio de Educación tendrá en consideración el diagnóstico diferenciado, el que no tendrá incidencia en el resultado final del colegio.[68]

Los padres de estos niños experimentan además, y cada vez con mayor frecuencia, una fuerte presión de los establecimientos escolares para que se siga un tratamiento médico por esta "condición" del niño, caracterizada como una patología que debe ser corregida con medicinas. Esa presión se traduce en condición para que el niño pueda permanecer en el colegio: "Los profesores tienen la tendencia a diagnosticar rápidamente problemas de aprendizaje –sin una base científica, sin verdaderos estudios que los habiliten–, y a pesar de que las evaluaciones de los profesionales no las indiquen, se convierte para ellos en un diagnóstico 'cierto', que utilizan para justificar el abandono de los educandos de su parte, declarándose no competentes y por lo tanto no responsables de las falencias en su instrucción", dice Hugo Rogel, psicólogo y experto en educación.[69] Un psicopedagogo especialista en problemas de aprendizaje destaca la gran cantidad de niños que llegan a su consulta con un "diagnóstico apresurado" de sus profesores, así como el hecho de que sus padres con frecuencia le piden informes que digan que el niño está siendo medicado, aun cuando no sea cierto, ya que esta sola afirmación significa un alivio en el "acoso" en que se estaba convirtiendo la relación alumno-profesor.[70]

Las medidas de presión y exclusión, que muchos niños con problemas de aprendizaje y sus familias viven como una situación de hostigamiento, son en buena parte consecuencia de un concepto de calidad educativa centrado en indicadores de resultados académicos globales. El efecto es una educación más centrada en el desempeño de los establecimientos, conforme a estándares agregados (promedio del establecimiento) de rendimiento de sus alumnos, que en el desarrollo de cada niño, conforme a sus diversas competencias y ritmos de aprendizaje. La exclusión de estos niños es, entonces, un efecto secundario de una forma muy unilateral de promover la educación de calidad, objetivo por lo demás muy importante para cualquier política educativa. Y, como se verá al analizar las modificaciones introducidas en la materia por la nueva ley general de educación, esta reforma legal no está haciéndose cargo integralmente de esos efectos excluyentes.

68 Así lo explicó Gabriela Contreras, supervisora de la prueba Simce desde hace tres años.
69 Entrevista personal, mayo de 2009.
70 Esta práctica puede llegar a ser muy masiva en algunos colegios: "… de repente uno escucha que en un curso de treinta la mitad está tomando remedios, y eso no puede ser" (Ximena Carrasco, neuróloga pediátrica del Hospital Luis Calvo Mackenna, entrevistada por *Revista Mujer* de *La Tercera*, 29 de octubre de 2006). Ello contrasta con el hecho de que solo un 3% a 7% de los niños tendrían trastorno por déficit atencional en Chile (Emol, "La vergüenza marcó a la generación Ritalín", 22 de marzo de 2009).

La educación orientada al desempeño de los establecimientos contraviene la esencia del cometido educacional tal como la entiende el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, interpretando la Convención sobre los Derechos del Niño:

> [el art. 29 de la CDN] enfatiza el mensaje de una educación centrada en el niño: que la meta clave de la educación es el desarrollo de la personalidad, los talentos y las habilidades del niño, individualmente considerado, reconociendo el hecho de que cada niño tiene sus propias características, intereses, habilidades y necesidades de aprendizaje.[71]

La otra cara de la moneda de este forma de exclusión es la realidad de colegios que reciben a estudiantes encasillados como "niños problema", especialmente a los repitentes. Estos establecimientos, que son vistos casi como un salvavidas por los padres, cargan con el estigma de ser escuelas de mala calidad, con relativa independencia de lo que logren hacer por mejorar el aprendizaje de los niños, simplemente porque en las pruebas nacionales sus resultados son bajos. Y ciertamente el estigma se traspasa a sus estudiantes. El que la prensa haya motejado a una de estas escuelas como "el peor colegio de Chile", en base a sus resultados en las pruebas nacionales, constituye un acto de trivialización que revela no haber entendido la realidad de quienes acogen a niños en situación de vulnerabilidad y con problemas de rendimiento escolar. Dice al respecto el inspector general del colegio La Puerta de Colina, "el peor colegio de Chile", Marcelo Muñoz:

> Éste es un colegio para los niños que han quedado fuera del sistema escolar por diversos motivos, pero mayoritariamente porque han sido echados de otros colegios (...) Este colegio para mi gusto es lo mejor que hay, los colegios malos son los otros, los que los echan, y los echan porque sus sistemas son malos... [¿Qué le dirías a quienes creen que éste es el peor colegio de Chile?] Los invitaría a que vinieran y se dieran cuenta del tremendo daño que hacen al, no sé si discriminar o asesinar la imagen de los niños.[72]

Algunas autoridades advierten que, contra la tendencia a favorecer los rankings, la capacidad de retener estudiantes con problemas de

71 Comentario General 1/2001, párr. 9, que se refiere al art. 29 de la CDN, que en lo pertinente dispone: "Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades…".
72 En entrevista en el programa *Exijo una explicación*, capítulo 14, TVN, 2008.

aprendizaje y apoyarlos eficazmente debería ser el principal indicador de calidad educativa:

> ... lo fundamental es evitar la deserción escolar, pues muchas veces, al excluir, el menor más allá de sus problemas se siente rechazado y ve la educación como una amenaza (...) La excelencia académica y calidad de educación debe ser medible [según] qué soy capaz de hacer con alumnos distintos. Por eso, lamento que las escuelas y liceos municipalizados sean estigmatizados como "malos", considerando que cada año reciben, aceptan y ponen su mayor esfuerzo en atender a aquellos jóvenes y niños que son rechazados por otros.[73]

Con todo, los establecimientos inclusivos ven afectada su capacidad de obtener resultados con los estudiantes con problemas de rendimiento a causa de la segmentación a la que tiende el sistema escolar: por un lado, escuelas que seleccionan y excluyen para asegurar buenos resultados; por otro, escuelas que retienen y reciben estudiantes con problemas y que no pueden exhibir resultados mínimamente aceptables. La segmentación incide en la calidad del aprendizaje de los estudiantes más desaventajados porque a éstos les falta el contacto con estudiantes de mejor rendimiento.[74] Por eso, la única opción razonable para un sistema escolar que se pretenda respetuoso de los derechos de los niños es asegurar que los colegios tengan la disposición y capacidad para recibir, retener y comprometerse a dar enseñanza de calidad a todos los estudiantes, con independencia de sus dificultades de aprendizaje.

4.2. Reglamentos ilegales y arbitrarios

La adopción de medidas discriminatorias, abusivas o arbitrarias en contra de los estudiantes en los establecimientos educativos a menudo se ampara en la falta de reglas de convivencia, o en su ilegalidad. Por esa razón, la política de convivencia escolar sancionada por el Ministerio de Educación y la Ley de Subvenciones Escolares[75] exige la creación de reglamentos de convivencia, los que deben respetar ciertos criterios y restricciones legales.

Sin embargo, según un estudio de 2008, más de la mitad de los 189 reglamentos de convivencia analizados no se ajusta ni siquiera "de modo

73 Jacqueline Durán, secretaria regional ministerial de Educación de la Región de Tarapacá, *El Mercurio de Antofagasta*, 25 de diciembre de 2008.
74 Ver *Informe 2008*, p. 241, cita de Valenzuela, Bellei y de los Ríos, "Evolución de la segregación socioeconómica de los estudiantes chilenos y su relación con el financiamiento compartido", Santiago, Ministerio de Educación, Fundación Ford y Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, 2008.
75 Mineduc, *Política de convivencia escolar*, www.mineduc.cl. Ley de Subvenciones Escolares, art. 6, letra d), del DFL 2 de Educación, del 10 de octubre de 1998, que fija el texto refundido de la ley.

mínimo y formal" a las exigencias del orden legal chileno.[76] Las ilegalidades se presentan especialmente en lo relativo a las garantías de un debido proceso en la imposición de medidas disciplinarias, así como en la discriminación de estudiantes por sus comportamientos u orientación sexual.

Aparte de los contenidos ilegales de los reglamentos escolares, el estudio halla omisiones significativas que también deben considerarse ilegales cuando sobre esas materias la legislación exige garantizar ciertos derechos. Así, por ejemplo, junto con la ausencia de reglas que protejan a los estudiantes contra la discriminación por razones de culto, discapacidad o VIH/SIDA, varios reglamentos carecen de normas específicas sobre rendimiento escolar y su relación con la permanencia en la escuela. Si bien la legislación vigente solo prohíbe la cancelación de matrícula por problemas académicos durante el año escolar (y la permite a fin de año),[77] los colegios tienen obligación de ofrecer actividades de reforzamiento –por lo menos durante la educación básica– a quienes estén en riesgo de repetir por mal rendimiento académico,[78] aspecto sobre el cual los reglamentos escolares guardan silencio.

Así, la obligación impuesta por la ley de subvenciones –que no rige para los colegios particulares pagados– se verifica de manera puramente formal, mediante la exigencia de un reglamento interno, pero su contenido no es fiscalizado de oficio por el Ministerio de Educación. La Oficina 600 Mineduc solo conoce la ilegalidad de los reglamentos cuando hay denuncias de conductas discriminatorias o arbitrarias, y cuando éstas son representadas a las escuelas, el director las defiende porque tienen sustento en su reglamento interno. La Oficina 600 Mineduc informa al establecimiento de esa ilegalidad y pide la revocación de la medida arbitraria, lo que ha ocurrido en casos aislados. Pero, como se dijo, la existencia de reglamentos que contienen medidas abiertamente arbitrarias o ilegales no es objeto de fiscalización alguna, ni al momento de aprobarse ni durante su vigencia.

4.3. La nueva LGE: un avance insuficiente en materia de garantías contra la discriminación

El 2 de abril de 2009 el Congreso Nacional aprobó la Ley General de Educación (LGE), que el 17 de agosto fue promulgada por la Presidenta de la República. El nuevo cuerpo legal, junto con reiterar que está prohibida la cancelación de matrícula, expulsión o suspensión de alumnos por problemas de rendimiento durante el año, impone restricciones adi-

76 Lidia Casas y otros, "La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de reglamentos escolares", Serie Reflexiones Infancia y Adolescencia 11, diciembre de 2008, www.unicef.cl.
77 Art. 6°, letra d), de la Ley de Subvenciones Escolares.
78 Art. 10°, Decreto Supremo Exento de Educación 511, de 1997, modificado por el D.S. Exento de Educación 107, de 2003.

cionales a los establecimientos educativos subvencionados por el Estado. Tales restricciones, sin embargo, resultan insuficientes para terminar con esta forma de la discriminación.

Las disposiciones son las siguientes:

- Se prohíbe la cancelación de matrícula por problemas de rendimiento escolar entre 1° y 6° básico
- Los alumnos tienen derecho a repetir un curso en el mismo establecimiento, por una vez en cada ciclo educativo
- Se prohíbe considerar en los procesos de selección, entre 1° y 6° básico, el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante.[79]

Sin embargo, estas garantías no rigen para los colegios particulares pagados, a los que se otorga carta blanca para seguir discriminando por estas causas. Esta exención de garantías básicas se repite cuando la LGE establece, solo para "los establecimientos que reciben aporte estatal", que el cambio del estado civil de los padres y apoderados no puede ser un impedimento para la continuidad del niño en el establecimiento. Ello legitima socialmente una forma de discriminación que la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe, cuando dispone que "los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y *asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna,* independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales". De acuerdo con esta disposición, la educación particular pagada no puede estar exenta de cumplir con esas garantías de no discriminación.

79 Los artículos 11 y 12 de la LGE establecen, en lo pertinente: "Artículo 11. El embarazo y la maternidad en ningún caso constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel, debiendo estos últimos otorgar las facilidades académicas y administrativas que permitan el cumplimiento de ambos objetivos.//En los establecimientos que reciben aporte estatal, el cambio del estado civil de los padres y apoderados no será motivo de impedimento para la continuidad del alumno o alumna dentro del establecimiento. (…) En los establecimientos subvencionados, el rendimiento escolar del alumno, entre el primer nivel de transición de la educación parvularia y hasta sexto año de educación general básica, no será obstáculo para la renovación de su matrícula.//Asimismo, en los establecimientos subvencionados, los alumnos tendrán derecho a repetir curso en un mismo establecimiento a lo menos en una oportunidad en la educación básica y en una oportunidad en la educación media, sin que por esa causal les sea cancelada o no renovada su matrícula. (…) Ni el Estado ni los establecimientos educacionales podrán discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar a los estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa.//Artículo 12. En los procesos de admisión de los establecimientos subvencionados o que reciban aportes regulares del Estado, que posean oferta educativa entre el primer nivel de transición y sexto año de la educación general básica, en ningún caso se podrá considerar en cada uno de estos cursos el rendimiento escolar pasado o potencial del postulante. Asimismo, en dichos procesos no será requisito la presentación de antecedentes socioeconómicos de la familia del postulante".

Tampoco se justifica aplicar la prohibición de cancelar la matrícula por rendimiento escolar solo entre 1° y 6° básico, permitiéndola en los cursos superiores. Manuela Pérez, de la Oficina 600 Mineduc, considera esta medida una sanción discriminatoria en todo caso, razón por la cual debería ser parte de la política del Estado prohibir a los establecimientos escolares adoptarla, sin excepciones.

En lo que respecta a la institucionalidad de aseguramiento de la calidad educativa establecida por la LGE, las normas generales, pese a referirse a evaluaciones de "procesos" y no solo de resultados, siguen centradas en estas últimas, entendiendo la calidad educativa sobre todo en relación con niveles objetivos de aprendizaje.[80] Y, si bien deberán considerarse también "otros indicadores de calidad de procesos relevantes de los establecimientos que permitan realizar una evaluación integral según los objetivos generales establecidos en la ley" (art. 38), ello no representa una exigencia real para las escuelas, que seguirán recibiendo demandas efectivas en torno al desempeño académico.

El experto de Unicef Daniel Contreras cree que este nuevo marco regulatorio promovido para asegurar la calidad de la educación "se preocupa básicamente de dos cosas: del control sobre el gasto –cómo se invierten los recursos del Estado en la educación– y de cómo se presiona a las escuelas para que avancen en términos de calidad. Pero estas otras condiciones, la discriminación y la segmentación, que aparecen en la ley bajo la idea de indicadores de proceso, no van a tener carácter vinculante (...) [El actual sistema de aseguramiento de la calidad] busca mejorar el promedio de la calidad no como bloque, sino sacando el piso de la educación de peor calidad". Así, el énfasis en el desempeño académico, medido de forma estandarizada, por sobre los estándares de respeto a los derechos y los procesos individuales de cada niño, acarrea el peligro de mantener los incentivos para la exclusión de estudiantes con problemas de aprendizaje, en lugar de crear incentivos para la retención e integración escolar.

La Agencia de Calidad de la Educación, creada por la LGE, debería asumir como una responsabilidad de primer orden el abandono de esta concepción estrecha de calidad educativa, e incentivar a los establecimientos a recibir, retener y comprometerse con el aprendizaje de todos los niños que han acogido. La CDN obliga al Estado de Chile a ello, cuando demanda "una educación centrada en el niño".

80 De acuerdo con la LGE, el "sistema nacional de logros de aprendizaje" deberá medir "estándares de aprendizaje referidos a las bases curriculares nacionales de educación básica y media", informando públicamente de los resultados por cada establecimiento (art. 37), cuyo desempeño será evaluado según estándares que consideren "los resultados de aprendizaje de los alumnos" (art. 38).

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El sistema de protección de niños víctimas de malos tratos y abusos en la familia no es eficaz ni se ha coordinado para detectar tempranamente las situaciones de riesgo grave. En particular, los tribunales de familia no han validado el sistema de indicadores de riesgo incorporado a los partes policiales, con consecuencias fatales en uno de los casos relatados en este *Informe*.

La cobertura del Servicio Nacional de Menores (Sename) es claramente insuficiente para realizar un diagnóstico ambulatorio oportuno en casos de maltrato y abuso, lo que explica períodos de hasta seis meses en que los niños no son objeto de protección o reparación. La Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda no aprobó solicitudes de ampliación de esta cobertura.

Se ha estancado el proceso de desinternación de niños y de sustitución de las residencias masivas por otras de tamaño y diseño familiar. La Dirección de Presupuestos rechazó la solicitud de recursos para ampliar el programas de desinternación. Además, el Sename no tiene un diseño de residencias de baja cobertura que cumplan con los estándares internacionales. Para proteger mejor los derechos de los niños internos a la libertad de culto y a la privacidad, está estudiando nuevas normas técnicas para las residencias, pero todavía no ha elaborado instrucciones claras al respecto.

En Carabineros de Chile hay claros indicios de la persistencia de una cultura de tolerancia a la práctica de detenciones irregulares de menores de edad a modo de "escarmiento" o sanción informal, particularmente en casos en que la detención sería calificada de ilegal por falta de flagrancia o minoría de edad (menos de catorce años).

Las instituciones del Estado no han mostrado capacidad ni voluntad suficientes para prevenir y combatir, con la urgencia y eficacia que exigen los convenios internacionales suscritos por Chile, algunas de las expresiones de trabajo inaceptable y de las "peores formas" del trabajo infantil. Sus reacciones a casos, aunque bien orientadas, no dan cuenta de estar ejecutando una política nacional consistente. Ello se expresa también en el abandono de la encuesta nacional sobre trabajo inaceptable.

Las denuncias de cancelación de matrícula por mal rendimiento escolar han aumentado y es previsible que lo sigan haciendo, por lo menos en los colegios donde no rigen las restricciones introducidas por la LGE, así como en los cursos superiores a 6° básico. Tampoco se aplica a estos establecimientos la norma que prohíbe discriminar a los niños por cambios en la situación matrimonial de padres o apoderados. Todo ello contraviene normas internacionales.

La promoción del mejoramiento de la calidad de la educación en Chile, con énfasis en el desempeño académico medido de forma estanda-

rizada, y la consiguiente presión por exhibir mejores resultados en las pruebas nacionales, crean situaciones de discriminación de los niños con rendimiento más bajo o problemas de aprendizaje, y de segmentación entre escuelas que seleccionan y excluyen, y escuelas que retienen y reciben estudiantes con problemas, pero no pueden exhibir resultados mínimamente aceptables.

En virtud de lo expuesto, se proponen las siguientes recomendaciones:

1. Desarrollar un sistema nacional, en red, de alerta temprana para la protección de niños víctimas de malos tratos y abusos en la familia, con capacidad de diagnóstico e intervención inmediatos, en base a una pauta de indicadores de riesgo vital que se aplique de forma homogénea, conocida y validada por todos los actores. Debe haber personal capaz de constituirse inmediatamente en el hogar del niño, y de tomar medidas cautelares, u obtenerlas de los tribunales, en lo posible alternativas a la internación en hogares.
2. Incluir en la Ley de Presupuestos los recursos necesarios para ampliar la cobertura de diagnóstico ambulatorio del Sename.
3. Incluir en la Ley de Presupuestos los recursos necesarios para ampliar la cobertura de programas de desinternación.
4. Desarrollar un modelo de residencias de protección de baja cobertura con no más de ocho a diez niños, y diseñar un plan de sustitución paulatino, pero efectivo, de las residencias masivas. Las orientaciones técnicas de estas nuevas residencias deben asegurar la continuidad del estilo de crianza y de la educación religiosa, o de su ausencia, y ser explícitas en la protección de la intimidad y efectos personales de los niños, así como de sus expresiones afectivas y sexuales.
5. Establecer por ley la obligación de comunicación inmediata a la unidad policial respectiva de todo control de identidad que implique una detención de cualquier especie de un menor de edad. Elaborar manuales de procedimiento específicos para el trabajo policial con niños, donde se rechace la práctica de las sanciones informales.
6. Diseñar e implementar un plan de erradicación del trabajo infantil agrícola, basado en el mejoramiento de las oportunidades y la disposición de las familias a apoyar a los niños en su permanencia y aprovechamiento de la escuela, y en otras instancias de cultura y recreación propias de su edad. El plan debería considerar becas que compensen los menores ingresos de las familias por dejar de enviar a sus hijos a la temporada de cosechas.
7. Realizar una encuesta nacional, comparable con la de 2003, que mida la evolución del trabajo infantil inaceptable y de las peores formas del trabajo infantil en Chile.

8. Presentar al Congreso Nacional un proyecto de modificación de la LGE para extender a los colegios particulares pagados las restricciones que garantizan la no discriminación por mal rendimiento escolar y por estado civil de los padres, y para extender la prohibición de cancelación de matrícula por rendimiento a todos los niños, de 1° básico a 4° medio.

9. Que las autoridades de educación, y en especial la futura Agencia de Calidad Educativa, conviertan en un indicador de desempeño de primera importancia la disposición y capacidad de los establecimientos educativos para recibir, retener y comprometerse a dar enseñanza de calidad a todos los niños, con independencia de sus dificultades de aprendizaje. Para ello, asociar este indicador a incentivos relevantes. Una lectura integral de los objetivos generales de cada ciclo educativo puede servir de base para evaluar aquella actitud y capacidad.

DERECHO AL TRABAJO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SÍNTESIS

Las personas con discapacidad ven afectados varios de sus derechos fundamentales en Chile: educación, salud, libre circulación, pero especialmente el derecho al trabajo. Las que tienen trabajo remunerado constituyen un porcentaje bajísimo del total de personas con discapacidad en el país. Las causas de esta situación de vulneración son esencialmente tres: escasa información sobre empleo y discapacidad, lo que perpetúa el prejuicio e impide la formulación de políticas públicas que ataquen el problema; falta de políticas de educación y capacitación para personas con discapacidad, y poca observancia y fiscalización de la normativa vigente sobre la materia. Este capítulo revela asimismo el desconocimiento y la desidia que manifiestan parlamentarios y funcionarios estatales frente a este tema. En cuanto a la discusión de la nueva legislación, ya existe normativa vigente que garantiza los derechos de las personas con discapacidad (la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Ley 19.284, actualmente en trámite de modificación), y lo que hay que hacer es aplicarla y velar por que privados y organismos públicos la respeten.

Palabras clave: Personas con discapacidad, Fonadis, discriminación, inclusión laboral, políticas en educación, Ley 19.284.

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analiza la situación de las personas con discapacidad en relación con el derecho al trabajo. Se investigan las circunstancias de hecho y derecho que inciden en las condiciones en que se ejerce en

Chile este derecho, para examinar si el Estado da o no cumplimiento a los estándares internacionales en esta materia.

En primer término se expone el reconocimiento normativo del derecho al trabajo. Luego se estudian las causas y consecuencias de la escasez de empleo para las personas con discapacidad en nuestro país. En seguida se da cuenta de la actuación de las autoridades en este tema, y finalmente se formulan recomendaciones al Estado de Chile.

1. CONTEXTO GENERAL EN QUE SE DESARROLLAN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Según el *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile*, realizado por el Fondo Nacional de la Discapacidad (Fonadis) y el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) en 2004, en nuestro país viven 2.068.072 personas con algún grado de discapacidad, lo que supone un 12,9% de la población total. Sin perjuicio de este alto porcentaje, se trata de un grupo postergado por la comunidad, por el Gobierno y por el Poder Legislativo. Sus necesidades y problemas no forman parte de la agenda nacional ni del debate parlamentario, falta de atención que se traduce en olvido y marginación. Así, se desarrollan en un contexto sumamente excluyente, lo que determina la posición de vulnerabilidad en que se encuentran.

En materia educacional, por ejemplo; el 12,7% de las personas con discapacidad no tiene ningún tipo de educación formal; entre los mayores de veinticuatro años, el 23% ha completado la educación básica, el 26,9% la educación media y el 13,8% la educación superior.[1] En cuanto a las condiciones de accesibilidad, solo el 30% de los edificios públicos y privados son accesibles para ellos,[2] lo que incide en que el 7,5% no salga a la calle.[3] En lo que se refiere a la salud, el 94% de la población con discapacidad nunca ha recibido atención de salud ni rehabilitación.[4]

Finalmente, únicamente el 29% de las personas con algún tipo de discapacidad y en edad de trabajar realiza algún trabajo remunerado.[5]

El Gobierno ha realizado esfuerzos por avanzar en el mejoramiento de las condiciones de vida de estas personas (discusión de leyes que consagran sus derechos, gestión de oficinas de intermediación laboral y creación de programas acotados de intermediación laboral), pero la magnitud del problema no se condice con el trabajo realizado. Por lo demás, el tema no se agota en la insuficiencia cuantitativa de la labor del

1 Ministerio de Planificación, *Encuesta de caracterización socioeconómica nacional, CASEN* 2006, Santiago, noviembre de 2007.
2 Catastro realizado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en 2003. *Informe 2006, pp. 419 y ss.*
3 Fonadis, *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile,* www.fonadis.cl/centro/estudios.
4 Alejandro Hernández, "Discapacidad y salud", 7 de enero de 2008, www.fnd.cl/discapacidadysalud.htm.
5 Fonadis, *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile*.

Estado, sino más bien en la baja calidad de las respuestas ofrecidas. Políticas públicas desorganizadas, desinformación por parte de los legisladores, desidia y desinterés, son solo algunos ejemplos del tratamiento que las autoridades confieren a una realidad que involucra a más de dos millones de chilenos, como veremos en las próximas páginas.

La falta de un enfoque integral para la creación y el desarrollo de políticas públicas sobre discapacidad se traduce en que no se considera la repercusión que tendrá una política determinada en otras áreas, y se imposibilita la creación de políticas efectivas, que incidan de manera categórica en el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que tienen algún grado de discapacidad.

2. RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1 Marco local

El artículo 1º de la Constitución establece que "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Este reconocimiento a la igualdad esencial de los seres humanos se reafirma en el artículo 19 Nº 2, que asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley", para señalar a continuación que "en Chile no hay persona ni grupo privilegiados". Con este planteamiento fundamental, el Estado de Chile reconoce el derecho a la igualdad de toda persona y su correlativo deber de asegurar el goce y ejercicio del derecho en cuestión.

La Constitución reconoce también el derecho igualitario al trabajo de los habitantes del Estado; de hecho, en su artículo 19 Nº 16 "prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal". En consecuencia, el Código del Trabajo afirma que "son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (art. 2º).

Además, bajo la idea del respeto estricto del derecho a la igualdad, el Estado ha regulado el derecho al trabajo de las personas con discapacidad mediante una institucionalidad especial, la Ley 19.284.[6] Este instrumento legal determina un catálogo de derechos e incorpora una serie de medidas que el Estado debe adoptar para dar cumplimiento a la ley. Así, por ejemplo, se manifiesta que "el Estado, a través de los organismos pertinentes, promoverá la capacitación laboral de las personas

6 Ley 19.284, del 5 de enero de 1994, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad.

con discapacidad, creando programas especiales con el fin de permitir e incrementar su inserción al trabajo" (art. 33).

2.2 Marco internacional

El 4 de diciembre de 2001, el Parlamento de Chile ratificó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. La Convención establece que ellas "tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano". En lo que atañe al trabajo, por el artículo tercero de esta Convención Chile se ha comprometido internacionalmente a adoptar medidas para "promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo...".

Además, en 2008 Chile ratificó la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyos principios fundamentales son la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, y cuyo artículo 27 establece: "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad".

Para que se cumplan estos derechos la Convención de la ONU indica que los Estados deben "prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables". Y, según otro documento del organismo, los Estados además tienen el deber de "adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida".[7]

De esta manera, el Estado de Chile se ha obligado ante sus pares a respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y a adoptar medidas de acción afirmativa para que se respete el derecho a la igualdad de las personas en cuestión. Cabe recordar que los derechos y deberes que emanan de estos instrumentos son obligatorios para Chile, pues la Constitución establece para los órganos del Estado el

7 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General 18, "No discriminación", Considerando 10, 10 de noviembre de 1989.

deber de respetar y promover los derechos garantizados por "los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes",[8] condiciones que se cumplen en el caso de ambas convenciones citadas.

Desde una perspectiva estrictamente legal, pues, Chile ha reconocido los derechos de las personas con discapacidad. Cabe preguntarse ahora si esta institucionalidad garantista funciona en la práctica.

3. LA REALIDAD NACIONAL: RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS EN LA PRÁCTICA

Ya se ha documentado en ocasiones anteriores que este reconocimiento normativo no se condice con lo que ocurre cotidianamente en el país. Si en años anteriores esta constatación se ha concentrado en ámbitos como el derecho a la educación de personas con discapacidad (*Informe 2008*), este año el foco es el derecho al trabajo, sobre el cual lo primero que ha de decirse es que en Chile resultan preocupantes las cifras de empleo: solo el 29% de las personas con discapacidad mayores de quince años realizan algún trabajo remunerado, según el *Primer estudio nacional de la discapacidad.* Las cifras oficiales ya muestran la magnitud del problema, pero hay estadísticas de organizaciones no gubernamentales que disparan el porcentaje. Alejandro Hernández, presidente de la Fundación Nacional de Discapacitados, sostiene que la cesantía entre estas personas alcanza el 90%, y que del 10% restante un 9% se desempeña en trabajos informales y solo un 1% está contratado.[9] No obstante la divergencia numérica, ambos resultados llevan a similar conclusión: en Chile, no hay un acceso igualitario al mercado laboral para todos los chilenos.

Además, el porcentaje de inserción laboral disminuye conforme aumenta el grado de discapacidad. Según cifras oficiales, una de cada tres personas con discapacidad leve realiza un trabajo remunerado; entre aquellas con discapacidad moderada, una de cada cuatro, y en el caso de discapacidad severa, solo una de cada ocho.[10]

El hecho de que haya tantas personas con discapacidad leve sin trabajo remunerado revela que la sola idea de emplear a "discapacitados" provoca rechazo en empresarios, trabajadores y autoridades, pues esta condición se caracteriza por "presentar algún grado de dificultad en algún tipo de actividad cotidiana, sin embargo, ante la presencia de ciertos problemas en su vida diaria, las personas pueden superar estos obstáculos y tienen la facultad de efectuar sus actividades sin apoyo de

8 Constitución Política de la República de Chile, art. 5°, inciso 2°.
9 Alejandro Hernández, "Discapacidad, cesantía y discriminación", 22 de octubre de 2007, www.fnd.cl.
10 Fonadis, *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile*, 2004.

terceros y de manera independiente".[11] De este modo, la incidencia de la discapacidad leve en la realización de tareas productivas de toda índole es extremadamente pequeña, y a veces hasta inexistente.

Las cifras de desocupación varían también conforme al tipo de discapacidad, además del grado, y así hay discapacidades con mayor integración laboral que otras. Solo el 12,7% de las personas con discapacidad intelectual realiza un trabajo remunerado, mientras que el 30,31% de discapacitados visuales lo hace. Las cifras se emparejan en el caso de las personas con discapacidad física, auditiva y psiquiátrica: entre ellas el porcentaje de ocupación es de 28,86%, 29,65% y 26,66%, respectivamente. Es decir, si bien la discriminación en el acceso al empleo es generalizada, se agudiza con determinadas discapacidades.[12]

Esto se relaciona directamente con la percepción social de la discapacidad *per se*. Cuando intenta ingresar al mercado laboral, la persona en cuestión pierde su identidad como ser integral y solo adquiere relevancia su discapacidad: su currículo académico y potencialidades humanas pierden fuerza ante esta visión unilateral de su persona, y así, sus posibilidades de encontrar trabajo aumentan si su tipo de discapacidad es uno de los aceptados socialmente, más que por sus condiciones personales para el puesto.

Otro hecho discriminador en el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad queda de manifiesto en estos porcentajes: el 61,3% de las que trabajan son hombres y solo un 38,7% mujeres.[13] La diferencia es muy notoria y preocupante porque manifiesta una doble vulneración de derechos en el caso de las mujeres con discapacidad. Aunque ellas son más (22,34% en edad de trabajar, versus 16,94% de hombres), son los hombres quienes se llevan la mayor parte del escaso universo de oportunidades. Consecuencia directa de ello es la relegación e invisibilización de los problemas propios de las mujeres que tienen algún tipo de discapacidad.[14] Como se ve, la discriminación laboral en perjuicio de las personas con discapacidad es transversal pero se agudiza para las mujeres.

En cuanto a aptitudes para trabajar, del total de personas que tiene una discapacidad física solo el 3,32% presenta limitaciones o dificultades para afrontar un trabajo remunerado; entre las personas con discapacidad visual el porcentaje corresponde al 3,18%. Las estadísticas descienden drásticamente en la discapacidad auditiva, intelectual o psíquica, con un 1%, un 0,48% y un 0,38%, respectivamente.[15]

11 Id.
12 Id.
13 Id.
14 Esta mayor participación masculina en el mundo laboral también se manifiesta en los individuos sin discapacidad: un 71,7% de los hombres en edad de trabajar lo hace, pero solo un 38,5% de las mujeres Ministerio del Trabajo, *Balance de la situación laboral de las mujeres en Chile*, 1997-2006 www.mintrab.gob.cl.
15 Fonadis, *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile,* 2004.

La piedra de tope en este ámbito es el trabajo *remunerado*, porque la gran mayoría de las personas con discapacidad está activa, tiene responsabilidades, realiza tareas de diferente complejidad en períodos determinados, se relaciona con sus pares, se moviliza para llevar a cabo sus labores, maneja presupuestos, se pone objetivos y toma continuamente decisiones que influyen en su vida y las de sus familias. Un porcentaje superior al 60% realiza trabajo doméstico, y solo un 20,45% de las personas con discapacidad no realiza actividad alguna.[16] Las habilidades domésticas son plenamente extrapolables al mercado laboral, y demuestran que estas personas están capacitadas para desempeñarse de manera eficiente en la realización de un trabajo remunerado.

Los resultados citados permiten colegir que las normas mencionadas en el apartado anterior se constituyen como disposiciones nominales con escasa sustanciación fáctica. Así también, se comprueba que las personas con discapacidad son capaces de desempeñarse en un marco productivo, conforme con los estándares de producción de una empresa competitiva, por lo que sus problemas de acceso al mercado laboral obedecen más bien a factores culturales y ambientales, como se verá a continuación.

3.1 Principales causas de la falta de acceso igualitario al mercado laboral

Diversos factores inciden en el ejercicio fallido del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

En el nivel político existe la idea de que esto se resuelve con legislación y con la instauración de organismos que trabajen en la materia. Así, durante los últimos años la respuesta política ha sido la creación o modificación de normas relativas al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad; por ejemplo, el actual proyecto de modificación de la Ley 19.284. Sin embargo estas iniciativas, sin ser irrelevantes, no son suficientes ni exhaustivas, porque los problemas de acceso no se agotan con la existencia de una normativa específica. Como veremos, además de regulaciones tendientes a la integración social se requiere que haya información disponible sobre empleo y discapacidad, sanción de prácticas discriminatorias, políticas de educación y políticas de capacitación adecuadas, todo lo cual precisa de una constante fiscalización por parte de las autoridades. Veremos uno por uno estos aspectos.

3.1.1 Falta de información sobre empleo y discapacidad

La invisibilización social va de la mano con el desconocimiento de la realidad de las personas con discapacidad. Por eso provocan rechazo e incluso temor en sus potenciales empleadores, quienes las descartan a

16 Id.

priori en los procesos de selección laboral, tanto en la empresa pública como en la privada. Al momento de ofrecer puestos de trabajo, en realidad muchas empresas ni siquiera conciben la posibilidad de contratarlas, sea por desconocimiento o por aprehensión.

La escasa difusión perpetúa el círculo vicioso del desconocimiento, dice la directora de la Corporación Ciudad Accesible, Pamela Prett, mientras que para Verónica de la Paz, directora de la escuela Doctor Jorge Otte Gabter, en Chile "las personas con discapacidad son invisibles".[17] Paulina Opazo, directora para Chile de la consultora internacional de gestión de empleos Bumeran, reconoce que "la frecuencia con que se reciben solicitudes conforme las cuales se *permita* emplear a personas con discapacidad es prácticamente nula"; peor aun, nunca ha recibido una solicitud conforme a la cual se deba emplear *preferente o exclusivamente* a personas con discapacidad.[18] Muchas veces no existe una intención consciente de excluir a personas con algún grado de discapacidad: simplemente la discapacidad no es un ítem. Al momento de gestionar puestos de trabajo, se "trata de manera implícita y dependiendo del cargo", señala Paulina Opazo.

Uno de los mitos más generalizados en este ámbito lo constituye la creencia de que las empresas no están físicamente preparadas para contratar a personas "diferentes", y si lo hacen deberán incurrir en gastos de adecuación, con lo que la decisión dista de ser productiva. Una encuesta realizada por la empresa Bumera lo confirma.[19] El 94% de las empresas chilenas encuestadas carece de políticas de gestión de grupos minoritarios, y el 53% de los encuestados manifestó que el grupo más difícil de incorporar era el de "los discapacitados". Si bien solo el 39% de los representantes de sus compañías cree que no está preparado para incorporar minorías, el 83% admite que el tema de la inclusión de grupos minoritarios simplemente no está en la agenda de recursos humanos.

Esta idea se relaciona con aquella que iguala discapacidad con ineficiencia, desconociendo los atributos personales de los individuos: según otra encuesta, el 39,8% de los encuestados está de acuerdo con que las personas con discapacidad son un obstáculo en el trabajo.[20]

Si hubiera un canal efectivo de información a los empleadores esta idea perdería sustento, porque existen estudios que afirman que la situación es diametralmente opuesta.[21] Por ejemplo, en relación con los gastos que

17 Entrevistas personales, 30 y 31 de marzo de 2009.
18 Entrevista personal, 7 de abril de 2009.
19 Bumeran, "Encuesta sobre el trabajo con grupos minoritarios de la empresa", enero de 2009, con una muestra de 800 directores, gerentes generales, gerentes de área, subgerentes y empleados en Argentina, Chile, Colombia, México y Venezuela.
20 Fundación Ideas, encuesta "Tolerancia y no discriminación", Santiago, 2003.
21 Ayuntamiento de Alarcón, *Directrices para la contratación de personas con discapacidad*, Alarcón, Castilla-La Mancha, 2009; *Business benefits of employing people with disabilities*, www.diversityatwork.com.au/node/142; Susan Scott-Parker, Simon Zadek, *Managing diversity: A key factor in improving efficiency, productivity, and overall business success*, Lancaster, IOS

implica contratar a personas con discapacidad, una encuesta a empleadores realizada en Estados Unidos en 2003 determinó que el costo de las instalaciones necesarias para adecuar la empresa a los requerimientos de estas personas era menos de 500 dólares; más aun, el 73% de los empleadores señaló que "sus empleados no requerían comodidades especiales".[22] No existen estudios que analicen los costos de la contratación de personas con discapacidad en nuestro medio, aunque sí hay empleadores y expertos en el tema que se muestran satisfechos por el desempeño de estos trabajadores. Rafael Tello Solís, gerente nacional de recursos humanos de Cadbury Schweppes Caribe & Latinoamérica Bebidas, dice que haber contratado a personas con discapacidad le trajo beneficios a su empresa: la productividad se elevó en dos meses y la rotación de personal bajó de 2,5% a 0,8%, lo que representó un gran ahorro para la compañía.[23] Y el director general de la Fundación Solidaridad Carrefour, Guillermo de Rueda, afirma que "la contratación de personas discapacitadas no disminuye la productividad de la empresa y mejora, además, el clima laboral".[24]

Ahora bien, el desconocimiento no se acota a la esfera empresarial. Las estadísticas sobre discapacidad que manejan el Ejecutivo y el Legislativo son escasas y corresponden a estudios realizados hace ya varios años. El *Primer estudio nacional de la discapacidad* es sin duda una buena aproximación; procesa las estadísticas por tema y el trabajo es exhaustivo, analítico y clarificador. Pero los datos son del tercer trimestre de 2004, y aunque se le suponía un "primer estudio" sobre discapacidad, el "segundo" y los demás nunca existieron.

La Encuesta CASEN es otro de los instrumentos principales para el análisis de los temas relativos a discapacidad. En materia laboral solo se refiere a la tasa de desempleo y a la participación laboral de la población de quince años y más, pero permite comprender el contexto de desarrollo de las personas con discapacidad en cuanto a educación y pobreza.

De todos modos, sin periodicidad estadística es muy difícil crear y evaluar políticas eficaces, que no se basen en supuestos sino que evidencien una intención clara de planificar a partir de los problemas reales y actuales de las personas con discapacidad en Chile.

3.1.1.1 Reacción de las autoridades ante la falta de información

En el ámbito de los poderes públicos la desinformación acerca de la situación de vulneración de las personas con discapacidad se relaciona con una actitud más que con la falta de datos: en los parlamentarios y funcionarios de la administración del Estado hay una mezcla de desco-

Press, 2001.
22 Discapacidad en cifras, www.ciudadaccesible.cl.
23 Juliana Fragoso, "La otra fuerza laboral", www.vocesenelsilencio.org.
24 En www.aspaymcantabria.com.

nocimiento y desidia, un desinterés preocupante que inhibe la cooperación de los actores políticos para entregar antecedentes si no es en el marco de una campaña electoral. Durante la elaboración de este capítulo se observó que la información técnica o especializada de reparticiones del Estado sobre derechos laborales de personas con discapacidad era prácticamente inexistente; la que hay procede de organizaciones no gubernamentales y grupos académicos. El grado de desconocimiento de las autoridades se hizo patente también en la falta de respuestas prontas a diversas solicitudes de información.

Por ejemplo, se contactó a tres senadores de la Comisión de Salud para analizar las modificaciones y proyecciones de la Ley 19.984, cuando el proyecto se encontraba en dicha instancia[25]. Como el senador Carlos Ominami estuvo particularmente interesado en el impacto de las medidas de integración contenidas en la ley, desde principios de abril se intentó contactarlo para que diera su opinión sobre las posibilidades que abría esta normativa, pero, después de gestiones por diversas vías (conversaciones telefónicas con su asistente, correos electrónicos pidiendo una entrevista, personal o telefónica, un cuestionario con seis preguntas para comodidad del parlamentario), en agosto de 2009, al cierre de este *Informe,* no se había recibido respuesta.

Con el mismo objetivo se contactó a la oficina del senador Guido Girardi, otro miembro de la Comisión de Salud. Girardi no asistió a una instancia fundamental para el desarrollo del proyecto –su votación en la Comisión–, y luego de insistir telefónicamente durante las dos primeras semanas de abril, preguntando por su inasistencia y por su opinión sobre la aplicabilidad de la ley, el asesor Emerson Segovia indicó que las consultas serían respondidas por correo electrónico. Tampoco se recibió su respuesta.

Finalmente, se intentó contactar al presidente de la Comisión de Salud, el senador Mariano Ruiz-Esquide. "Vas a tener que buscarte otro senador, don Mariano está muy ocupado", respondió la secretaria del parlamentario ante una solicitud de entrevista.[26] Luego se envió un correo electrónico explicando al senador el objetivo del *Informe* y la importancia de contar con su testimonio, pero dos días después su secretaria confirmó que "no es posible acceder a su petición de entrevista pues don Mariano está muy copado de trabajo legislativo y político".

Estas situaciones no son excepcionales. Los expertos entrevistados coinciden en que las autoridades políticas no toman en cuenta los planteamientos de la sociedad civil tendientes a mejorar la situación de vulneración generalizada en la que sobreviven las personas con discapacidad.

Felipe Gross Dempster, de la Fundación Rostros Nuevos, que trabaja con personas con discapacidad mental, dijo que le habían propuesto for-

25 El primer informe de la Comisión de Salud del Senado data del 6 de noviembre de 2007.
26 Gilda Gárate, 11 de abril de 2009.

malmente al Ministerio del Trabajo adoptar ciertas medidas para afrontar algunas de las principales carencias de las personas con discapacidad, pero nunca tuvieron respuesta.[27] Pamela Prett, de la Corporación Ciudad Accesible, que se ocupa de la discapacidad física, entregó su opinión de experta en materia de accesibilidad física antes de implementarse el Plan Transantiago, pero ninguna de las indicaciones que presentó fue tomada en consideración: "Propusimos muchas cosas, incluso pedimos que se imprimiera el logo representativo de las personas con discapacidad en el mapa, lo que no subía ni un peso su costo, y aun así, ni eso salió".

La incomprensión y falta de compromiso de las autoridades se refleja asimismo en el lenguaje impropio con que se refieren a las personas con discapacidad, que es la expresión más correcta según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. No debe usarse "inválido", "minusválido" o "retrasado", términos que llaman a la compasión cuando lo que se desea obtener es el respeto y la aceptación. Chile ratificó ese instrumento internacional en julio de 2008, pero al parecer los parlamentarios no interiorizaron la necesidad de adecuar el lenguaje. Ejemplos hay muchos. Durante la discusión en primer trámite constitucional del proyecto de modificación de la Ley 19.284, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad, el diputado DC Renán Fuentealba expresó la necesidad de que en el futuro "se establezcan incentivos para que contraten minusválidos".[28] Al discutir los planes de acción preventivos ante la eventual erupción del volcán Llaima, el diputado UDI Enrique Estay dijo que era preciso evitar "la pérdida no solo de bienes materiales, sino de vidas humanas, de niños, de minusválidos...".[29] También se han presentado algunos proyectos de ley que hacen referencia a "discapacitados" tanto en su título como en el desarrollo normativo.[30] Así, el Congreso pretende aprobar leyes que eduquen a la población en la igualdad y el respeto, pero los mismos parlamentarios no cambian su lenguaje por uno más inclusivo e igualitario para referirse a las personas con discapacidad.

3.1.2 Discriminación hacia las personas con discapacidad

Nuestro ordenamiento constitucional reconoce como valor central el principio de igualdad, como dijimos. En el mundo, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo tercero, consagran este derecho.

27 Entrevista personal, 3 de abril de 2009.
28 Boletín 3875-11.
29 Cámara de Diputados, sesión N°31, 6 de junio de 2007.
30 Boletines 3182-11 y 5659-11.

Pero este mandato general de no discriminación no tiene aplicación en el caso de las personas con discapacidad. Como queda de manifiesto a lo largo de este capítulo, éstas se ven continuamente diferenciadas de manera arbitraria, y la situación se observa en diversas áreas de la realidad nacional. A continuación repasamos la situación en la esfera normativa y en el nivel de la percepción social, así como la visión de los expertos y de las personas con discapacidad.

3.1.2.1 Discriminación en la esfera normativa

En materia laboral, tanto el legislador como el constituyente aseguran la libertad de contratación. En términos simples, esto supone que un empleador tiene la facultad de contratar libremente a sus empleados, con una sola limitación, que también ha establecido la Constitución al declarar, que "Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad personal".

En Chile no hay normas que discriminen de manera expresa a los individuos con discapacidad, pero sí disposiciones que permiten la discriminación indirecta. Aquí nos remitiremos a dos que resultan paradigmáticas. La primera es la citada norma constitucional ("Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad personal"), que podría interpretarse en perjuicio de las personas con discapacidad, pues una lectura del precepto podría ser que ciertas carencias físicas influyen en la capacidad personal para trabajar, con lo cual todo tipo de rechazo o discriminación en el ámbito laboral se escudaría tras esta norma de máxima jerarquía legal. De este modo, el precepto tiene un "impacto adverso"; esto implica que "conductas que, siendo neutras (dirigidas o aplicadas de manera indiferenciada o con tratamientos razonablemente desiguales) en el tratamiento formal de los distintos grupos o colectivos, en cuanto a sus efectos introducen diferenciaciones discriminatorias".[31]

La intención de la norma es precisamente el resguardo del derecho a la igualdad; sin embargo, deja libre el camino a los empleadores para discriminar a las personas con discapacidad de manera legal.

La segunda de estas normas está consagrada en el Estatuto Administrativo, que lista los requisitos que deben cumplir aquellas personas que quieran ingresar a la administración del Estado. En su artículo 12, letra c, exige "Tener salud compatible con el desempeño del cargo", y en el artículo siguiente, que dicha condición deberá acreditarse "mediante certificación del Servicio de Salud correspondiente".[32]

31 Fernando Valdés Dal-Re, "Derechos fundamentales de la persona del trabajador", en *Libro de Informes Generales, Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2003, p. 108.
32 Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, 16 de marzo de 2005.

Dado que el Estatuto Administrativo no establece parámetros para evaluar este requisito, para ingresar a la administración pública las personas con discapacidad están supeditadas a lo que considere un funcionario en un determinado momento y lugar. Una interpretación extensiva podría implicar arbitrariedades perjudiciales para las personas con discapacidad que pretendan ocupar un cargo en el aparato estatal. Además, como las condiciones estructurales de los edificios públicos no son las mejores en términos de accesos para discapacitados (un catastro de 2003 del Ministerio de Vivienda reveló que el 70% de ellos falla en este aspecto), la incorporación de este tipo de empleados involucraría al menos algunos ajustes y trabajos de adecuación, lo que podría no ser conveniente en términos económicos para el Gobierno.[33]

Estas situaciones potenciales llaman a trabajar en la reforma textual de los preceptos citados, y a promover una interpretación que impida distinciones arbitrarias en desmedro de las personas con discapacidad. La inquietud no es nueva, por lo demás. Ya en 1995 el senador DC José Ruiz De Giorgio presentó un proyecto de ley para fomentar la integración de las personas con discapacidad en la administración pública, que establecía que "Se entenderá que cumplen también con este requisito [salud compatible con el cargo] las personas con alguna discapacidad, cuya deficiencia no impida el total desempeño del cargo al que postula".[34] El 11 de noviembre de 2003 este proyecto fue archivado.

En enero de 2002, un grupo de diputados presentó un proyecto de ley que pretendía acotar la discrecionalidad de los funcionarios públicos al momento de determinar los alcances del requisito "salud compatible con el cargo".[35] Proponían establecer en la Ley 19.284 que "las instituciones de la Administración del Estado, cualesquiera sea su naturaleza jurídica, incluidas las municipalidades, deberán aceptar como cumplido el requisito de tener salud compatible con el cargo a que se postule, con simple copia del certificado que adjunte el interesado de estar inscrito en el registro de discapacitados que establece el artículo 12 de esta ley".

En 2003, finalmente, se presentó a tramitación otro proyecto de ley, esta vez para eliminar el requisito de salud compatible con el cargo.[36] Ambos proyectos se encuentran todavía en el primer trámite constitucional.

33 Según diversos estudios del Banco Mundial, el costo de contemplar la variable de accesibilidad corresponde al 1% del valor de la construcción de un edificio, en cambio remodelar una construcción para personas con discapacidad puede llegar a costar veinte veces más que haber incorporado la accesibilidad desde un principio. Tomando como ejemplo que el costo de construcción de un edificio de servicios públicos de 10.584,663 m^2 en Coquimbo es de $2.262.227.754 (www.portalcoquimbo.cl), es posible concluir que el hecho de hacer accesibles todos los edificios públicos para incorporar a personas con discapacidad en calidad de funcionarios públicos sería sumamente elevado.
34 Boletín 1715-06.
35 Boletín 2864-11. Los diputados eran María Angélica Cristi (UDI), Antonio Leal (PPD), Arturo Longton (RN), Rosauro Martínez (RN), Waldo Mora (ex DC), Jaime Orpis (UDI), Osvaldo Palma (RN), Baldo Prokurica (RN), Jorge Ulloa (UDI) y Carlos Vilches (RN).
36 Boletín 3182-11. Los diputados eran Enrique Accorsi (PPD), Guido Girardi (PPD), Enrique Jaramillo (PPD), Antonio Leal (PPD) y Jaime Quintana (PPD).

3.1.2.2 Percepción social de la discriminación

Se dijo ya que en Chile existe un problema de información sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad. Hay escasez de estudios, y las encuestas son muy antiguas o muy generales. Aun así, las encuestas de entes privados y organizaciones no gubernamentales analizadas para este *Informe* revelan una tendencia a la discriminación *ex ante*, por la cual la marginación se realiza en una etapa anterior a la selección de personal, antes siquiera de haberse presentado los postulantes: por regla general, discapacidad se asimila a incompetencia para desenvolverse en un mercado laboral competitivo.

En la mencionada encuesta de la empresa Bumeran, el 55% de las personas encuestadas considera que los métodos actuales de reclutamiento de personal no serían efectivos para convocar a personas que pertenecen a grupos minoritarios; el 50% cree que la desventaja preponderante al incorporar minorías en la empresa sería la discriminación interna; el 51% cree que su compañía no está preparada para incorporar minorías, situación que en Chile probablemente se mantendrá en el tiempo, conforme al 83% de los encuestados que dice que "el tema de la inclusión de grupos minoritarios dentro de su compañía no está dentro de las agendas de recursos humanos".

3.1.2.3 La percepción de los expertos en discapacidad

Ante la pregunta de cuáles creían ellos que eran los principales problemas de las personas con discapacidad al momento de ingresar al mercado laboral, todos los expertos entrevistados para este *Informe* mencionaron como problema central la discriminación.

> La existencia de prejuicios negativos y estigmas fuertemente instalados en la sociedad chilena, relacionados con la incapacidad absoluta de estas personas de trabajar, de relacionarse con otras personas, de ser personas violentas, peligrosas y agresivas.
> *Felipe Gross, Fundación Rostros Nuevos*

> Las personas con discapacidad están en situación de pobreza, discriminación y grave vulneración de derechos.
> *Alejandro Hernández, Fonadis*

> Sin lugar a dudas la discriminación. Es un tema de actitud, está en la naturaleza humana discriminar.
> *Pamela Prett, Ciudad Accesible*

Discriminación. En general somos un país bastante discriminador. Confiamos muy poco en las capacidades de la gente diferente; si son discapacitados, son incapaces.
Verónica de la Paz, Escuela Dr. Jorge Otter Gabler

3.1.2.4 La percepción de las personas con discapacidad

Las víctimas de la discriminación tienen su propia mirada acerca del tema:[37]

Es imposible que a uno lo contraten. No se puede, no hay caso, si a uno lo miran y ya uno sabe que le van a decir que no, pues.
Hombre con discapacidad física

El problema es de inserción laboral. No hay oportunidades laborales. No podemos entrar. Hay una gran situación de discriminación.
Armando Villar (discapacidad visual)

No me dejan trabajar de ninguna forma. Yo he intentado e intentado. Incluso en el centro de Santiago nos discriminan, la gente, las personas de la Municipalidad, pero sobre todo los carabineros y los inspectores municipales, esos..., esos sí que son malos.
Norma Curiam (discapacidad visual)

A mí me han tratado muy mal, me han discriminado los carabineros por ser discapacitada y pobre, me han hecho cosas muy malas.
Magali Fajardo (discapacidad física y visual)

Yo soy comerciante y dirigente sindical en Santiago. Le puedo decir que en Chile no se contemplan derechos constitucionales de los tratados. Las personas con discapacidad son personas discriminadas, no se ha hecho una integración plena al mundo laboral. En el sindicato todos están en la misma situación, no nos dejan trabajar, somos discriminados, injuriados, nos tratan muy mal. Hay casos muy terribles, compañeros que han sufrido cosas muy injustas.
Juan Córdoba (discapacidad visual)[38]

37 Entrevistas personales realizadas entre abril y julio de 2009. Los testimonios corresponden a una selección representativa.
38 Juan Córdoba preside la Agrupación de Discapacitados Independientes Microcentro de Santiago. En una carta suya al alcalde Pablo Zalaquett (recibida por la Oficina de Partes de la Municipalidad de Santiago el 6 de julio de 2009), le recuerda que por años han tenido que trabajar en las calles del centro, "y muchas veces hemos sido discriminados por las autoridades municipales y de Gobierno".

El sentir de los perjudicados pareciera confirmar la percepción de que en Chile se vulneran los derechos de las personas con discapacidad, en este caso el derecho al trabajo, lo que supone una vulneración expresa de la citada normativa internacional vigente.

3.1.2.5 Un ejemplo: la situación en Santiago Centro

Los individuos con discapacidad deben soportar la condena social por el hecho de constituir una minoría. El parámetro de discriminación se repite en todo el país, pero hay ciertos sectores donde es más visible. En la comuna de Santiago, y más específicamente en el centro de la ciudad, donde muchas personas con discapacidad han optado por dedicarse al comercio ambulante para sustentar a sus familias, se verifican de manera manifiesta no solo incidentes de discriminación, sino también recurrentes episodios de violencia y tratos arbitrarios.[39]

De manera recurrente, la Municipalidad de Santiago busca vías para erradicar el comercio ambulante. Desde luego, es legítimo el derecho a regular el comercio en las calles de la comuna, pero por otra parte es preciso atender a las necesidades de las personas con discapacidad, muchas de las cuales, al no tener oportunidades de desempeñarse en un trabajo establecido, se han visto obligadas a optar por el comercio ambulante o por la mendicidad. Quienes han optado por la primera alternativa deben soportar innumerables trabas y vejaciones, y declaran que tanto las autoridades municipales como Carabineros de Chile los tratan como delincuentes y no como personas en situación vulnerable que buscan ganarse la vida.

La primera dificultad con la que tropiezan las personas con discapacidad que optan por ejercer el comercio ambulante en la comuna la constituye la falta de claridad sobre si están facultadas o no para ejercer esta actividad. Nunca ha existido una regulación clara al respecto. Durante el período alcaldicio de Joaquín Lavín, y luego de una de las manifestaciones más grandes que hayan realizado las personas con discapacidad en Chile y en Latinoamérica, se consiguió que se les dejara seguir trabajando en las calles de Santiago, pero solo por "mera tolerancia". Los supuestos de la situación eran que estas personas debían trabajar en un lugar preestablecido, ubicado en el centro de Santiago, de manera ordenada, no en virtud de un permiso de trabajo sino tras inscribirse en un listado de comerciantes con discapacidad. El siguiente alcalde, Raúl Alcaíno, "respetó lo acordado, de manera que seguimos trabajando conforme a la mera tolerancia. Había un listado y credencial de socio conocida por la Municipalidad. Si bien igual había problemas con Carabineros por estar un poco más acá o más allá de donde te tocaba o simplemente porque

39 No existen cifras oficiales del número de comerciantes ambulantes que trabajan en la comuna de Santiago, y tampoco del porcentaje de personas con discapacidad que desarrollan esta labor.

querían molestar, en la Municipalidad había una mayor claridad sobre nuestro derecho a trabajar", recuerda Juan Córdoba.

Hoy en día esta situación ha tenido un giro radical, pues el actual alcalde, Pablo Zalaquett, ha desconocido el permiso de mera tolerancia y el listado de comerciantes, lo que puede interpretarse como una política de hostigamiento hacia las personas con discapacidad, política que se expresa en el desalojo.

Los afectados reaccionaron organizándose para defender su derecho al trabajo. En una carta al alcalde, de julio de 2009, denunciaron la persecución y el desalojo de los lugares donde por años habían laborado, por parte de inspectores municipales bajo las órdenes del jefe edilicio de Vía Pública, Rodrigo Ponce. En ésa y otras comunicaciones enviadas a la Municipalidad, así como en entrevistas personales, reafirman que no pretenden trabajar informalmente sino que están dispuestas a pagar patentes, cumplir horarios y trabajar en un lugar establecido de manera ordenada.

Estas peticiones fueron recogidas por el actual alcalde durante su campaña electoral. En efecto, al visitar la Unidad Vecinal Nº 3 prometió a las personas con discapacidad que los "iba a dejar trabajar con unos carros que iban a ser diseñados por la Municipalidad, que nos iban a cobrar patente y que se nos iba a respetar a todos por igual, lo que no se está cumpliendo a siete meses de su mandato".[40] El actual alcalde de Santiago formuló estas promesas no solo privadamente sino también en la primera reunión de los candidatos, organizada por la Cámara de Comercio. En dicha oportunidad Zalaquett propuso "crear un 'mall' al aire libre donde estas personas puedan trabajar bajo la ley; emplear a minusválidos y personas de la tercera edad en carritos de productos, de forma estética y bonita".[41] Nada de esto se ha cumplido.

Una segunda traba que deben enfrentar día a día las personas con discapacidad que ejercen el comercio ambulante en el centro de Santiago es el trato vejatorio de Carabineros y fiscalizadores municipales. En todas las entrevistas se recabaron testimonios muy similares, que dan cuenta de arrestos y maltrato verbal:

> Durante el 2009 me han seguido durante tres meses; me han llevado detenida cuatro veces este puro año. Me han esposado y me han llevado caminando por todo el Paseo Ahumada. Carabineros me insulta, me dice groserías y me empuja. Me llevan a la Primera Comisaría a pesar de que estoy en la lista. Me metieron en un calabozo con puros delincuentes; hay de todo ahí, pero de todo, ladrones, putas, mecheros... La última vez me dejaron esposada durante las seis horas que estuve en

40 Carta de la Agrupación de Discapacitados Independientes Microcentro de Santiago al alcalde, recibida por la Oficina de Partes de la Municipalidad de Santiago el 6 de julio de 2009.
41 Diario Pyme, "Candidatos a alcalde por Santiago presentan sus planes", 2 de septiembre de 2008.

el calabozo. Otra vez, me pidieron el carnet y nunca me lo devolvieron. Fui tres veces a buscarlo y nadie me dijo nada, se perdió no más.
Magali Fajardo (discapacidad física y visual)

El trato de Carabineros es un pésimo trato, es un trato vejatorio. A uno lo tratan como si fuera un delincuente. Igual que a los ladrones y asesinos.
Armando Villa (discapacidad visual)

Parece que a uno se lo llevaran para hacer número. Uno está en la lista, no le hace mal a nadie, está ahí sin moverse y llegan, lo agarran y se lo llevan a la Primera Comisaría. Una de las miles de veces que me han llevado, uno que estaba en la Comisaría le preguntó al carabinero que me agarró: "¿Cuántos traís?". Y cuando éste le contestó, no me acuerdo qué número, pero eran hartos, dijo: "Ahh, ya está bien".
Norma Curiam (discapacidad visual)

Yo no creo que nos traten como a los delincuentes. Nos tratan peor que a los delincuentes. Te meten ahí con todos y hay gente mala, y uno que no le ha hecho mal a nadie se lo llevan detenido, lo empujan, se ríen, lo insultan, y a puros garabatos.
Renato Reinal (discapacidad visual)

No se puede con ellos. No escuchan, uno les intenta explicar, pero no dejan, no se puede lidiar. Son como malos los pacos.
Mujer con discapacidad física

En relación con el procedimiento posterior a la detención, dicen las personas entrevistadas:

Cuando las personas son detenidas quedan en libertad después de varias horas. Son citadas al tribunal de policía local, donde deben ir a pagar un parte; si no lo pagan deben ir a dormir a la cárcel con todos los delincuentes. Usted comprenderá que no hay plata para pagar el parte, porque a uno le quitan las cosas, por lo que está obligado a ir a la cárcel.
Miguel Muñoz (discapacidad visual)

A uno la van a buscar a la casa, a su propia casa. Habiendo tanta gente mala dando vueltas, y se gastan el tiempo en ir a buscarla a uno. Si no es que uno no quiera pagar el parte, lo que pasa es que uno gana muy poco y con eso hay que comer y vestirse y los hijos también, entonces a uno le quitan la mercadería, se la roban y más encima la hacen pagar un parte; obvio que uno no tiene con qué.
Teresa Toledo (discapacidad visual)

Hasta mi casa me fueron a buscar, ahí me sacaron delante de mis hijos y a dormir a la comisaría, encerrada en un calabozo, y por qué, por intentar ganarse la vida.
Mujer con discapacidad física

No hay ná que hacer, hay que irse pa'dentro nomás, si uno no va a pagar el parte; no es que no se quiera, de querer se quiere, el problema es que no se puede.
Hombre con discapacidad física

Los afectados reclaman que la mercadería en la práctica es decomisada, pues, una vez que se llevan a las personas detenidas, nunca se la devuelven íntegra:

A uno le quitan las cosas, y devuelven qué..., un tercio o menos, sí, menos. Ponga usted que tiene cien chocolates y le devuelven quince máximo, y el resto, vaya usted a saber.
Laura Colín (discapacidad visual)

A uno le cuesta plata tener las cosas, si uno tiene que vivir. Te quitan la mercadería y uno después llega a la casa y con qué alimenta a los hijos si no vendió nada y además a uno le quitan todo.
Miguel Muñoz (discapacidad visual)

A uno le dicen que la mercadería no llegó al tribunal. No llegó. A uno se la quitaron y se perdió..., dónde, no sé. Si llega, llega el diez por ciento, no más. Los carabineros se la quedan. Usted vea, quienes se quedan con la mercadería tienen de todo para sus familias en cada estación. En el invierno guantes, gorros y bufandas; en el verano helados, chocolates, pinches; lo que usted quiera, todo se lo quedan.
Juan Córdoba (discapacidad visual)

En el caso de las personas con discapacidad visual no siempre se sigue el procedimiento de decomiso. Denuncian los afectados que cada vez es más recurrente otro método de hostigamiento:

En vez de decomisarte las cosas, te las quitan. Uno es ciego y no ve que le están sacando los pacos las cuestiones de la caja. Después tiene que llegar el amigo del negocio o del quiosco a decirle, oye, flaco, los pacos se llevaron tus cuestiones.
Renato Reinal

Ahora último, las cosas te las están quitando sin que te des cuenta. El transeúnte te tiene que decir que el carabinero te sacó las cuestiones.
Mujer con discapacidad visual

Los carabineros se ríen de uno, le hacen burla.
René Aedo

Más que un decomiso es un robo. Me han tomado la mercadería y se la llevan. El transeúnte pasa y le dice, oiga, los carabineros le llevaron la mercadería. Uno va a la comisaría a buscar sus cosas y le responden así como riéndose que trajeron una mercadería, pero como no vino el detenido pasó por abandono.
Hombre con discapacidad visual

A mí me quitaron la mercadería. Yo vendía chocolates. En la mañana llegó un paco y me dijo: "Si no te vai, pa la tarde te voy a quitar todas tus huevadas y la plata". Yo me quedé porque tengo tres hijos que también son discapacitados, soy divorciada y tengo que mantenerlos. Y me sacó los chocolates; la plata no, porque se la había encargado a una amiga. Me contaba toda la gente de los quioscos que se pararon al frente mío a comerse los chocolates mientras yo estaba sentada sin saber nada. Me miraban, comían y se reían.
Laura Colín

Los testimonios evidencian la injusta situación que enfrentan las personas con discapacidad que ejercen el comercio ambulante en el centro de Santiago. Si recordamos que según estudios el 90% de las personas con discapacidad que trabajan lo hace en el sector informal,[42] y en virtud de la calidad de colectivo vulnerable que ostentan, el Gobierno debería adoptar medidas expresas para resguardar especialmente sus derechos, de manera que se termine con las arbitrariedades que tienen como asidero la supuesta situación de irregularidad en la que éstas comercian.

Durante la elaboración de este capítulo se consultó a la Municipalidad de Santiago sobre sus políticas relativas al empleo de las personas con discapacidad.[43] Un mes después se recibió una corta y desprolija

42 Alejandro Hernández, *Discapacidad, cesantía y discriminación*, www.fnd.cl.
43 La consulta se realizó el 7 de julio de 2009 y preguntaba sobre: 1. Política de la Municipalidad en cuanto a concesión de permisos nuevos a personas con discapacidad para ejercer el comercio ambulante. 2. Política de la Municipalidad para personas con discapacidad que trabajaban por mera tolerancia desde el período de Joaquín Lavín. 3. Cantidad de arrestos de personas con discapacidad por ejercer el comercio ambulante. 4. Cantidad de decomisos de productos de personas con discapacidad por ejercer el comercio ambulante. 5. Procedimiento de fiscalización de personas con discapacidad que ejercen el comercio ambulante. 6. Oportunidades para el ingreso de personas con discapacidad al mercado laboral.

respuesta, en la que se trata a las personas con discapacidad como "minusválidos", y se informa que desconocen la política que aplicará la nueva autoridad en materia de trabajo informal de las personas con discapacidad. La comunicación de la Municipalidad añadía que "en el período del Alcalde Joaquín Lavín, aproximadamente 50 personas, entre no videntes y minusválidos que ejercían el comercio ilegalmente en la vía pública de nuestra comuna (principalmente en el Paseo Ahumada y la Avda. L. Bernardo O'Higgins) fueron catastrados. El municipio hasta la fecha, solo ha tenido conocimiento de estas personas, desconociéndose cuál será la política que aplicara la nueva autoridad".[44] Sobre la pregunta por políticas de fiscalización, arrestos y decomisos, indicó que "En relación al procedimiento de fiscalización de estos comerciantes, sólo se verifica que no aumenten en cantidad más allá de los catastrados", y que "con respecto a la cantidad de arrestos de personas con discapacidad, y decomisos de productos, no tenemos información ya que es de competencia de Carabineros de Chile".

3.1.2.6 Falta de políticas educacionales específicas

Si no existe una buena educación, que además entregue la posibilidad de certificar lo aprendido, no hay opción de acceder a un trabajo y en consecuencia se torna imposible ganar un sueldo, autofinanciarse y vivir de manera independiente.[45] El reconocimiento del derecho a la educación supone el deber de potenciar políticas educacionales que permitan a las personas con discapacidad desenvolverse en condiciones igualitarias. El *Informe 2008* concluyó que nuestro país está lejos de cumplir con este deber, y ello contradice el espíritu y el contenido del derecho internacional reconocido por el Estado de Chile y plenamente vigente. No ha habido avances en esta materia en el período comprendido por el presente *Informe*.

3.1.2.7 Falta de políticas de capacitación

Otro de los factores que contribuyen a la escasa apertura del mercado del trabajo en beneficio de las personas con discapacidad lo constituye la insuficiencia de políticas y programas de capacitación laboral.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad instaura el deber del Estado de "[p]ermitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación pro-

44 Respuesta de solicitud de información de la I. Municipalidad de Santiago, 5 de agosto de 2009.
45 Se recuerda que la Encuesta Casen 2006 reveló que el 43,1% de las personas con discapacidad no ha completado la educación básica, el 26,9% ha completado la educación media y el 13,8% ha completado la educación superior.

fesional y continua" (art. 27). En Chile, la Ley 19.284 determina que: "El Estado, a través de los organismos pertinentes, promoverá la capacitación laboral de las personas con discapacidad, creando programas especiales con el fin de permitir e incrementar su inserción al trabajo" (art. 33).

El organismo público encargado de regular el sistema de capacitación es el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Sence), que depende del Ministerio del Trabajo, y cuyas funciones principales son promover y fiscalizar los instrumentos de capacitación puestos a disposición de las empresas para sus trabajadores. Realiza esta tarea "a través de la administración de un incentivo tributario que el Estado ofrece a las empresas para capacitar a su personal, y de una acción subsidiaria, por medio de un programa de becas de capacitación financiadas con recursos públicos".[46] Las instituciones relacionadas con el Sence que potencian las gestiones de capacitación son, principalmente, los Organismos Técnicos de Capacitación (OTEC) y los Organismos Técnicos Intermedios para Capacitación (OTIC). Los primeros son instituciones autorizadas por el Sence para impartir cursos de capacitación, y deben cumplir con dos condiciones copulativas: estar certificadas y dedicarse exclusivamente al negocio de la capacitación. Los OTIC, por su parte, no realizan capacitación sino que organizan y supervisan los programas destinados a empresas asociadas por sectores o regiones.

Existe también las Oficinas Municipales de Información Laboral (OMIL), organismos técnicos gratuitos que relacionan la oferta y demanda de trabajo, otorgando información y orientación para el empleo y la capacitación. Al mismo tiempo, son la puerta de entrada a los programas sociales de empleo y capacitación que ejecuta el Estado. El Sence proporciona las normas y directrices técnicas que regulan la labor de las OMIL, y supervisa su cumplimiento.

Veremos que esta institucionalidad destinada a capacitar a la población en general no es suficiente cuando de personas con discapacidad se trata. En primer término, no existen cursos que las tengan como destinatarios concretos. Lo que hay es la posibilidad de que una entidad privada postule al Sence para la realización de un curso ideado para este grupo; así, en 2009 se realizaron ocho cursos de capacitación, para 112 beneficiarios de la Región Metropolitana, a cargo de la Fundación Tacal, entidad que se dedica precisamente a la capacitación y colocación laboral de personas con discapacidad. Ciertamente, se trata de una experiencia aislada y no de una política gubernamental.

Por otra parte, las características de las políticas de capacitación y educación relativas a las personas con discapacidad son objeto de discusión entre los expertos que trabajan en el área. Las políticas de capacitación pueden ser inclusivas o exclusivas, según se impartan en conjunto para personas con y sin discapacidad, o solamente para las primeras.

46 Emol, "¿Qué es el Sence?", 20 de junio de 2006.

Iván Espinoza, de la Fundación Tacal, opina que, aunque son importantes las políticas focalizadas, "no es bueno que se generen guetos de personas con discapacidad".[47] EducaRed, una fundación internacional de la empresa Telefónica que trabaja en materia de acceso a la educación, señala que: "Los sistemas de educación que diferencian por un lado a los 'normales' y por otro a las personas con discapacidad han conducido a la segregación social y al aislamiento de esta última población en la edad adulta. Se trata de mundos separados creados desde el comienzo. Por el contrario, la educación inclusiva puede establecer las bases de una sociedad más abierta a la que pertenezcan todas las personas y donde ser 'diferente' sea aceptado y valorado como parte de la sociedad".[48]

La normativa internacional no hace referencia a esta disyuntiva entre medidas inclusivas y exclusivas, por lo que la discusión se desarrolla principalmente en la esfera académica. Si bien el tema se analiza esencialmente al estudiar las políticas gubernamentales para la educación de este segmento de la población,[49] la discusión es extrapolable a la capacitación en materia laboral, puesto que el objetivo de ésta es dar continuidad al desarrollo de habilidades sociales y destrezas de las personas con discapacidad, para así fomentar su integración social.

Dijimos ya que no existen en Chile cursos de capacitación gestionados por el Estado que tengan como destinatarias a personas con discapacidad. El modo en que el Sence declara haber incorporado a este segmento de la población en algunos de sus programas ha sido la inclusión de la variable "discapacidad" en las bases de licitación para las capacitaciones con franquicia tributaria, y la incorporación de un componente específico para la discapacidad en el Programa Formación en Oficio para Jóvenes. Este componente es importante puesto que determina el porcentaje de inserción laboral posible de los beneficiarios y el tipo de discapacidad para la cual la formación del componente es apropiado.

A pesar del esfuerzo por integrar el criterio de discapacidad en las políticas de capacitación, esta incorporación es muy acotada y particular, adscrita a programas específicos y no como un elemento transversal. La variable de discapacidad no se reconoce como un criterio permanente a la hora de licitar cursos y programas, al menos no como uno que pudiera ser un incentivo importante para que las empresas contraten a un mayor número de trabajadores con discapacidad.

Finalmente, en la licitación para los cursos de capacitación, el Sence no instituye como requisito de adjudicación el respeto y sujeción a las normas de acceso y desplazamiento para las personas con discapacidad consagradas en la Ley 19.284. Ni siquiera en aquellas licitaciones que in-

47 Entrevista personal, 29 de abril de 2009.
48 EducaRed, "Transformando escuelas", www.educared.org.ar.
49 Ver "Derecho a la educación de las personas con discapacidad", en *Informe 2008*.

corporan la variable de la discapacidad se exigen condiciones estructurales o espaciales mínimas de acceso para estas personas; así, una persona con discapacidad podría ser aceptada en un curso, pero luego no poder asistir por problemas de accesibilidad. De poco y nada sirve incorporar un incentivo si las condiciones para beneficiarse de él no están dadas.

Expertos en capacitación como Andrea Zondek e Iván Espinoza han enfatizado la importancia de contar con espacios físicos adecuados. También los propios interesados: "Es una buena propuesta la que hacen, pero por ejemplo yo, que no tengo una buena orientación y que dependo de los demás para movilizarme, no puedo acudir a su fundación y en mi familia todos trabajan y no pueden llevarme. Además, ellos no pueden faltar porque son despedidos de inmediato".[50]

Estos problemas quedan de manifiesto en el escueto número de personas con discapacidad que se capacitan actualmente. Ante una solicitud de información, el Sence aportó la experiencia mencionada con la Fundación Tacal, por la cual durante el primer semestre de 2009 se realizaron en la Región Metropolitana "ocho cursos de capacitación, favoreciendo a 112 beneficiarios, con un presupuesto de $76.048.000", cifras muy limitadas si se tiene en cuenta que en Chile los individuos con discapacidad en edad de trabajar son alrededor de 1.625.000 personas.[51]

Además de ampliar significativamente los recursos para la capacitación de personas con discapacidad, los expertos coinciden en la necesidad de que esa expansión se acompañe de una política fuerte de integración laboral, de manera de asegurar la efectividad de las medidas adoptadas.

La situación descrita, junto con la poca idoneidad de las políticas educacionales relativas a individuos con discapacidad, se traduce en que estas personas no tienen una preparación conforme a la cual puedan ingresar a un mercado competitivo.

3.1.2.8 Falta de fiscalización de las políticas instauradas

Se ha configurado en nuestro país una institucionalidad, un marco normativo en materia de discapacidad que, si bien insuficiente y muchas veces inadecuado, incorpora ciertos estándares que el Estado se ha obligado a respetar. La Constitución garantiza el derecho a la integridad física y psíquica, a la circulación, a la educación y al trabajo (art. 19, números 1, 7, 10 y 16). Mediante el artículo 5º, inciso segundo, incorpora "los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes", como las convenciones citadas en este *Informe*.

50 Comentario de un lector a la nota "Fundación Tacal: Ofrece capacitación y trabajo a personas con discapacidad", www.cedeti.cl.
51 www.fnd.cl/discapacidadenchile.htm.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 27 contempla el deber del Estado de crear condiciones y velar por la inserción laboral de las personas con discapacidad, asegurar su independencia, prohibiendo la discriminación en el acceso al empleo y otorgando igualdad de oportunidades en la esfera laboral. El mismo artículo consagra el deber del Estado de emplear a personas con discapacidad en el sector público y promover su contratación en el sector privado.

En cuanto al tratamiento específico de la discapacidad, la Ley 19.284, vigente en Chile desde 1994, establece una serie de derechos de las personas con discapacidad, los que tienen como correlación lógica una serie de deberes del Estado.

En este apartado se mostrará que la respuesta estatal a todas estas obligaciones en favor de las personas con discapacidad evidencia incomprensión y falta de cumplimiento. Si existe normativa vigente tendiente a diminuir algunas de las dificultades principales de las personas con discapacidad para ingresar al mercado laboral, cabe preguntarse por qué los niveles de desempleo entre ellas son tan altos. Los expertos entrevistados coinciden en manifestar que ello se debe en gran medida a que las entidades públicas y privadas no respetan estas normas: dice Andrea Zondek que "no se necesita una política explícita; bastaría que la gente cumpliera la ley". Pamela Prett llega a una conclusión similar: "En materia de discapacidad se precisa una actitud positiva. Puesto que la ley ya está, se deben atender los problemas prácticos".

Por ejemplo, respecto de uno de los problemas materiales más recurrentes que enfrentan las personas con discapacidad para ingresar al mercado laboral, que son las dificultades de circulación y desplazamiento, las condiciones estructurales de edificios públicos y privados, calles y aceras, les impiden desplazarse con facilidad hacia su lugar de capacitación y empleo. El tema se describió en el *Informe 2007* y las condiciones estructurales no han variado desde entonces. En materia de circulación, el Estado tiene el deber de potenciar el libre desplazamiento de los individuos con discapacidad, velando por que en toda construcción nueva o reforma a construcciones antiguas se incorporen las facilidades de acceso. Así también, es obligatorio que todas las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general tengan en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad.

El principal motivo para que no se registren avances en la materia es, según todos los expertos, la inexistencia de mecanismos de fiscalización de esas obligaciones. Pamela Prett afirma que "si no se fiscaliza no pasa nada. La cosa debe ir para otro lado. Se pueden hacer mil quinientas normas, pero hay muchas trabas en la práctica, por lo que la fiscalización es fundamental". Verónica de la Paz señala que "hay buenas ideas, pero falta mucho. Hay un problema de implementación y fiscalización". De nada sirve la pro-

liferación de normas si no están coordinadas con una política decidida de fiscalización, acompañada de sanciones económicas si es necesario.

Y no solo los expertos reconocen la importancia de fiscalizar el cumplimiento de la ley. En el programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet se lee: "Fiscalizaremos y sancionaremos a quienes no cumplan con las adecuaciones previstas por la ley para el acceso de las personas con discapacidad al espacio físico y construcciones de recurrencia pública. (...) Estableceremos subsidios a la capacitación, la remuneración y la infraestructura física de las empresas que contraten personas con discapacidad".[52] Sin embargo, a fines de 2009, casi al término de su gobierno, no existen políticas de fiscalización y sanción para quienes atenten contra las normas en cuestión. No hay un organismo especializado encargado de esta tarea (Fonadis, el organismo público encargado de las políticas de discapacidad, no tiene entre sus objetivos la fiscalización), y en la práctica cada ente (Sence, Ministerio de Educación, etc) se hace cargo de la revisión de las medidas que adopta; sin embargo, estos organismos no han realizado una fiscalización periódica y rigurosa de las políticas en la materia.

Entraba también el proceso de fiscalización el hecho de que muchas de las disposiciones que benefician directamente a las personas con discapacidad deben ser acatadas tanto por el Estado de Chile como por entidades privadas.[53] Siempre es el Estado el llamado a fiscalizar el cumplimiento de la ley, y a adoptar las medidas necesarias para que este control importe una modificación en el comportamiento de la entidad infractora. Solo con una fiscalización rigurosa y periódica podría lograrse el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y su mayor integración en materia laboral.

3.2 Consecuencias del acceso desigual al mercado laboral

Los escasos análisis que se realizan en Chile sobre el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad no incorporan la perspectiva ni la opinión de los interesados, para quienes los problemas de acceso al mundo del trabajo traen aparejadas graves consecuencias para su desarrollo personal y social. Dos de ellas se revisarán ahora: la invisibilización y la pobreza.

3.2.1 Invisibilización

La falta de empleo tiene incidencia en la visibilidad de las personas en general. Del universo de personas con discapacidad que están desempleadas, existe un alto porcentaje que no tiene motivos para salir de sus

52 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet.
53 Esta situación se da principalmente en las disposiciones relativas al acceso físico de las personas con discapacidad y a la no discriminación en materia educacional y laboral. Ver arts. 25, 27, 29 y 38 de la Ley 19.284.

hogares, ergo, no se relacionan con personas fuera de su esfera familiar. Según una encuesta realizada por Transantiago, el 40% de las personas con discapacidad encuestadas no había salido de su hogar el día anterior, la mayoría porque no tenía nada que hacer. Dentro de este grupo, el 60% ni siquiera había abandonado su hogar dentro de la semana anterior.[54]

Lo dicho implica que por regla general no se vea a un gran número de personas con discapacidad circulando por la calle, en el supermercado, en las oficinas, en el cine, en el banco o realizando cualquier otra actividad que resulta cotidiana para la población sin discapacidad. Es precisamente esa escasa interacción entre personas con y sin discapacidad lo que potencia los prejuicios, la ignorancia y el rechazo a esta minoría, que es percibida como diferente, rara o anormal.[55] Estas actitudes a su vez inciden en sus dificultades de integración al mercado del trabajo, círculo vicioso que va en perjuicio de estos individuos en particular y de toda la sociedad en general.[56]

3.2.2 Pobreza de las personas con discapacidad

El 70,8% de las personas con discapacidad en Chile no realiza trabajo remunerado, como vimos al principio de este capítulo. Ello las convierte en una población económicamente vulnerable, que además no cuenta con posibilidades reales de ahorrar para la vejez.

Se entiende entonces que el 39,5% (817.158 personas) se califique como de condición socioeconómica baja, el 55,4% (1.145.836 personas) como de condición socioeconómica media, y solo un 5,1% como de nivel socioeconómico alto.[57]

Esta situación impacta fuertemente en la estabilidad económica del grupo familiar. El 81% de las personas con discapacidad declara que su condición ha afectado la solvencia económica de la familia. De este universo, el 50% ha señalado que le ha afectado mucho y el 6% que la afectación ha sido extrema. Al tener coartadas sus posibilidades laborales, para subsistir y mantener a sus familias tienen dos opciones reales para ganarse la vida de manera legítima: el comercio ambulante y la mendicidad.[58]

Como se vio, las posibilidades de las personas con discapacidad de desarrollarse en el comercio informal se encarecen continuamente, por

54 En www.transantiagoinforma.cl.
55 Sergio Manosalva Mena y Carolina Tapia Berríos, "De la segregación a la integración de personas con y sin discapacidad: Hacia una política cultural de las diferencias en la diversidad", www.alteridad.cl.
56 Fundación Rostros Nuevos, *Propuestas para la integración social de las personas con discapacidad mental en situación de pobreza*, Santiago, 2008.
57 Fonadis, *Primer estudio nacional de la discapacidad*, 2004
58 Esta idea se desprende del trabajo *Representaciones sociales del trabajo y relaciones sociales de trabajadores independientes pertenecientes al sector informal urbano en relación a la información proporcionada por la Fundación Nacional de la Discapacidad*, y del *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile*, ambos de Fonadis.

lo que la alternativa más viable estaría siendo la mendicidad. Si solo el 9% de las personas con discapacidad trabaja en el sector informal y el 90% no trabaja, se colige que en la práctica un gran porcentaje se dedica a mendigar para sobrevivir.

> La consecuencia directa de la falta de empleo es la pobreza.
> *Hombre con discapacidad física*

> Lo único que pueden hacer es comercio ambulante o pedir.
> *Mujer con discapacidad visual*

> No tener trabajo nos lleva a la mendicidad para poder sustentarnos.
> *Magali Fajardo (discapacidad física y visual)*

> Tenemos grandes profesionales que se pasean con sus títulos bajo el brazo. El problema es que no hay oportunidades laborales. Hemos intentado entrar. No todos son comerciantes, sino que se transforman en comerciantes por necesidad. No hay cupos para personas con discapacidad en los trabajos formales.
> *Armando Villar (discapacidad visual)*

Aunque es un problema de grandes proporciones, no existe información estadística oficial sobre el número de personas con discapacidad que ejercen la mendicidad en Chile.

4. LA ACTUACIÓN DEL GOBIERNO

Aunque con escasa cobertura mediática, de manera organizada y periódica las personas con discapacidad presentan sus descargos a las autoridades nacionales, regionales y locales, de manera que no se trata de un tema desconocido para el Gobierno.

Con ello en mente, se revisa ahora el tenor de la actuación del Gobierno en materia de derecho al trabajo de las personas con discapacidad. ¿Se ha comportado Chile en conformidad con sus compromisos internacionales, o por el contrario ha sido negligente en esta materia? La respuesta debe distinguir entre el nivel normativo, donde se han realizado avances, y el nivel fáctico, donde los intentos han sido muy acotados.

4.1 La actuación de las autoridades en el nivel normativo

El 1 de julio de 2008 Chile ratificó la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporando su contenido al ordenamiento jurídico chileno. En la legislación interna,

cabe destacar la modificación de la Ley 19.284 que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad; el proyecto de modificación ingresó el 18 de mayo de 2005 y a la fecha se encuentra en segundo trámite constitucional, específicamente en el segundo informe de la Comisión de Hacienda.

El proyecto, entre varias modificaciones, supone la incorporación de un nuevo título en la ley, que tratará sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad "como un derecho compuesto por la ausencia de discriminación y la adopción de medidas de acción positiva".[59]

En materia de inserción laboral se autoriza la suscripción del contrato de aprendizaje sin limitación de edad, mientras que hoy se permite hasta los veinticuatro años. Pero el aspecto más novedoso que introduce el proyecto es el establecimiento de cuotas para personas con discapacidad en los servicios públicos. El artículo 48 dispone: "La Administración del Estado y sus organismos, las municipalidades, los órganos de la administración de justicia y el Ministerio Público, reservarán preferentemente cupos en igualdad de condiciones y mérito, a personas con discapacidad".

Es claro que el Gobierno se orienta a la discusión y aprobación de normas que protejan los derechos de las personas con discapacidad, y tanto la ratificación de la Convención de Naciones Unidas como las modificaciones propuestas a la ley son avances para el país. Sin embargo, también la antigua Ley 19.284 y la Convención Interamericana de Derechos de los Individuos con Discapacidad incorporaban un catálogo de derechos, por lo que no existe garantía de que la nueva normativa sea más certera y operativa. Se requiere de compromiso político para tratar el tema de la discapacidad de manera integral.

4.2 La actuación de las autoridades en el nivel fáctico

La discusión de normas no es suficiente si no existe una conciencia generalizada en las autoridades políticas y legislativas sobre la necesidad de respetar a la población con discapacidad. Los hechos desmienten que esa conciencia haya permeado el aparato estatal, al menos hasta ahora.

Con el fin de recabar información para este *Informe* se escribió a reparticiones públicas solicitando datos relacionados con la materia en la esfera de sus competencias. Se enviaron cartas al subsecretario del Trabajo, al secretario regional ministerial de Planificación, al secretario ejecutivo del Fonadis y al director nacional del Sence. En todos los casos se pidió información detallada sobre las políticas gubernamentales para integrar en materia laboral a las personas con discapacidad física,

59 "Informe de la Comisión Especial de Discapacidad de la Cámara de Diputados, referido al proyecto sobre igualdad de oportunidades e inclusión de las personas con discapacidad", Boletín 3875-11, 6 de junio de 2007.

auditiva, visual y mental, e información detallada sobre los resultados concretos de la aplicación de esas políticas.[60]

No se obtuvo respuesta de ninguna de estas cartas. Fue preciso volver a enviarlas, esta vez a la luz de la Ley de Transparencia 20.285, agregando una solicitud de información al Instituto Nacional de Estadísticas, el que, argumentando que no manejaba esa información, la remitió al Fonadis.[61] La misma respuesta se recibió de Mideplan.

De las cinco cartas que se enviaron esta segunda vez, al cierre de este *Informe* en agosto de 2009 se había recibido la respuesta del Sence, la Subsecretaría del Trabajo y Fonadis. Esta última institución respondió las solicitudes reenviadas por el INE y Mideplan, no la carta dirigida a ella. Ninguna de las respuestas fue correspondiente con la información solicitada.

Si bien el Sence hizo un esfuerzo por enviar alguna información relevante, sus respuestas fueron por mucho insuficientes. Por ejemplo, ante la solicitud de información *detallada* sobre políticas de capacitación para integrar laboralmente a personas con discapacidad, su respuesta textual fue: "Se han adoptado programas de colaboración entre el Sence y Fonadis, para que los discapacitados conozcan todas las herramientas e instrumentos para mejorar las posibilidades de inserción laboral de dichas personas. Al 30 de octubre de 2008 se atendieron 150 personas con discapacidad a nivel nacional, las cuales fueron evaluadas y/o capacitadas en sus competencias laborales".[62]

Fonadis no respondió ninguna de las preguntas formuladas; se limitó a enviar el borrador de trabajo del *Primer estudio nacional de la discapacidad* y el resultado de la encuesta Endisc de 2004.

La Subsecretaría del Trabajo, a la petición de información detallada sobre las políticas para integrar en materia laboral a las personas con

60 Además, al subsecretario del Trabajo se le solicitó información actualizada del número de personas con discapacidad física, auditiva, visual y mental que trabajan en los sectores público y privado; de la tasa actual de desempleo por región de las personas con discapacidad y de la cantidad de personas con discapacidad que trabajan en el Ministerio del Trabajo. Al seremi de Planificación se pidió información detallada de las labores realizadas por el Gobierno en pro del cumplimiento de las políticas de integración laboral; sobre las vías administrativas que Mideplan dispone para que los ciudadanos conozcan de los reclamos y/o denuncias presentados por mal funcionamiento de las políticas de integración laboral, y sobre qué medidas existen para fiscalizar el funcionamiento en terreno de las políticas en cuestión. A Fonadis se le requirió información detallada sobre los subsidios y franquicias tributarias que se otorgan a empresas para fomentar la integración laboral; y sobre los requisitos que deben cumplir las empresas antes y durante el período de franquicia tributaria, y antes y después de recibir subsidios relacionados con los requerimientos de las personas con discapacidad; también se le preguntó por medidas de fiscalización de las empresas que reciben subsidios o se benefician de franquicias tributarias. Al Sence se le pidió información detallada de los factores que inciden en la efectividad de las políticas de capacitación, y se preguntó qué hace el Gobierno para salvar los obstáculos que impiden esa efectividad, además de qué medidas de fiscalización existen.

61 Se pidió al INE información actualizada del número de personas con discapacidad física, auditiva, visual y mental que trabajan en los sectores privado y público, y sobre las personas con discapacidad que trabajan en cada uno de los Ministerios del país; información actualizada, dividida por género y edades, del número de personas con discapacidad que trabajan en los sectores formal e informal, y del número de personas con discapacidad desempleadas.

62 Sence, respuesta a la solicitud de información, 8 de julio de 2009.

discapacidad física, auditiva, visual y mental, únicamente aportó información sobre el programa de bonificación a la contratación de mano de obra, sin especificar si es el único programa existente o la única información de que se disponía. Sobre ese programa dijo: "Se coordinará entre Sence y Fonadis, con la regulación de Subtrab para el año 2009 la disposición de trescientos cupos para que personas vulnerables con grado de discapacidad sean bonificadas en aquellas empresas que quieran contar con personas de dichas características, intermediadas por Fonadis".[63]

A la pregunta sobre el número de personas con discapacidad que trabajan, por sectores, el subsecretario indicó que no contaban con datos actualizados. En cuanto a la tasa actual de desempleo de las personas con discapacidad por región, dijo exactamente lo mismo.

El único dato certero que aportó la Subsecretaría fue la cantidad de personas con discapacidad que trabajan en el Ministerio: "La Subsecretaría del Trabajo no cuenta con registros de contratación de personas con algún tipo de discapacidad en su personal, bien sea de planta, a contrata o a honorarios. Actualmente no trabaja ninguna persona con discapacidad en el Servicio".

Es sintomático que la cartera responsable de la promoción del empleo no cuente con ninguna persona con discapacidad dentro de sus filas.

4.3 El *bluff* de la intermediación laboral

La falta de compromiso de las autoridades a la que se ha hecho alusión se disimula cuando de medios de comunicación se trata: "Si hay televisión, están todos con la mejor de las sonrisas", en palabras del dirigente sindical Juan Córdoba. Las escasas veces en que las autoridades políticas se refieren a temas laborales relativos a discapacidad, lo hacen a través de los medios de comunicación social.

En este sentido, los programas de intermediación laboral para personas con discapacidad son sumamente publicitados, aun cuando se trata de soluciones parche que tienen como beneficiarias a un número variable pero acotado de personas con discapacidad, que por regla general no pasan de ciento veinte. A raíz de estos programas se organizan premiaciones y actos públicos donde se congratula la labor del Gobierno en materia de integración laboral y se ensalza a las empresas que contratan a personas con discapacidad, como Shell, Tur Bus, Clean Services y Jumbo.

Para consultar sobre sus políticas de contratación inclusiva se contactó a las oficinas de personal y recursos humanos, o en su defecto a relaciones públicas, de todas las empresas mencionadas. Ninguna de las personas encargadas tenía conocimiento de que tuvieran como política la contratación de individuos con discapacidad.

63 Mauricio Jélvez, subsecretario del Trabajo, Ord 1252-3, 28 de julio de 2009.

En Tur Bus respondieron que no estaban al tanto de que la empresa contratara a estas personas. En Shell, Claudia Hoyos, de relaciones públicas, dijo que en la compañía "no hay impedimento, pero en este momento no hay personas con discapacidad contratadas". En Clean Services, Macarena Oviedo señaló que no contrataban a personas con discapacidad, y en Jumbo, Mónica Dirsch indicó que no sabía y que para contestar debía primero hacer algunas averiguaciones.

No se cuestiona que estas empresas efectivamente contraten a personas con discapacidad; lo que se discute es el hecho de que, como estrategia comunicacional, se las premie o elogie públicamente, y con ellas al Gobierno, cuando en realidad no tienen una política central, conocida y recurrente de contratación de personas con discapacidad.

En contraposición a esta realidad de discriminación, hay empresas extranjeras o filiales que sí implementan políticas de integración laboral, aunque por causa de su afiliación internacional. Por ejemplo, Mc Donald's Chile contrata recurrentemente a personas con discapacidad. Mariana Tarrío, gerenta de recursos humanos, afirmó que las políticas de contratación inclusiva obedecen a las directrices de contratación internacional las de Mc_Donald's, y que nunca han tenido contacto con autoridades chilenas para fomentar o apoyar estas políticas de iniciativa privada. Agregó que la experiencia de emplear a personas con discapacidad ha sido muy positiva.

5. RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Secretaría General de Gobierno debe realizar una campaña en los medios, especialmente radio, televisión, prensa escrita e Internet, que muestre a las personas con discapacidad como individuos comunes y corrientes, enfatizando sus capacidades y destrezas y encomiando a las empresas su inclusión laboral.
2. El Fondo Nacional de la Discapacidad, con el Instituto Nacional de Estadísticas, deben realizar un nuevo estudio nacional sobre la discapacidad incorporando la variable del empleo, para tener datos frescos en éste y los demás ámbitos.
3. Se recomienda al Fondo Nacional de la Discapacidad, en conjunto con el Ministerio de Vivienda, crear y ejecutar medios efectivos y rigurosos de fiscalización y sanción de la legislación vigente en materia de condiciones de accesibilidad física y material.
4. El Fondo Nacional de la Discapacidad, con el Ministerio de Planificación, deben incorporar la variable de la discapacidad en la entrega de subsidios y ayudas gubernamentales, concursos públicos y licitaciones, mediante la adjudicación de un puntaje especial para aquellas empresas, negocios o proyectos que contraten a personas con discapacidad o que trabajen en espacios físicos accesibles para ellas.

5. El Fondo Nacional de la Discapacidad, con el Ministerio de Planificación y el Ministerio del Trabajo, deben gestionar una política de contratación de personas con discapacidad en los organismos públicos.
6. El Gobierno debe presentar un proyecto de ley que modifique el artículo 12 de la Ley 18.834, que establece como requisito para trabajar en la administración del Estado una "salud compatible con el desempeño del cargo", para evitar la discriminación de las personas con discapacidad.
7. Las municipalidades deben permitir el trabajo de las personas con discapacidad en el comercio informal, regulando la concesión de permisos, los espacios físicos, las horas de trabajo y los productos permitidos para su venta, atendiendo a la falta de alternativas de trabajo que aqueja a esta minoría de la población.

MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

Esta versión del *Informe* introduce el concepto de participación ambiental, aquella dimensión que busca asegurar la existencia de un diseño institucional y operativo que garantice a la ciudadanía la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones ambientales. La participación ambiental en Chile se examina en referencia a la legislación vigente, y la conclusión es que se encuentra muy por debajo de los estándares internacionales. El proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental más ambicioso desde 1994 podría revertir esta situación, pero todo parece indicar que, más allá del ajuste y corrección de algunos aspectos, la participación ciudadana en materia ambiental tendrá que seguir esperando.

Se describe el estado de cosas en cinco casos representativos (Pascua Lama, Celco-Mehuín, planta de Metrogas en Peñalolén, termoeléctrica Los Robles e HidroAysén), que ponen de manifiesto la práctica del uso de incentivos que terminan por fraccionar a las comunidades afectadas, la gran capacidad organizativa que pueden alcanzar las comunidades en ocasiones, la complejidad técnica que debe enfrentar la ciudadanía a la hora de examinar los proyectos que la afectan, y el debate sobre quiénes tienen derecho a participar en proyectos ambientales con repercusiones nacionales e incluso globales.

Palabras clave: Participación ambiental, sistema de evaluación de impacto ambiental, institucionalidad ambiental, Pascua Lama, Celco, HidroAysén, Ley 19.300.

INTRODUCCIÓN

El *Informe 2008* introdujo en el debate público el concepto de justicia ambiental desde la perspectiva de los derechos humanos. En esa oportunidad se optó por abordar solo una de sus dimensiones, aquella que

tiene que ver con la *justicia distributiva*, es decir con la distribución proporcional de los bienes y cargas ambientales. Para ello se identificaron tres casos de los últimos tiempos. El primero es el de los vecinos de Rinconada de Maipú, quienes por años han visto cómo diversas fuentes contaminantes de la Región Metropolitana se han concentrado en el sector rural que habitan. El segundo caso es el de las comunidades indígenas y campesinas de la Región de la Araucanía, en cuyos territorios, o en tierras contiguas, se ha instalado el 70% de los basurales y el 100% de las plantas de tratamiento de aguas servidas de la región. El tercer caso aludía a la comunidad indígena Pepiukëlen, cuya situación se estima representativa de los padecimientos que ha acarreado el desarrollo de la industria salmonera en la Región de Los Lagos. En cada uno de estos casos se identificaron prácticas distributivas de los pasivos o cargas ambientales que, además de injustificadas, no se adecuaban a ningún parámetro de proporcionalidad y equidad, lo que ha terminado afectando en forma concreta el goce y ejercicio de derechos fundamentales (vida, salud, propiedad, intimidad, etc.) de estas comunidades.

En esta ocasión la atención se traslada a una segunda dimensión del concepto de justicia ambiental, la *justicia participativa*, que es aquella que busca asegurar la existencia de un diseño institucional y procedimental que garantice a la ciudadanía la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones ambientales, para que, cuando la autoridad ambiental deba resolver un asunto específico, los planteamientos de los ciudadanos tengan tanto peso como los de los expertos.[1] Se trata de concederle a la ciudadanía facultades de incidencia real en los procesos de toma de decisiones, de forma que sus propuestas se ponderen en un plano de igualdad respecto de cualquier otro punto de vista. Solo así la participación pública hará una diferencia en la decisión final.[2] El espectro de incidencia de la participación se extiende a la posibilidad de intervenir en el diseño de planes, programas, políticas y regulaciones de carácter ambiental.

Si bien el discurso político-público en general ha incorporado el concepto de participación ciudadana, en los hechos se ha tendido a relegarlo, lo que ha debilitado su ejercicio. Este fenómeno es evidente en materia ambiental, donde el diseño institucional vigente, pese a estar inspirado en el principio participativo, ha resultado ser el principal obstáculo para que la ciudadanía tenga algún nivel de incidencia en las etapas de discusión y aprobación de proyectos con impacto socioambiental. Esa relegación ha contribuido a la insatisfacción y frustración de las comunidades afectadas, lo que a su vez ha redundado en una pro-

1 Ver Kristin Shrader-Frechette, *Environmental Justice. Creating Equality, Reclaiming Democracy,* Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 28.
2 Ver Manjula Amerasinghe, Leanne Farrell, SheeShee Jin, Nah-yoon Shin y Kristen Stelljes, *Enabling Environmental Justice: Assessment of Participatory Tools*, Cambridge, MA, Massachusetts Institute of Technology, 2008, p. 5.

liferación de conflictos ambientales que suelen zanjarse en desmedro de los intereses de estos afectados, aumentando aun más la sensación de insatisfacción y frustración.

De ahí que examinar la situación de la participación ciudadana en materia ambiental en Chile resulte especialmente oportuno hoy, cuando el Congreso Nacional discute la reforma a la institucionalidad ambiental más importante y ambiciosa desde la entrada en vigencia de la Ley 19.300 en 1994.

Sin embargo, el análisis de la situación de la participación ambiental en Chile no solo se funda en razones de continuidad y de oportunidad. La participación ciudadana es importante siempre; y en concreto, porque incide en el mejoramiento de la calidad de las decisiones tomadas, incrementa la eficacia y la eficiencia de su implementación, conduce a decisiones más justas y equitativas, concede legitimidad y transparencia al proceso decisorio, fomenta el despliegue de capacidades de los participantes, permite una identificación temprana de los problemas y, por sobre todas las cosas, da forma y sentido a lo que en los hechos significa desenvolverse en una sociedad democrática.[3]

Para introducir el tema de la participación ciudadana en el debate público ambiental, la primera parte del capítulo identifica los estándares internacionales en la materia. En la segunda parte se analiza, en base a estudios normativos y estadísticos, la recepción de la participación ciudadana y las barreras que la limitan, tanto en la legislación ambiental vigente como en el proyecto de ley que se tramita en el Congreso. El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el instrumento de gestión más representativo y que ofrece la mayor cantidad de información, es objeto de especial atención en esta parte. La tercera parte presenta cinco casos emblemáticos de los últimos tiempos, que enfatizan distintos aspectos de la participación. Un último apartado se hace cargo del seguimiento de los casos abordados en el capítulo sobre medio ambiente del *Informe 2008*.

Del análisis se desprende que el estado actual de la participación ciudadana en materia ambiental en Chile es deficitario. A partir de esta conclusión se ofrecen cinco recomendaciones a la autoridad pública.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL

A comienzos de la década de 1970, con la Declaración de Estocolmo, aparecen los primeros antecedentes del derecho a la participación en materia ambiental,[4] aunque entonces lo que se enfatizaba era la varian-

3 Id., pp. 2-5.
4 La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano data de junio de 1972 y

te informativa de la participación, esto es, el acceso a la información. Luego, el gran hito en materia participativa tiene lugar en la década de 1990, con la Declaración de Río primero y el Convenio de Aarhus después; ahora el ámbito de protección se amplía y pasa a cubrir, además del aspecto informativo, la participación en los procesos de toma de decisión y el acceso a la justicia.

El referente internacional más completo e importante en esta materia es el Convenio de Aarhus sobre Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia Ambiental, suscrito en junio de 1998 por los miembros de la Comunidad Económica Europea en la ciudad danesa del mismo nombre. Aunque es un instrumento de la institucionalidad comunitaria europea, él mismo amplía su ámbito de aplicación al ofrecer la posibilidad de que cualquier Estado adhiera a su contenido, bajo la sola condición de que sea miembro de Naciones Unidas.

El Convenio se basa en los principios de desarrollo sustentable y goce de los derechos fundamentales, transparencia pública y participación de los ciudadanos en la protección del medio ambiente. De un total de veintidós artículos, son tres y un anexo del Convenio los encargados de abordar específicamente el tema de la participación ciudadana en materia ambiental.

El artículo 6 se refiere a la participación del público en las decisiones asociadas a una amplia gama de actividades,[5] y contempla entre otros aspectos la obligación de informar eficaz y oportunamente al público interesado sobre el proyecto o actividad cuando se inicie un proceso de toma de decisiones ambientales (art. 6.2). Las partes asumen la obligación de establecer plazos razonables para informar al público y para que éste se prepare y participe a lo largo de todo el proceso (art. 6.3). Muy relacionado con lo anterior, también se comprometen a adoptar medidas para que la participación "comience al inicio del procedimiento, es decir, cuando todas las opciones y soluciones sean aún posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real" (art. 6.4).

Uno de los aspectos más relevantes del Convenio es que incorpora el carácter vinculante de la participación ciudadana. Así, consagra expresamente la obligación de que, "en el momento de adoptar la decisión, se tengan debidamente en cuenta los resultados del procedimiento de participación del público" (art. 6.8).

sostiene que "Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente" (Principio 23).

5 Actividades que están identificadas en el Anexo I del Convenio. En detalle se contemplan las siguientes: energía, producción y transformación de metales, industria mineral, industria química, gestión de residuos, instalaciones sanitarias, industria papelera, transportes y puertos, obras hídricas, extracción de petróleo y gas natural, construcción de represas, construcción de ductos, instalaciones agrícolas, explotaciones mineras, líneas de transmisión eléctrica y almacenamiento de combustibles.

El artículo 7, por su parte, obliga a las partes a adoptar disposiciones concretas para que el marco de participación sea transparente y equitativo, y dice que deberán esforzarse por brindar al público la posibilidad de participar en la elaboración de las políticas ambientales. El artículo 8 ahonda en similares provisiones, y recomienda fijar plazos suficientes, publicar un proyecto de reglas y permitir que se formulen observaciones directamente o por mediación de órganos representativos.

Como se ve, el Convenio de Aarhus representa una nueva tendencia en materia de tratados internacionales sobre medio ambiente, una que se caracteriza por vincular explícitamente la protección del medio ambiente con los derechos humanos. Desde octubre de 2001, fecha en que entró en vigencia, más de cuarenta países (fundamentalmente de Europa y Asia Central) lo han suscrito. Chile, como miembro fundador de Naciones Unidas y socio estratégico de la Unión Europea desde 2003, no tendría inconvenientes para hacerse parte.[6]

Otro referente internacional –y antecedente directo del Convenio de Aarhus– es la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de junio de 1992, que dispone que "En el plano nacional, toda persona deberá tener (...) la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones...". Cabe precisar que tanto la Declaración de Río como la de Estocolmo pueden calificarse como *soft law*, es decir, instrumentos de derecho internacional que no son vinculantes para los Estados pero que constituyen una referencia en una materia específica. Típicos ejemplos de *soft law* son las declaraciones de conferencias internacionales o las resoluciones emanadas de organismos internacionales.

Sí es vinculante para el Estado de Chile el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Éste consagra la participación de los pueblos indígenas en una serie de aspectos, e indica que es deber de los gobiernos "desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad" (art. 2.1). Destaca el derecho de los pueblos interesados a participar en la formulación, aplicación y evaluación de los programas de desarrollo que los afectan (art. 7.1), y su derecho a participar en la administración y conservación de los recursos naturales que hay en sus tierras (art. 15.1). En relación con este punto, recuérdese que buena parte de los proyectos de inversión presentados ante la autoridad ambiental chilena han repercutido, en mayor o menor medida, en comunidades indígenas.

Como se observa, la tendencia del derecho internacional en materia de participación ambiental es consistente en el tiempo. Desde un comienzo el derecho a la participación ha tenido relevancia, y ésta no ha

6 Ver la lista de países que han ratificado el Convenio de Aarhus en www.unece.org/env.

hecho sino aumentar. Lo comprueban el nivel de protección que se ha alcanzado (la noción de participación se descompuso en tres variantes relacionadas, aunque de tratamiento y regulación diferenciados) y la recepción transversal del tema en distintos instrumentos, desde medio ambiente a asuntos indígenas. Por consiguiente, si un Estado de verdad quiere asumir la obligación de respetar, proteger y garantizar la participación ciudadana en materia ambiental, deberá someterse a lo que establecen los estándares internacionales mencionados; éstos conforman el piso mínimo de obligaciones en la materia.

2. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL VIGENTE EN CHILE

Aunque el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) no es el único instrumento de gestión que contempla espacios para la participación ciudadana, hemos centrado el análisis en él por ser el de mayor representatividad –a través suyo ingresan casi todos los proyectos con alcances ambientales– y el que mayor información suministra, fundamentalmente a través de su sitio web www.seia.cl.

Entre las otras instancias que aluden a la participación pública destacan los tratados de libre comercio (TLC) que Chile ha suscrito en los últimos quince años,[7] y las que contempla la propia Ley 19.300 en otros instrumentos de gestión.[8] Existe también, aunque su otorgamiento es discrecional, la posibilidad de participar en todos los procedimientos administrativos en la etapa de información pública de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 19.880 de procedimientos administrativos.[9] Mención aparte merece, por su importancia, la nueva Ley 20.285 de acceso a la información pública, que amplía el espectro participativo al regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio y amparo de este derecho y las excepciones a la publicidad de la información.

7 No todos acogen la participación de la misma forma, eso sí, y hay algunos que apenas la contemplan. El TLC más interesante desde este punto de vista es el suscrito con Canadá (1997), que concibe un sistema de peticiones para que la ciudadanía denuncie a cualquiera de los Estados partes por no aplicar en forma efectiva su legislación ambiental. No obstante la novedad que representa este sistema, se le ha criticado su escasa operatividad práctica y el hecho de que quien conoce de las peticiones sea la misma autoridad denunciada. Acogen también la participación ciudadana, aunque en menor medida y en funciones principalmente informativas, el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea (2003), el TLC con Estados Unidos (2004) y el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica, también llamado Acuerdo P4 (2006).
8 Existen mecanismos de participación ciudadana consagrados en la ley a propósito de los instrumentos de gestión "normas de calidad y de emisión" y "planes de prevención y descontaminación".
9 Ver artículo 39 de la Ley 19.880.

2.1 La Ley 19.300 y el Reglamento del SEIA

El Presidente Aylwin, en su Mensaje al Congreso Nacional respecto del proyecto de ley sobre bases generales del medio ambiente, dijo en septiembre de 1992 que uno de los seis principios sobre los que descansaría la institucionalidad ambiental sería la participación, "puesto que para lograr una adecuada protección del medio ambiente se requiere de la concurrencia de todos los afectados (...) Por ello, el principio de la participación ciudadana se encuentra presente en todo el desarrollo del proyecto, tal vez no con la fuerza que algunos lo hubiesen querido, o para otros quizá consagrado con demasiada extensión. Pero ha sido necesario compatibilizar este principio con el de la responsabilidad de las opiniones".

En marzo de 1994 aquel proyecto de ley se transformó en la Ley 19.300 sobre bases generales del medio ambiente, en la cual el principio participativo se aplica en más de una disposición. Ya en el art. 4 la ley establece el deber del Estado de facilitar la participación ciudadana y de promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente. Además de este deber general, se entrega a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (Conama) la función particular de promover dicha participación en la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental (art. 70 letra f).

El tratamiento más pormenorizado de la participación se encuentra en el Título II de la ley, referido a los instrumentos de gestión ambiental, donde se dedica un párrafo especial a abordar "La participación de la comunidad en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental".[10] El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[11] complementa en idénticos términos esta norma, en especial su Título V. Ambas regulaciones se caracterizan por circunscribir la participación ciudadana en materia ambiental preferentemente al SEIA,[12] y más específicamente a la figura del estudio de impacto ambiental (EIA).[13]

Según el caso, corresponde a las Comisiones Regionales (Corema) y a la Comisión Nacional del Medio Ambiente establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad organizada en el proceso de calificación de los EIA (art. 26 de la Ley 19.300). Para ello, la Comisión respectiva debe ordenar al titular del proyecto que publique en el *Diario Oficial* y en otro periódico de la capital de la región o de circula-

10 Ley 19.300, Título II, párrafo 3, artículos 26 a 31.
11 D.S. 95 de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República.
12 El artículo 2 letra j de la Ley 19.300 define evaluación de impacto ambiental como "el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes".
13 El artículo 2 letra i de la Ley 19.300 define estudio de impacto ambiental como "el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos".

ción nacional, según sea el caso, un extracto del EIA dentro de los diez días siguientes a su presentación (art. 27). El extracto debe contener al menos la ubicación geográfica donde se pretende ejecutar el proyecto o actividad, indicar el tipo de proyecto o actividad de que se trata, y consignar los principales efectos ambientales y las medidas mitigadoras que se proponen.

Sobre la titularidad del derecho de participación en los EIA, el artículo 28 dispone que solamente las organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica y las personas naturales directamente afectadas podrán imponerse del contenido del estudio; además, ellos son los únicos sujetos facultados para formular observaciones, para lo cual cuentan con sesenta días de plazo, contados desde la publicación del extracto (art. 29). La ley dice también que la Comisión podrá mantener en reserva los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado, estime necesario sustraer del conocimiento público, para asegurar la confidencialidad comercial e industrial o proteger las invenciones o procedimientos patentables involucrados (art. 28).

La Comisión está obligada a ponderar las observaciones ciudadanas en los fundamentos de su Resolución de Calificación Ambiental (RCA), y a notificarla a quien las haya formulado. Si no han sido debidamente ponderadas en la resolución respectiva, las organizaciones ciudadanas y las personas naturales podrán presentar un recurso de reclamación ante la autoridad superior a la Comisión dentro de los quince días siguientes a su notificación, para que ésta, en un plazo de treinta días, se pronuncie sobre la solicitud. Con todo, este recurso no suspende los efectos de la resolución recurrida (art. 29) y el proyecto podrá comenzar a ejecutarse mientras se tramita el reclamo.

En cuanto a los proyectos o actividades que hayan quedado sujetos únicamente a Declaración de Impacto Ambiental (DIA),[14] el deber de respetar la participación ciudadana es solo de carácter publicitario. La Conama o las Corema deben publicar el primer día hábil de cada mes, en el *Diario Oficial* y en un periódico de circulación regional o nacional, según corresponda, una lista de los proyectos o actividades presentados a tramitación el mes anterior, con el objeto de mantener debidamente informada a la ciudadanía (art. 30).

Finalmente, y como otra manifestación del principio participativo, la Ley 19.300 creó la figura del Consejo Consultivo Nacional, que entre otras cosas tiene por finalidad emitir opiniones sobre los anteproyectos de ley y decretos supremos que fijen normas de calidad ambiental, de preservación de la naturaleza y conservación del patrimonio ambiental, planes de

14 El artículo 2 letra f de la Ley 19.300 define declaración de impacto ambiental como "el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes". Las diferencias entre EIA y DIA se explican en el punto 2.2.1.

prevención y de descontaminación, regulaciones especiales de emisiones y normas de emisión que se sometan a su conocimiento (art. 79). El Consejo está integrado por representantes de la sociedad civil tales como académicos, empresarios, trabajadores y miembros de organizaciones no gubernamentales (art. 78).[15] Del mismo modo, la ley establece que haya en cada región un Consejo Consultivo Regional, con miembros de representación equivalente a la del Consejo Nacional (art. 82). A estos Consejos Regionales les corresponde absolver las consultas que le formule la respectiva Corema, y ejercer todas las demás funciones que le encomiende la ley (art. 83).

2.2 El diseño institucional y los obstáculos a la participación ciudadana

Pese a la incorporación del principio participativo en una serie de disposiciones de la Ley 19.300 y en el propio Reglamento del SEIA, importantes obstáculos a la participación ciudadana emanan del propio diseño institucional. Precisamente porque se trata de barreras de orden institucional, éstas concurren en todos y cada uno de los casos que ingresan al SEIA. Además, cada uno de estos impedimentos revela un alejamiento de las exigencias establecidas por los estándares internacionales en la materia.

2.2.1 Exclusión de la participación en las DIA

La regla general de ingreso de proyectos y actividades al SEIA la constituyen las DIA y no los EIA,[16] pero solo en los segundos se permite la participación ciudadana.

Técnicamente, la principal diferencia entre EIA y DIA radica en el nivel de alteración del medio ambiente en un área determinada, asociado a un proyecto específico. Si se trata de un proyecto o actividad de los enumerados en el artículo 10[17] debe presentarse una declaración, pero

15 Miembros del Consejo Consultivo Nacional para el período 2008-2010 son Óscar Parra (U. de Concepción) y Raúl O'Ryan (U. de Chile) en representación de las universidades; Flavia Liberona (Fundación Terram) y Fernando Dougnac (Fiscalía del Medio Ambiente) por las ONG; Gino Casassa (CECS) y Ana Luisa Covarrubias (Libertad y Desarrollo) por los centros académicos independientes; Rodolfo Camacho (Sonami) y Jaime Dinamarca (Sofofa) en representación del empresariado; Jessica Camusett (CUT) y José Manuel Díaz (CUT) por los trabajadores, y Patricia Matus como representante de la Presidenta de la República.

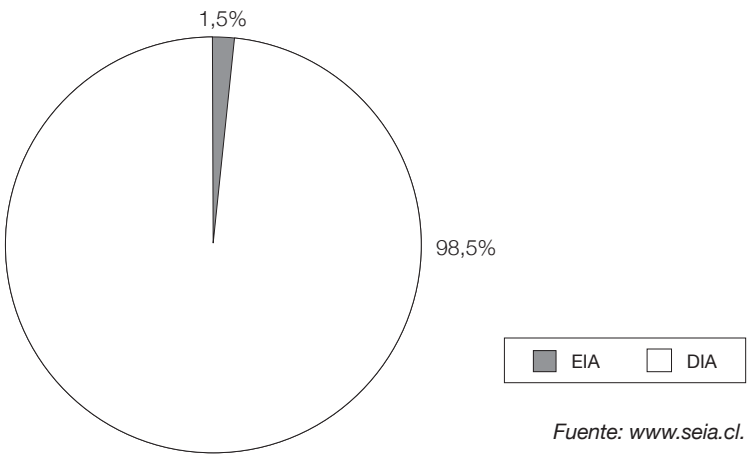
16 Pese a que la Ley 19.300 no lo dice, invariablemente la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha sostenido que la regla general de ingreso al SEIA es una DIA. Confirman esta línea los dictámenes 417 y 12.062 de 2008, y 6.438 y 12.631 de 2006.

17 El artículo 10 de la Ley 19.300 cubre un amplio espectro de proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases. Destacan las líneas de transmisión eléctrica de alto voltaje y sus subestaciones; las centrales generadoras de energía mayores de 3 MW; los reactores y establecimientos nucleares e instalaciones relacionadas; los aeropuertos, terminales de buses, camiones y ferrocarriles, vías férreas, estaciones de servicio, autopistas y caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas; los planes regionales de desarrollo urbano, planes intercomunales, planes reguladores comunales, planes seccionales, proyectos industriales o inmobiliarios que los modifiquen o que se ejecuten en zonas declaradas latentes o saturadas; los proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas; los oleoductos, gasoductos, ductos mineros o análogos; las instalaciones fabriles; las agroindustrias; los proyectos de desarrollo o explotación forestal; los proyectos de saneamiento ambiental o la

si ese proyecto o actividad genera alguno de los efectos o tiene alguna de las características contemplados por el artículo 11,[18] debe presentarse un estudio. Ciertamente, ello no significa que los proyectos o actividades que ingresen por una DIA no tengan impacto ambiental. Sin embargo, en ellos la participación de la comunidad directamente afectada queda excluida (art. 26 y siguientes), si se exceptúa la obligación de la autoridad ambiental de dar publicidad a los proyectos presentados.

Esta exclusión podría entenderse si las declaraciones constituyeran un porcentaje irrelevante del total de ingresos al SEIA, pero los números demuestran lo contrario. De acuerdo con los propios datos aportados por el SEIA, la gran mayoría de los proyectos o actividades que se presentan lo hacen por la vía de declaraciones y no de estudios: de los 2.366 proyectos ingresados y sometidos a tramitación en el nivel nacional entre enero de 2007 y diciembre de 2008, solo 36 correspondieron a EIA, esto es, 98,5% fueron declaraciones y apenas un 1,5% estudios (Gráfico 1).

Gráfico 1. **Porcentaje de proyectos o actividades ingresados y declarados admisibles por el SEIA entre enero 2007 - diciembre 2008.**



Fuente: www.seia.cl.

aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua.

18 El artículo 11 de la Ley 19.300 dispone que los proyectos o actividades enumerados en el artículo 10 requerirán de un EIA si causan o presentan al menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) localización próxima a población, recursos y áreas protegidas susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Así pues, la ausencia de participación ciudadana en las DIA no es coherente con la tendencia internacional, en especial respecto de la obligación de conceder espacios a lo largo de todo el proceso de toma de decisión, para que la ciudadanía participe efectivamente y pueda ejercer una influencia real.

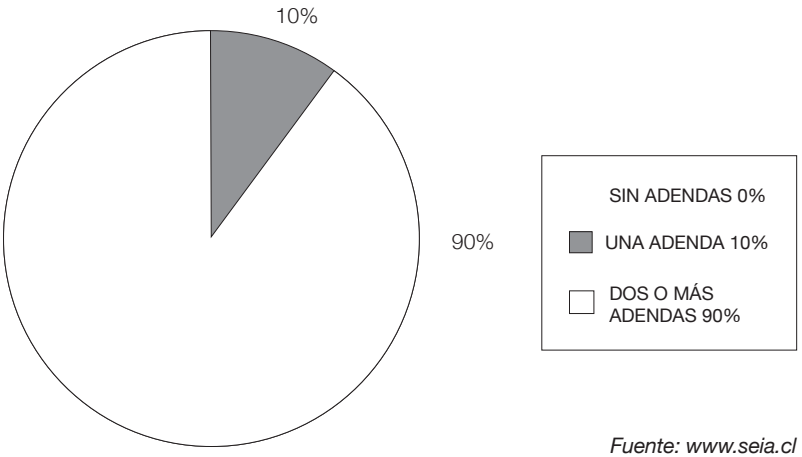
2.2.2 Limitaciones a la participación en los EIA

En la etapa de evaluación de los EIA encontramos otra barrera a la participación. Como vimos, la comunidad puede emitir observaciones tras la publicación del extracto. No obstante, dentro del plazo de 120 días de que dispone la Comisión respectiva para pronunciarse sobre el estudio correspondiente, puede solicitar al titular del proyecto, las veces que estime necesario, que aclare, rectifique o amplíe el contenido del estudio en ciertos aspectos, lo que éste hará en un apéndice o adenda (art. 16). Así se inicia un diálogo entre el titular y la autoridad del que resultan excluidos los demás afectados.

La situación es delicada porque se ha hecho costumbre que la autoridad ambiental pida una o más adendas la mayoría de las veces, y estos apéndices suponen una variación mayor o menor respecto del EIA inicial, sobre el cual se ha pronunciado la ciudadanía. A ésta se le impide presentar nuevas observaciones a los cambios y así incidir en favor de sus intereses en el resultado de aquel diálogo posterior.

El Gráfico 2 confirma esta práctica. Del total de EIA sometidos a evaluación durante el período 2007-2008, ningún proyecto se ha calificado favorablemente sin que se realizaran una o más modificaciones al estudio original. Más aun, un 90% de los EIA aprobados contiene dos o más adendas, lo que habla del nivel de consolidación que ha alcanzado esta conducta con el correr de los años.

Gráfico 2. **Porcentaje de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones (adendas) en los estudios de impacto ambiental calificados favorablemente durante el período 2007-2008.**



Fuente: www.seia.cl

Esta realidad, además de contrariar los estándares internacionales en materia de participación ambiental, permite razonablemente dudar de las verdaderas intenciones de los titulares de los proyectos que presentan EIA. ¿No se presta acaso para que los responsables de proyectos controvertidos oculten antecedentes y solo los hagan públicos una vez transcurrido el período para que la ciudadanía plantee observaciones? El sistema vigente puede estar ofreciendo incentivos perversos para la instauración de malas prácticas como la descrita.

2.2.3 Tratamiento diferenciado en el recurso de reclamación

Un tercer obstáculo a la participación lo constituye el tratamiento diferenciado del que es objeto el recurso de reclamación, que es el mecanismo de impugnación previsto por el SEIA. Frente a la interposición de idéntico recurso, en cada uno de los supuestos que se comentan a continuación las consecuencias difieren según lo ejerza el titular del proyecto o la ciudadanía.

En primer lugar, el titular del proyecto cuenta con un campo de aplicación del recurso considerablemente más amplio del que disponen las organizaciones ciudadanas y las personas naturales directamente afectadas. Mientras el titular puede presentar un recurso de reclamación en contra de la resolución que rechace una DIA o rechace o establezca condiciones o exigencias a un EIA (art. 20), la ciudadanía únicamente puede reclamar

por los EIA, y solo cuando sus observaciones no hubieren sido debidamente ponderadas en los fundamentos de la respectiva RCA (art. 29).

En segundo lugar, las autoridades competentes para conocer de las reclamaciones son distintas. El titular presenta su recurso al Consejo Directivo de la Conama (art. 20), compuesto por catorce ministros y presidido por la ministra de Medio Ambiente. La comunidad, en cambio, interpone su recurso ante el director ejecutivo de la Conama (art. 29), que jerárquicamente se halla en una posición inferior respecto de los ministros. En otras palabras, frente a idéntico recurso, conocen y resuelven autoridades de diversa jerarquía, con pesos e influencias políticas sustancialmente diferentes, y que por lo general velan por intereses también diversos.

En tercer lugar, los plazos concedidos para interponer el recurso tampoco son los mismos. Mientras el titular del proyecto cuenta con treinta días contados desde la notificación de la resolución (art. 20), las organizaciones ciudadanas y las personas naturales tienen un plazo de quince días desde la notificación (art. 29).

En cuarto y último lugar, se observan diferencias en la posibilidad de reclamar por la resolución que se pronuncia acerca de un recurso de reclamación. Mientras el titular puede impugnar la resolución que resuelve la reclamación ante el juez de letras competente dentro de un plazo de treinta días (art. 20), las organizaciones ciudadanas y personas naturales no pueden hacerlo. Es decir, frente a idéntico recurso, el titular cuenta con una instancia adicional.

2.2.4 Acogida de las observaciones ciudadanas

Aun con todos los obstáculos a la participación ciudadana en materia ambiental, la comunidad presenta observaciones a proyectos o actividades que pretenden realizarse. Veamos ahora la forma en que la autoridad ambiental pondera estas observaciones al emitir su Resolución de Calificación Ambiental, o, en otras palabras, cuánto importa la opinión ciudadana interesada.

De los 36 EIA que fueron admitidos a tramitación durante el período 2007-2008, se pudo acceder a 35. En cada uno de esos 35 estudios es posible advertir que las observaciones ciudadanas solicitan tres tipos de medidas: compensatorias o reparatorias, mitigadoras y/o directamente de rechazo.[19]

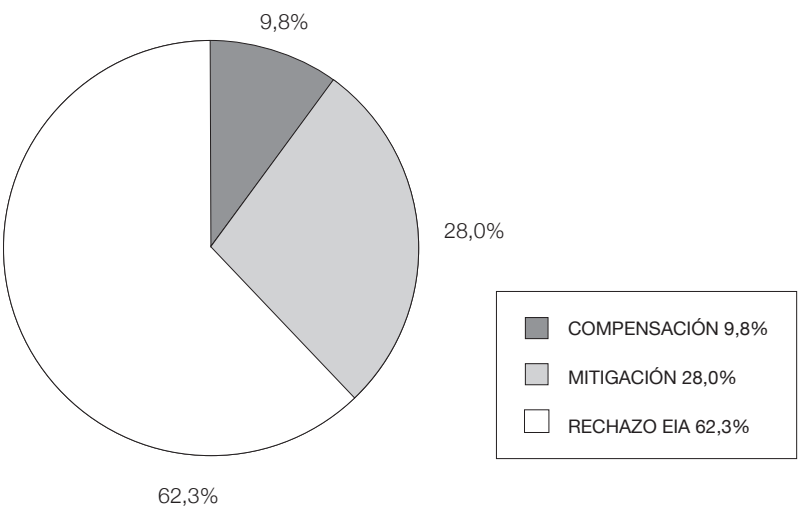
Las primeras buscan resarcir o retribuir a la comunidad afectada por los perjuicios que generará el proyecto (art. 60 del Reglamento del SEIA), ya sea mediante la pavimentación de caminos, la creación de

19 No se han considerado aquellas observaciones que tienen por objeto solicitar información acerca del proyecto, porque ellas no requieren de ponderación por parte de la Comisión Regional o Nacional ni buscan generar un efecto en la calificación del proyecto o actividad.

áreas verdes, la construcción de sectores recreacionales o la contratación de locatarios. Las medidas de mitigación procuran disminuir el impacto del proyecto o actividad mediante la incorporación de tecnología para, por ejemplo, reducir emisiones o asegurar un manejo eficiente de los desechos o materiales contaminantes que genere el proyecto (art. 58 del Reglamento). Por último, un porcentaje significativo de las observaciones pide que se rechace el proyecto o actividad por considerarlo una amenaza a la integridad física o psíquica de los miembros de la comunidad, o porque afectará negativamente las actividades económicas o la propiedad, u otros derechos fundamentales, como ocurre por ejemplo en el caso de proyectos que se emplazan en zonas arqueológicas o asentamientos indígenas.

De un total de 1.198 observaciones ciudadanas formuladas a los 35 EIA que fueron admitidos a tramitación durante el período 2007-2008, 117 (9,8%) buscaban una compensación por el impacto ambiental, 335 (28%) solicitaban medidas de mitigación y 746 (62,3%) pedían el rechazo del proyecto.

Gráfico 3. **Porcentaje de tipos de medidas solicitadas por la ciudadanía en los EIA durante el período 2007-2008.**



Fuente: www.seia.cl.

Como se aprecia, pareciera no haber correlación entre el porcentaje de rechazo ciudadano a los proyectos y el hecho de que la mayoría de los EIA analizados terminaron siendo autorizados por la autoridad

(21).[20] Cabe señalar que, ante estas observaciones que solicitan el rechazo, las Coremas suelen aducir que el planteamiento de la ciudadanía es "pertinente", pero que el proyecto se ajusta a la normativa vigente. Es decir, la autoridad ambiental no realiza un ejercicio de ponderación fundamentada tal como lo exige la ley.

2.3 El proyecto de ley que crea una nueva institucionalidad ambiental

En julio de 2008 ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que busca modificar la institucionalidad ambiental vigente con la creación del Ministerio de Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

En el Mensaje de la Presidenta de la República a la Cámara de Diputados, mediante el cual somete a consideración del Congreso este proyecto, la mandataria se refiere de manera específica al tema de la participación ciudadana:

> Una de las críticas habituales al actual modelo institucional es la insuficiencia de participación ciudadana. Con tal objeto, el proyecto obliga a someter a un nuevo proceso de participación a los Estudios de Impacto Ambiental de los proyectos que, producto de las Adenda, se han modificado sustantivamente, suspendiendo el plazo de tramitación con tal objeto. La situación actual demuestra que las personas solo participan en la etapa inicial y, dados los incentivos de funcionamiento en la evaluación, regularmente esos proyectos terminan siendo diferentes en la etapa de aprobación, lo que ciertamente transforma en irrelevante la participación de la comunidad. Un sistema de participación ciudadana transparente, informado y público puede contribuir a una mejor calidad de las decisiones, pero también a una adecuada gobernabilidad ambiental.[21]

Dos constataciones en este Mensaje se asemejan a una confesión. Primero, reconoce expresamente que la participación ciudadana ha sido insuficiente. Segundo, se reconoce implícitamente que la principal causa de esta insuficiencia es el propio modelo institucional creado por la Ley 19.300.

Entre las modificaciones más interesantes que incorpora el proyecto de ley, en cuanto a participación ciudadana, destacan las siguientes.[22]

20 Fuente: www.seia.cl.
21 Mensaje 352-356, 5 de junio de 2008.
22 El proyecto de ley (Boletín 5947-12) fue ingresado el 3 de julio de 2008 a la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional. El 12 de mayo de 2009 ingresó al Senado en segundo trámite constitucional.

2.3.1 Promoción ministerial de la participación

De acuerdo con el artículo 1º del proyecto,[23] la atribución de promover la participación ciudadana en la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, que antes correspondía a la Conama, se entrega especialmente al Ministerio.

2.3.2 Ampliación condicionada de la participación en los EIA

Al artículo 29 de la ley vigente, que regula la participación ciudadana en los EIA, se agrega el siguiente inciso segundo: "Si durante el procedimiento de evaluación el Estudio de Impacto Ambiental hubiese sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto, el organismo competente deberá abrir una nueva etapa de participación ciudadana, esta vez por treinta días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental. El Reglamento deberá precisar qué tipo de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, según el tipo de proyecto o actividad, serán consideradas como modificaciones sustantivas a los proyectos".[24]

Con ello se incorporaría la participación ciudadana en las etapas posteriores de tramitación y evaluación de los estudios cuando éstos sean objeto de adendas, aunque no en todos los casos, sino solo cuando las modificaciones afecten sustantivamente el proyecto. Como en el 100% de los EIA tramitados en los últimos dos años se han presentado una o más adendas, será fundamental determinar cuándo se considerará que estos cambios afectan "sustantivamente" un proyecto, pues de ello dependerá que la participación ciudadana sea efectiva a lo largo de todo el proceso de toma de decisión.

Atendiendo a lo anterior, el 1 de abril de 2009 fue evacuado el primer informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, que contiene una serie de indicaciones al proyecto, algunas de las cuales se refieren directamente al tema de la participación ciudadana. Así, a las funciones del Ministerio de Medio Ambiente contempladas en el artículo 70 se agrega la de fomentar y facilitar la participación ciudadana en la formulación de políticas y planes, normas de calidad y normas de emisión, así como en el proceso de evaluación ambiental estratégica de las políticas, planes y programas de los ministerios sectoriales. Es decir, la participación se extiende al nuevo instrumento de gestión que esta ley incorpora, la Evaluación Ambiental Estratégica.[25]

23 Que viene a sustituir el actual Título Final de la Ley 19.300, que va desde el artículo 69 al 92, por el Título Final ahora referido al Ministerio del Medio Ambiente.
24 Artículo tercero N° 30 del proyecto de ley.
25 Este nuevo instrumento de gestión ambiental se incorpora de manera "voluntaria". El artículo 7 bis del proyecto dispone que: "Se someterán a evaluación ambiental estratégica las políticas

2.3.3 Incorporación facultativa de la participación en las DIA

Por otra parte, el proyecto de ley añade a las funciones del Servicio de Evaluación Ambiental la de fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos. Es decir, esta facultad ya no se circunscribe únicamente a la evaluación de EIA. El artículo 30 bis dispone que: "Las Direcciones Regionales o el Director Ejecutivo, según corresponda, podrán decretar la realización de un proceso de participación ciudadana por un plazo de veinte días, en aquellos proyectos cuya Declaración de Impacto Ambiental se presente a evaluación, siempre que lo soliciten a lo menos dos organizaciones ciudadanas con personalidad jurídica, a través de sus representantes, o como mínimo diez personas naturales directamente afectadas. Esta solicitud deberá hacerse por escrito y presentarse dentro del plazo de diez días, contados desde la publicación en el Diario Oficial del proyecto...".

Los incisos siguientes de este artículo regulan este proceso de participación en los mismos términos que se han establecido para los EIA, obligando al organismo competente a abrir una nueva etapa de participación ciudadana si durante el procedimiento la declaración ha sido objeto de aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones que afecten sustantivamente al proyecto; esta vez por diez días, período en el cual se suspenderá de pleno derecho el plazo de tramitación. Para ello, eso sí, la autoridad ambiental debe haber decretado inicialmente la realización de un proceso de participación ciudadana. Por lo demás, se remite al reglamento para determinar qué tipo de modificaciones serán consideradas "sustantivas".

El problema aquí es el mismo que surge respecto de la participación ciudadana en las etapas posteriores de los EIA: la ley no regula directamente las hipótesis frente a las cuales procederá o no la participación. En los EIA la primera etapa de participación ciudadana es obligatoria, pero se entrega a un futuro reglamento la determinación de qué modificaciones calificarán como sustantivas, de lo cual depende la participación en las demás etapas de tramitación del estudio. En el caso de las DIA, el proceso de participación ciudadana queda entregado a la discrecionalidad de la autoridad ambiental; así, si hay modificaciones en una DIA, solo cuando se haya decidido inicialmente abrir ese espacio de participación se procederá luego como en los estudios.

Por último, se modifica el artículo 29 de la ley ampliando la determinación de quiénes pueden participar con observaciones ciudadanas en

y planes de carácter normativo general, así como sus modificaciones sustantivas, que tengan impactos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, que voluntariamente los Ministerios decidan someter a tal evaluación. En todo caso, siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica los planes regionales de ordenamiento territorial, planes intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales. En esta situación, el procedimiento y aprobación del instrumento estará a cargo del Ministerio de Vivienda, el Gobierno Regional o el Municipio, respectivamente".

los EIA y ahora también en las DIA, que ahora se extiende a "cualquier persona, natural o jurídica".

2.3.4 Tratamiento igualitario en el recurso de reclamación

El artículo 29 según la modificación en discusión en el Congreso establecería ahora que "cualquier persona, natural y jurídica, cuyas observaciones señaladas en los incisos anteriores no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental establecida en el artículo 24, podrá presentar recurso de reclamación de conformidad a lo señalado en el artículo 20". Lo mismo se establece en el artículo 30 bis respecto de las DIA.

El referido artículo 20 de la ley actual regula el procedimiento de que dispone el titular del proyecto para interponer un recurso de reclamación en contra de la resolución que niegue lugar, rechace o establezca condiciones o exigencias a una DIA, o en contra de la resolución que rechace o establezca condiciones o exigencias a un EIA. De acuerdo con el proyecto de ley, el recurso se interpondrá ante el director ejecutivo en el caso de las DIA, y ante un comité presidido por el ministro de Medio Ambiente e integrado por los titulares de las carteras de Salud, Economía, Agricultura, Energía y Minería, en el caso de los EIA. En ambos casos deberán presentarse dentro de treinta días contados desde la notificación de la resolución recurrida.

Así, se permite a la ciudadanía interponer recurso de reclamación por las DIA, y por otra parte se uniforma el procedimiento para la tramitación del mismo recurso, tanto frente a una DIA como a un EIA, ya sea que lo interponga el titular del proyecto o la ciudadanía. Sin embargo, se mantiene la limitación y diferenciación en cuanto al ámbito de aplicación de este recurso, que, si es interpuesto por la comunidad, solo procederá cuando las observaciones ciudadanas no se hayan considerado debidamente en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental.

Por último, en el caso de recursos interpuestos por la ciudadanía, se reemplaza el inciso final del artículo 29 y se dispone que este recurso "no suspenderá los efectos de la resolución recurrida, salvo que el inicio de la ejecución del proyecto genere precisamente los impactos por los cuales se ha reclamado".

2.3.5 Observaciones ciudadanas no vinculantes

Como se ha dicho, uno de los obstáculos a la participación enquistados en el actual diseño institucional es la escasa acogida que brinda la autoridad ambiental a las observaciones ciudadanas al momento de emitir su RCA, pese a tener la obligación de ponderarlas en sus fundamentos.

Recordemos que la ciudadanía puede interponer un recurso de reclamación en contra de esta práctica.

Esa obligación y este recurso están regulados en el artículo 29, que, en un intento por erradicar dicha práctica, el nuevo proyecto de ley pretende modificar disponiendo que el Servicio de Evaluación Ambiental "considerará las observaciones como parte del proceso de calificación y deberá hacerse cargo de éstas, pronunciándose fundadamente respecto de todas ellas en su resolución". Lo mismo se establece en el artículo 30 bis para las observaciones ciudadanas que se formulen en el proceso de calificación de las DIA. En cuanto al recurso de reclamación, lo único que cambia es que la ciudadanía podrá interponerlo cuando sus observaciones no hubieren sido debidamente "consideradas" en los fundamentos de la resolución.

Sin embargo, la diferencia semántica entre los verbos "ponderar" y "considerar" no se traduce en un cambio concreto en el valor que la autoridad debe conceder a las observaciones ciudadanas, pues éstas siguen siendo no vinculantes en la toma de decisión final. De este modo, las obligaciones de la autoridad en materia de participación a la hora de evaluar un proyecto se limitan a oír a la ciudadanía y a responder fundadamente a sus observaciones en la resolución final.

2.4 La participación ciudadana en el discurso político-público

2.4.1 Gobierno ciudadano

Es importante revisar la recepción de la idea de la participación en el discurso político público chileno de los últimos años. Existe, por lo demás, un antecedente de relevancia que le otorga un cariz especial a la participación pública. La irrupción de la entonces candidata presidencial Michelle Bachelet introdujo en el debate el concepto de "gobierno ciudadano", y entre las cinco áreas temáticas de carácter prioritario identificadas en su programa de gobierno destacó la de "nuevo trato ciudadano". Allí se decía que

> la calidad de la democracia depende, en gran medida, de la relación comunicante entre ciudadanos e instituciones públicas. Una verdadera sociedad democrática es aquella en que todos y cada uno de sus ciudadanos poseen voz y capacidad de influir en los procesos de toma de decisiones. Implica, por una parte, contar con una sociedad civil capaz de canalizar adecuadamente las inquietudes y necesidades ciudadanas. Y, por otra, promover un tipo de Estado democrático que acoja adecuada y eficientemente esas necesidades en sus diseños de política pública".[26]

26 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet, 2006-2010.

Luego, el desafío que asumía la Presidenta de la República era el de impulsar "una sociedad civil vibrante, participante y empoderada, que interactúa con un Estado acogedor y receptivo a las ideas emanadas de la sociedad".[27] Su programa contemplaba propuestas específicas de participación en el área ambiental, muchas de las cuales fueron recogidas por el proyecto de ley que hoy se discute en el Congreso. Partiendo de la constatación de que los mecanismos de participación ciudadana en las decisiones ambientales eran insuficientes, se proponía impulsar medidas que la intensifiquen y la formalicen en instancias especiales de consulta: "Extenderemos el período de participación en el SEIA y le brindaremos asesoría a la comunidad para ello. De esta manera, la comunidad podrá conocer y opinar formalmente de las respuestas del titular a sus observaciones".[28]

De esta forma, la máxima autoridad del país, desde sus más tempranas intervenciones, dejó en claro su especial compromiso con la participación ciudadana. Seis meses después de asumido el cargo, la Presidenta presentó la "Agenda Pro Participación Ciudadana 2006-2010", que contiene un conjunto de iniciativas destinadas a promover la participación, el ejercicio de los derechos ciudadanos, el asociacionismo y el respeto de la diversidad.[29] En el sector ambiental, la ministra del ramo ha destacado en más de una oportunidad la relevancia de la participación ciudadana.[30]

2.4.2 Parlamentarios

No solo el Ejecutivo ha hecho uso del concepto de participación ciudadana en materia ambiental. Diversas iniciativas parlamentarias se propusieron mejorar esta dimensión de la participación, aunque, por falta de consenso o voluntad política, ninguno ha llegado a transformarse en ley de la República.

Una serie de proyectos de ley ha circulado en el Congreso en los últimos años, pero no pasaron a segundo trámite constitucional y fueron archivados,[31] probablemente porque para entonces ya se había presentado el proyecto de ley que modifica la institucionalidad ambiental.

El único proyecto de ley que, al menos formalmente, estaría en tramitación[32] es una moción parlamentaria presentada ante el Senado en noviembre de 2007 que tenía por objeto permitir la participación ciu-

27 Id.
28 Id.
29 Disponible en www.participemos.cl.
30 Fundación Terram, "Ministra Uriarte estudia ampliar la participación ciudadana", 9 de noviembre de 2007. *La Nación*, "Gobierno prepara creación de 108 mesas ambientales", 10 de diciembre de 2007. *El Mercurio*, "Éste nunca será un proyecto adecuado para los que no quieren una regulación ambiental", 14 de enero de 2008. *El Diario Financiero*, Ana Lya Uriarte, directora ejecutiva de la Conama: "Falta activar más la participación ciudadana", 7 de agosto de 2009.
31 Boletín 4775-12; Boletín 5132-12; Boletín 6095-12.
32 Boletín 5483-12.

dadana en los procesos de calificación de las declaraciones de impacto ambiental. La iniciativa consta de un artículo único que busca modificar el artículo 29 de la Ley 19.300. Una vez concluida la tramitación en el Senado, en agosto de 2008 el proyecto pasó a segundo trámite constitucional radicándose en la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, sin que hasta la feche dé cuenta de alguna evolución.

3. CASOS

Los casos que aquí presentamos, además de enfrentar los obstáculos de carácter institucional ya descritos, dan cuenta de aspectos muy concretos de la participación que igualmente terminan por incidir, negativa o positivamente, en el ejercicio del derecho a participar en los procesos de toma de decisiones. Se han escogido cinco entre los más connotados de los últimos años, y en esta oportunidad solo se destacan aspectos puntuales de cada uno de ellos. Los casos se han clasificado en tres tipos: ejemplos de uso de incentivos en los procesos de evaluación de impacto ambiental, de capacidad organizativa de las comunidades afectadas y de alta complejidad técnica de los EIA, en los que se incluye el tema de la legitimación activa.

3.1 El uso de incentivos en los procesos de evaluación de impacto ambiental

Cuando el titular de un proyecto o actividad cualquiera entrega incentivos a las comunidades afectadas –pagos en dinero o en especies–, desvirtúa los equilibrios y presupuestos que el legislador tuvo en mente para resguardar los intereses de los intervinientes. Aunque bajo distintas modalidades, en todos los casos el objetivo es el mismo: fraccionar a las comunidades, impedir que planteen observaciones o rechacen de plano el proyecto. Prácticas de esta naturaleza distorsionan el papel de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones, y contravienen los estándares internacionales en derechos humanos puesto que impiden o entorpecen la participación pública.

3.1.1 Caso Pascua Lama

El proyecto minero Pascua Lama se asienta en la provincia de Huasco, Región de Atacama, en la zona fronteriza con Argentina y a unos 150 km al sureste de la ciudad de Vallenar. El titular del proyecto, la Compañía Minera Nevada Ltda., filial de Barrick Gold Corporation, contempla la explotación de yacimientos de oro, plata y cobre, y su beneficio para producir metal doré (oro-plata). Se entiende que el asentamiento tendrá

veinte años de vida útil, y las reservas mineras ascienden a 328 millones de toneladas, de las cuales 17,4 millones corresponden a onzas de oro, 656 millones a onzas de plata y 250.000 toneladas a cobre. La inversión total se estima en US$ 2.700 millones.

El proyecto fue aprobado por la autoridad ambiental chilena en febrero de 2006, en un contexto de gran notoriedad por el amplio rechazo que manifestó parte de la opinión pública, alertada del impacto ambiental que supone esta explotación, en especial la remoción de tres glaciares.

Lo que interesa resaltar aquí es que, en junio de 2005, en pleno proceso de evaluación de impacto ambiental, se suscribió un protocolo entre la Compañía Minera Nevada Ltda. y el directorio de la Junta de Vigilancia de la Cuenca del Río Huasco y sus Afluentes, entidad que agrupa a más de dos mil regantes de la zona, que estaban entre los principales afectados con la ejecución del proyecto. Este protocolo era la expresión de un acuerdo sobre medidas de prevención, mitigación y compensación que el directorio de la Junta había planteado a la compañía, a propósito de los eventuales impactos de las operaciones mineras sobre las aguas del valle del Huasco.

Entre otros aspectos, la compañía se comprometía a ejecutar el proyecto sin afectar los derechos e intereses de los miembros de la Junta (cláusula primera); a evitar la acidificación de los recursos hídricos como consecuencia de la construcción, producción y cierre del proyecto (cláusula sexta); a suspender la ejecución si las aguas resultaban acidificadas (cláusula sexta); a construir un embalse en el sector alto del río del Carmen, aportando US$ 5 millones (cláusula séptima), y a entregar US$ 60 millones en veinte años –a razón de tres millones al año– a los miembros de la Junta para compensar los potenciales impactos y efectos adversos, directos e indirectos, de la ejecución del proyecto (cláusula octava). Por su parte, el directorio de la Junta de Vigilancia adquiría el compromiso de "no oponerse a la aprobación y posterior ejecución del Proyecto" (considerando 10°) y de elaborar los documentos de respuesta de todas y cada una de las observaciones planteadas por la autoridad (cláusulas segunda a quinta).

El problema es que el protocolo, además de desnaturalizar el proceso de evaluación, no representaba los intereses de todos los afectados, entre ellos las comunidades indígenas de la zona. Así, pues, en septiembre de 2005 la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, en representación de la comunidad huascoaltina, presentó un requerimiento ante la Dirección General de Aguas (DGA), solicitando un procedimiento administrativo que fiscalizara lo obrado por el directorio de la Junta de Vigilancia. La acción buscaba que se decretara la nulidad del protocolo, con el argumento de que estos últimos no tenían facultades para disponer de los derechos de propiedad de otros usuarios.

En abril de 2006, el Director General de Aguas dio respuesta al requerimiento, indicando que no podía iniciar un procedimiento ad-

ministrativo y menos invalidar el protocolo por tratarse de un documento privado, suscrito entre particulares. Sin embargo, estuvo por decretar su ilegalidad, porque quien debió haber aprobado el protocolo no era el directorio sino la asamblea general de la Junta de Vigilancia.[33] En mayo de 2006 la Clínica de Interés Público hizo llegar la resolución de la DGA, como un "se tenga presente", a la Dirección Ejecutiva de la Conama.

Agrava esta situación el hecho de que la Corema de Atacama tuvo en cuenta el protocolo como un antecedente relevante, según se desprende de la propia Resolución de Calificación Ambiental que terminó por autorizar el proyecto.[34]

3.1.2 Caso Celco-Mehuín

El "Proyecto Valdivia" de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A. (Celco) consistió en la construcción y operación de una planta industrial que produce 500 a 550 mil toneladas anuales de pulpa de celulosa, la que se destina principalmente a la producción de papeles. La planta se instaló en la comuna de San José de la Mariquina, en la ribera sur del río Cruces, a unos 45 km al norte de la ciudad de Valdivia y a 32 km aguas arriba del Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter. El proyecto, con una inversión del orden de US$ 1.000 millones, fue autorizado por la autoridad ambiental en octubre de 1998.

Dada la proximidad de la planta al río Cruces, se utilizó su cauce para abastecer de agua el proceso productivo y para el vertimiento de residuos. Pocos años después, la muerte de los cisnes en el Santuario Carlos Anwandter y otros conflictos ambientales asociados al funcionamiento de la planta llevaron a que, en junio de 2005, la Corema modificara la RCA que la había autorizado y exigiera a la empresa proponer y poner en operación una alternativa de descarga de sus residuos industriales líquidos. Esta modificación debía someterse a un nuevo EIA, y contaba con dos años de plazo.[35] La empresa pidió una prórroga y, en enero de 2007, la Corema se la concedió, ampliando por otros dos años el plazo para que Celco presente el EIA con la nueva alternativa de descarga.

En este escenario, Celco evaluó la posibilidad de descargar sus residuos químicos a través de un ducto de evacuación que llegara hasta el mar. El punto de descarga sería la pequeña localidad de Mehuín, caleta de pescadores y popular balneario al norte de Valdivia, habitado mayoritariamente por personas mapuche. Sin embargo, desde un comienzo los cerca de 1.500 habitantes de la caleta se resistieron a la instalación

33 Oficio Ordinario 327 del Director General de Aguas, 13 de abril de 2006.
34 "Modificaciones Proyecto Pascua Lama", www.seia.cl.
35 "Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Valdivia de Celulosa Arauco y Constitución S.A., segunda presentación, resumen ejecutivo", www.seia.cl.

del ducto, por la toxicidad de los residuos, oponiéndose incluso a la ejecución de estudios de factibilidad en la bahía.[36]

La empresa reaccionó ofreciendo incentivos económicos a aquellos pescadores que dejaran de oponerse a los estudios y a la eventual operación del ducto de descarga. La propuesta a cada pescador consistía en dos sueldos base durante diez años, además de $ 8 millones por efectuarse los estudios y construirse el ducto, es decir, unos $ 40 millones por pescador que suscribiese el acuerdo.[37] Según el reportaje citado de TVN, el ofrecimiento terminó por quebrar a la comunidad, que se dividió en dos bandos, generándose un clima de violencia y tensión entre ambos.

3.2 Capacidad organizativa de las comunidades afectadas

Los siguientes dos casos muestran cómo, pese a todos los obstáculos que entorpecen o impiden su participación, las comunidades son capaces de actuar en forma organizada y cohesionada para oponerse a la ejecución de un proyecto que daña sus intereses.

3.2.1 Planta de Metrogas en Peñalolén

Para hacer frente a las eventuales interrupciones del suministro de gas natural procedente de Argentina, a comienzos de 2007 la empresa Metrogas decidió instalar una planta de gas propano-aire en la comuna de Peñalolén, destinada a servir a la zona oriente de la Región Metropolitana. Metrogas había obtenido ya en 1996 los permisos para instalarse en un sector industrial especialmente habilitado en la comuna de Puente Alto, pero por razones económicas optó ahora por emplazar la planta en Peñalolén. Las construcciones se iniciaron en junio de 2007, en una zona de preservación ecológica.

Vecinos y autoridades (Municipalidad de Peñalolén y diputados de la zona) se organizaron para denunciar el significativo riesgo asociado a la ejecución del proyecto: a 250 metros de un sector residencial, donde habitan unas ochocientas familias, y sobre la falla geológica de San Ramón (lo que conlleva un riesgo tectónico), se instalaría una planta industrial que funcionaría con ocho estanques industriales de gas propano semienterrados, de cincuenta toneladas y con una capacidad de cien mil litros cada uno. La planta tendría una fuente de energía propia alimentada por dos estanques de diez mil litros de petróleo diésel cada uno. Otros riesgos asociados a la operación de la planta eran la tubería de alimentación, que atravesaría varios condominios residenciales y el

36 Pablo Camus y Ernst Hajek, "Celulosa Valdivia y Caleta Mehuín: ¿Macro o micro desarrollo?", en *Historia ambiental de Chile*, Santiago, Andros Impresores, 1998. Disponible en www.ecolyma.cl.
37 TVN, reportaje "Mississippi en pugna", *Noticiero 24 Horas*, 20 de abril de 2008. Disponible en YouTube.

Parque Ecológico Mahuida, y el flujo diario de camiones abastecedores de gas propano (con capacidad para transportar veintidós toneladas de gas), que entrarían a la planta y saldrían de ella por la única vía de acceso existente, que muestra una pendiente de treinta grados, sin contar con que en los meses de invierno hay niebla y hielo en el sector.

Destaca de este episodio el alto grado de coordinación que alcanzaron los vecinos directamente afectados y, lo que es más inusual, el apoyo que desde un comienzo les brindaron la Municipalidad y los parlamentarios del distrito[38] para impedir en conjunto la instalación de la planta en ese sector de la comuna. Para ello, vecinos y autoridades hicieron uso de todas las instancias judiciales y administrativas, además de organizar movilizaciones públicas de repudio y un eficiente sistema comunicacional, comandado por el sitio web Noalaplantadegas.org, donde se pueden encontrar todos los antecedentes y desarrollos del caso.

En cuanto a lo administrativo, se recurrió a la Contraloría General de la República para que dejara sin efecto la resolución en que la Corema aprobaba provisoriamente la construcción de la planta. La Contraloría revocó este permiso con el argumento de que el terreno era una zona de preservación ecológica,[39] pero la empresa presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, que terminó por autorizar la reanudación de las faenas.[40] El municipio apeló ante la Corte Suprema y ésta rechazó el recurso de protección presentado por la empresa esgrimiendo razones de forma al considerarlo extemporáneo, ya que antes de que ésta se pronunciara la Corema había emitido su RCA calificando favorablemente el proyecto.[41]

En vista de que la Corema había autorizado, en febrero de 2008, la construcción de la planta,[42] ahora el municipio presentó un recurso de protección en contra de la resolución que aprobaba el proyecto, el cual también fue desestimado por motivos de forma y no de fondo.[43]

En el proceso, los afectados fueron testigos de las presiones que ejerció el ministro del Interior para que se aprobara el proyecto[44] y de cómo el Ministerio de Vivienda modificó una ordenanza para añadir un inciso que regula el uso de suelo para "infraestructura energética", disponiéndose que este tipo de infraestructura estará siempre admitida en el área rural de los planes reguladores intercomunales o metropolitanos.[45]

38 *El Mercurio*, "Diputados piden invalidar el permiso a planta en Peñalolén", 19 de marzo de 2008.
39 Dictamen 37.731 de 2007.
40 *Estrategia*, "Corte de Apelaciones dio luz verde a planta de Metrogas en Peñalolén", 31 de diciembre de 2007.
41 Sentencia pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema el 14 de abril de 2008.
42 *La Nación*, "Corema aprueba planta de Metrogas en Peñalolén", 15 de febrero de 2008.
43 *La Nación*, "Peñalolén recurrirá a la Corte Suprema contra planta de Metrogas", 19 de junio de 2008.
44 *La Tercera*, "Pérez Yoma por planta de gas en Peñalolén: 'Es un mal necesario", 17 de abril de 2008.
45 Se trata del Decreto 8 de 2009, que modifica la Ordenanza General de la Ley General de Ur-

Comunicacionalmente, la campaña se ha coordinado a través del sitio Noalaplantadegas.org y de una sección del sitio del propio municipio destinada a la instalación de la planta.[46] En ambos medios se detallan antecedentes técnicos, se da cuenta de las acciones seguidas y se da voz a la opinión de los vecinos de Peñalolén. En el primero, por ejemplo, los vecinos calificaron como "vergonzoso" el proceder del Ministerio de Vivienda, que cambió la legislación mediante un decreto supremo: "Solo es una confirmación más del abuso de poder que efectuó el Estado en contra de los derechos ciudadanos y por sobre la ley imperante".

El propósito actual de los vecinos es llevar su caso a instancias internacionales, y ya en octubre de 2008 presentaron una denuncia en contra del Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.[47]

3.2.2 Termoeléctrica Los Robles

El 4 de diciembre de 2008, la Corema de la Región del Maule aprobó en forma unánime el proyecto de central termoeléctrica Los Robles, de la empresa AES Gener S.A., en el sector de Punta Pacoco, comuna de Constitución, y cerca del faro Carranza, uno de los más antiguos del país.[48] La central, con una inversión de US$ 1.300 millones y el uso de carbón como combustible, tendría una capacidad total de 750 MW brutos de potencia, los que proveerían de energía eléctrica al Sistema Interconectado Central (SIC). El carbón arribaría en barcos provenientes de Australia y pasaría en correas de transporte hasta la central, por lo que se contempla la construcción de un puerto con ese fin.

Un año antes ya había surgido un movimiento ciudadano que agrupaba a habitantes de Chanco, Constitución y otros sectores aledaños en su oposición al proyecto Los Robles. El Movimiento de Acción Ciudadana Pro Defensa de la Costa del Maule nació en forma espontánea y pronto levantó también un sitio web (www.losrobles-no.cl) que coordina y recopila información sobre sus actividades. Allí se lee, por ejemplo, que "La alta contaminación que producen las centrales a carbón ocasionará un gran daño al medio ambiente, que se traducirá específicamente en problemas para la salud humana, la pesca artesanal, el turismo, la producción agrícola, la biodiversidad de los humedales y reservas nacionales de la zona...".

Un hecho que levantó suspicacias en la comunidad fue la aprobación unánime de la Corema del Maule. "Los funcionarios públicos, que

banismo y Construcciones (Decreto 47 de 1992), agregando un inciso cuarto al artículo 2.1.29, que regula el uso de suelo para "infraestructura energética". Toda la información está disponible en www.noalaplantadegas.org.

46 Ver en www.penalolen.cl.

47 Noalaplantadegas.org, "Se inician las acciones legales internacionales en contra de la Planta Propano de Metrogas".

48 Ver RCA en www.seia.cl.

tienen la misión de hacer observaciones al proyecto, definitivamente votaron en bloque sin hacer las consideraciones que deberían haber hecho, como si viniera una orden de arriba. Eso es una vergüenza", dijo Fernando Salinas, ingeniero civil industrial y activo miembro de Acción Ciudadana Pro Defensa de la Costa del Maule.[49]

La organización ciudadana ha actuado en distintos frentes para expresar su oposición al proyecto. Ante la propia autoridad ambiental de la Región del Maule, en el proceso de evaluación del EIA, se cuestionó, entre otros aspectos, la falta de información por parte del titular, especialmente en lo referido al área de influencia del proyecto, que habría considerado solo el emplazamiento de la central y no el puerto ni otros puntos donde acontecerían los impactos ambientales.

También fue ante la Corema que se presentó un documento con trece mil firmas rechazando la construcción de la termoeléctrica.[50]

En el frente comunicacional, varios hechos dan cuenta del nivel de organización del movimiento ciudadano, pero el más llamativo, por su originalidad, fue la protesta con "el ataúd más grande del mundo", una estructura de fierro y madera de casi nueve metros de alto, con la inscripción: "Presidenta: Ud. decide a quién sepulta". El ataúd, instalado en la zona en agosto de 2008, y presentado a los récords Guinness para reforzar el elemento propagandístico, simbolizaba "el clamor de la ciudadanía, que se ha visto desigualmente enfrentada a una empresa transnacional que ha utilizado todo su poder económico para tratar de imponer un negocio que trae muchos más perjuicios que beneficios al país. Ante esta diferencia de poder, los ciudadanos han usado su imaginación y creatividad para hacer oír su voz".[51]

La comunidad ha declarado sus sentimientos de postergación e impotencia frente a redes de influencias que podrían beneficiar a la empresa: "Nos preocupa que existan Directores de AES Gener S.A., actualmente en ejercicio, que han sido Ministros de Economía de Chile y que hoy, paralelamente, ostentan cargos importantes en empresas estatales relacionadas con el transporte y la energía", señala en su sitio el movimiento, aludiendo al ex ministro de Economía y Energía (2001-2006) y de Minería (2001-2002) Jorge Rodríguez Grossi, miembro del directorio de AES Gener y de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE).

Destaca también el movimiento Maulinos por la Vida, integrado por un grupo de autoridades municipales de la comuna de Constitución que ha organizado eventos culturales y marchas en contra del proyecto.

Por último, los esfuerzos desplegados por los ciudadanos consiguieron el apoyo transversal de los cuatro senadores y los diez diputados

49 *La Nación*, "Maulinos amenazan traer ataúd gigante a La Moneda", 5 de diciembre de 2008.
50 Losrobles-no.cl, "Ataúd más grande del mundo se inaugura en Región del Maule en protesta por termoeléctrica Los Robles".
51 Id.

de la Región del Maule, quienes constituyeron el Frente Parlamentario de Defensa del Medio Ambiente de Nuestra Costa. El día de su constitución manifestaron que su objetivo principal era "desarrollar todo tipo de acciones destinadas a impedir la instalación de dicha central en nuestro litoral maulino", y cuestionaron el papel desempeñado por la Corema al no acoger las observaciones de especialistas, lugareños y entidades públicas y privadas en su resolución final.[52]

A instancia de los representantes de la Región, la Cámara de Diputados aprobó en forma unánime la creación de una comisión investigadora para determinar la seriedad y legalidad del proceso seguido por la Corema, comisión que se constituyó en la zona en junio de 2009.[53] También la Comisión de Medio Ambiente del Senado, en una determinación inédita, convocó a los integrantes de la Corema a una sesión para que fundamentasen su proceder.[54]

3.3 La complejidad técnica de los EIA y el tema de la legitimación activa

3.3.1 Proyecto HidroAysén

HidroAysén es un proyecto cuya administración pertenece a la sociedad conformada por Endesa Chile y Colbún S.A., que plantea la construcción de cinco centrales hidroeléctricas en la Región de Aysén, dos de las cuales involucrarían el río Baker y tres el río Pascua. La potencia total de las cinco centrales alcanzaría los 2.750 MW, que serían aportados al Sistema Interconectado Central (SIC). Se contempla, también, una serie de obras secundarias, entre las que destaca la línea de transmisión eléctrica más extensa del mundo –más de 2.300 km–, que conducirá la energía desde la región de Aysén hasta el SIC. La magnitud del proyecto –de US$ 3.200 millones– ha instalado en Chile un intenso debate relacionado con la necesidad de contar con una política energética sustentable y de largo aliento.

En este caso interesa analizar en particular dos fenómenos relacionados con la participación. En primer término, dada la complejidad técnica de la información que caracteriza a los EIA, en casos como éste resulta insuficiente el plazo de sesenta días concedido a la ciudadanía para que formule observaciones al proyecto, en especial cuando los documentos son de una extensión considerable (más de 10 mil páginas) y el grueso

52 Ver Senado.cl, sección galería de noticias. Los senadores son Hernán Larraín, Jaime Naranjo, Juan Antonio Coloma y Jaime Gazmuri, y los diputados, Guillermo Ceroni, Osvaldo Palma, Ignacio Urrutia, Pablo Lorenzini, Sergio Aguiló, Lily Pérez, Germán Verdugo, Roberto León, Jorge Tarud y Sergio Correa.
53 *El Centro*, "Parlamentarios: La termoeléctrica es una aberración", 2 de junio de 2009.
54 *El Amaule*, "Termoeléctrica Los Robles: En el Senado parlamentarios criticaron duramente el actuar de la COREMA del Maule", 6 de enero de 2009. www.elamaule.cl.

de las personas que se enfrentan a su contenido no son entendidos ni expertos en los temas que se tratan. Así, una vez que los titulares del proyecto presentaron el EIA, en agosto de 2008, uno de los principales cuestionamientos hechos por las organizaciones ciudadanas y las personas naturales directamente afectadas fue que era prácticamente imposible que en sesenta días pudieran revisar los detalles técnicos del estudio.[55]

Como la organización ciudadana estaba bien coordinada a través de la campaña "Patagonia Sin Represas", igualmente se logró reunir más de 11 mil observaciones ciudadanas (el mayor número de observaciones a un proyecto ingresado al SEIA), las que se presentaron a fines de noviembre de 2008 ante la Corema respectiva.[56] Además, un mes y medio antes, treinta y dos servicios públicos habían formulado 3.150 observaciones al proyecto,[57] lo que dio pie a que la ministra de Medio Ambiente declarara que el EIA de HidroAysén "no ha estado a la altura de la evaluación. La información entregada no resulta ser suficiente a la hora de hacer una evaluación ambiental de la magnitud del proyecto".[58]

A causa de lo anterior, en noviembre de 2008 los titulares del proyecto pidieron a la autoridad ambiental de Aysén que suspendiera su tramitación para responder en forma a las observaciones planteadas.[59] Según algunas versiones de prensa, el EIA que debía presentarse en agosto de 2009 tendría una extensión superior a las 10 mil páginas.[60]

El segundo fenómeno relacionado con la participación que se plantea aquí es que el debate ha trascendido los márgenes locales y se ha hecho nacional, e incluso internacional. El que la polémica acerca de la conveniencia o inconveniencia de las centrales haya dejado de circunscribirse a Aysén permite proponer la siguiente interrogante: ¿el derecho a participar que asiste a un aysenino lo tiene también quien habita en el otro extremo del país, o un extranjero que se manifiesta desde cualquier lugar del planeta? La legislación vigente no reconoce la participación igualitaria de todos estos actores; sin embargo, los cambios a la institucionalidad ambiental que propone el proyecto de ley, la característica de globalidad del medio ambiente, y la postura de amplia difusión que han adoptado los propios gestores del proyecto indican que la respuesta podría ser distinta.[61]

55 *El Mercurio*, "HidroAysén eleva inversión en centrales y destina US$ 150 millones para mitigaciones", 15 de agosto de 2008.
56 Patagoniasinrepresas.cl, "En Aysén presentan más de 11 mil observaciones ciudadanas a Estudio de Impacto Ambiental de HidroAysén".
57 Id.
58 *El Mercurio*, "Ministra Uriarte cuestiona las megarrepresas de HidroAysén", 10 de octubre de 2008.
59 *La Tercera*, "Hidroaysén suspende tramitación ambiental de mayor proyecto hidroeléctrico del país por nueve meses", 20 de noviembre de 2008.
60 *La Tercera*, "Estudio ambiental de Hidroaysén se encarecerá 70%", 8 de diciembre de 2008.
61 *La Tercera*, "Colbún: Desafío de Hidroaysén es entregar mayor información a la comunidad", 10 de agosto de 2009. "HidroAysén alista campaña para promover centrales en el sur", 12 de agosto de 2009.

Dentro del país, la principal estrategia de oposición al proyecto es Patagonia sin Represas, que agrupa a más de una treintena de organizaciones en la figura del Consejo de Defensa de la Patagonia Chilena. La campaña cuenta con un importante respaldo internacional, tanto de grupos ecologistas como de intelectuales y artistas, y de hecho se financia principalmente con aportes extranjeros.[62]

En agosto de 2006, *The New York Times* publicó una nota que describe el proyecto y se refiere a los grupos ambientalistas que trabajan para detenerlo con una campaña de alcance mundial. Cita a Glenn Switkes, coordinador para Latinoamérica de International Rivers Network, quien explica que ésta será "una larga batalla, en las trincheras, usando toda táctica legal y política posible".[63] En abril de 2008, el influyente diario neoyorquino tituló un editorial con el lema de la campaña ambientalista ("Patagonia Without Dams") y criticó abiertamente la construcción de represas que "irremediablemente dañarían uno de los lugares más salvajes y hermosos de la Tierra", puntualizando que "la mayor parte de la electricidad generada no iría al uso residencial, sino a la minería y a la industria". El editorial reconoce que "Chile necesita desesperadamente nuevas fuentes de energía", pero no cree que la solución sea destruir estos ríos y la vida que depende de ellos: "La construcción de grandes represas hidroeléctricas es una forma antigua de obtener energía", dice, y concluye sugiriendo que el gobierno chileno "haría bien en reconsiderar estos planes miopes, al igual que los dueños internacionales de los derechos de agua de estos ríos".[64] Días después, el mismo diario publicó una carta de Robert F. Kennedy Jr, una de las figuras más prominentes del movimiento contra las hidroeléctricas, en la que el abogado ambientalista decía haberse reunido con la Presidenta Bachelet para discutir el futuro energético de Chile, y que ella le habría manifestado su oposición a las grandes represas.

El proyecto también ha encontrado oposición en España, donde activistas de Greenpeace se colgaron de la fachada del edificio corporativo de Endesa y desplegaron una pancarta gigante con su protesta.[65] Televisión Española, por su parte, emitió un reportaje en el que se analizaban diversos aspectos del conflicto.[66]

La presentación de estos casos pone sobre la mesa aspectos de la participación que la institucionalidad vigente no ha sido capaz de enfrentar en términos adecuados. La evidencia indica que el uso de incentivos durante los procesos de evaluación, así como la participación

62 *La Nación*, "La billetera de los verdes", 28 de octubre de 2007.
63 *The New York Times*, "Debating the Course of Chile's Rivers", 6 de agosto de 2006.
64 *The New York Times*, "Patagonia Without Dams", 1 de abril de 2008.
65 *El País*, "Activistas de Greenpeace se cuelgan de la fachada de Endesa en Madrid", 21 de julio de 2008.
66 "Chile: ríos de vida, ríos vendidos", reportaje de *En Portada*, TVE, 24 de febrero de 2008. Disponible en www.rtve.es.

ciudadana organizada y globalizada en el mismo contexto, constituyen hechos que la autoridad no debe pasar por alto al momento de diseñar planes, programas y regulaciones de carácter ambiental, puesto que de una u otra manera repercuten en la calidad de los procesos decisorios y de las decisiones finales.

4. SEGUIMIENTO DE LOS CASOS ABORDADOS EN EL INFORME 2008

4.1 La comunidad mapuche-huilliche Pepiukëlen de Pargua

Uno de los casos expuestos en el capítulo de medio ambiente del *Informe 2008* fue el de la comunidad Pepiukëlen de Pargua Alto, en la Región de Los Lagos, en relación con el impacto que ha tenido la instalación de diversas actividades industriales aledañas a comunidades indígenas del sur del país.

Desde 2001 la comunidad Pepiukëlen se ha venido oponiendo a la instalación de industrias pesqueras en sectores contiguos a sus viviendas. Primero la empresa Long Beach S.A. había obtenido la autorización ambiental para instalar una planta elaboradora de harina y aceite de pescado, pero luego desistió de instalarse en la zona. En marzo de 2006, la Corema aprobó otro proyecto en el mismo lugar, el de la empresa pesquera Los Fiordos Ltda., que fue evaluado con una simple DIA cuando legalmente debió haberse presentado como EIA,[67] lo que suscitó cuestionamientos de la comunidad en torno a la ilegalidad del proceso de evaluación.

Obtenida la autorización ambiental, la empresa construyó una planta de harina de pescado y de alimentos para pescado a escasos treinta metros de algunas viviendas de la comunidad de Pargua Alto. La sola instalación de la planta produjo impactos negativos en la comunidad, la que, además de ver alterado su sistema de vida y su entorno (se pretendió levantar un muro divisorio de tres metros de altura entre los dos predios), alegó la vulneración de su derecho a la vida y a la salud, e incluso de su derecho a la privacidad, ya que la empresa instaló cámaras de seguridad dirigidas hacia sus viviendas.

Desde la entrada en operación de la planta, además, se han vivido diversos episodios de contaminación en el río aledaño a su propiedad, en el que la empresa vierte sus residuos. Los afectados dicen haber visto las aguas de color rojo y con desechos de pescado, lo que les ha impedido utilizarlas para sus usos habituales, tanto de consumo personal como para el desarrollo de la ganadería. Han acudido en reiteradas oportunidades a la autoridad ambiental para denunciar los hechos con fotografías y muestras tomadas del río, pero dicen no haber obtenido

67 Porque presenta, al menos, el efecto de alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos.

respuesta, pues la autoridad se ha limitado a señalar que no hay contaminación en el afluente.

Tras infructuosos intentos por frenar esta situación recurriendo a los tribunales nacionales, y viendo agotadas las vías internas para resolver este conflicto, a comienzos de 2007 la comunidad presentó una denuncia contra el Estado de Chile ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El werkén de la comunidad, Francisco Vera Millaquén, relata: "Nosotros hemos tenido visitas por parte de la Conadi y, en julio, de un grupo de fiscalización de la Corema, donde andaban alrededor de seis personas. Lamentablemente para nosotros todo esto queda en la nada, porque no tenemos nunca una respuesta concreta acerca de qué es lo que pasa, de qué son las sustancias que están emanando de esta empresa. Nosotros tenemos la plena convicción de que sí son dañinas, no solamente para el medio ambiente, sino también para la salud humana. Pero hasta ahora no hemos tenido ningún pronunciamiento de la autoridad, ni de la autoridad de salud, ni del Ministerio de Agricultura a través del SAG, que han venido en reiteradas ocasiones".[68]

En cuanto a la denuncia interpuesta ante la CIDH, dicen no tener noticia desde hace más de un año del abogado que los estaba asesorando en la tramitación de esa acción, pese a haber intentado contactarlo en varias oportunidades, y tampoco de la evolución de dicha denuncia: "Los últimos antecedentes que tuvimos de esa demanda fue en octubre de 2007. Nosotros la presentamos el 6 de febrero, fue acogida a trámite, y pedimos medidas cautelares, pero nunca se pronunció la Comisión sobre esas medidas cautelares. En marzo nos pidieron que actualizáramos la información y que la complementáramos; luego, en agosto de ese año, la Comisión le pidió al gobierno chileno que respondiera la demanda, y el 5 de octubre la Comisión nos envió el informe de Chile para que nosotros le hiciéramos las observaciones correspondientes. Las respondimos el 29 de octubre y las enviamos, y de ahí no hemos vuelto a saber nada. Hemos mandado cartas a la Comisión, al relator, pero no hemos obtenido más respuesta...".[69]

Por lo demás, en febrero de 2009 se aprobó un nuevo proyecto industrial cercano a esta zona. Sergio Caro Collao, presidente del Comité de Agua Potable de la comunidad de vecinos de Pureo, afirma que "en un proceso que es vergonzoso para los habitantes de Pureo, se ha aprobado una planta de combustible de la empresa Copec y otras más, que la Corema de la Región de Los Lagos había rechazado".[70] Se trata de la planta de almacenamiento de combustibles Pureo, cuyo EIA fue presentado

68 Entrevistas en terreno, 31 de julio a 2 de agosto de 2009.
69 Id.
70 Id.

por Copec el 2 de agosto de 2007 y que aparece como rechazado en la página web del SEIA. Sin embargo, al ingresar al expediente electrónico del proyecto se puede constatar que, tal como señala Caro Collao, a través de un recurso de reclamación interpuesto por la empresa el 23 de julio de 2008 ante la Dirección Ejecutiva de la Conama, se logró que el Consejo Directivo de este organismo aprobara la planta de almacenamiento de combustibles,[71] pese al rechazo de la autoridad regional y de la oposición de la comunidad aledaña.

4.2 Indemnización a vecinos de Rinconada de Maipú

El *Informe 2008* daba cuenta de la situación de los vecinos de Rinconada de Maipú, un sector rural de la comuna del mismo nombre, donde se ubican un relleno sanitario, dos plantas de tratamiento de aguas servidas, empresas extractoras de áridos y descargas clandestinas de todo tipo de residuos.

Buscando reparación por perjuicios a causa de los malos olores que comenzaron a emanar al poco tiempo de inaugurada la planta de tratamiento de aguas servidas La Farfana, de propiedad de Aguas Andinas, 497 vecinos demandaron a la empresa a fines de 2004. Después de un largo proceso, en 2009 el 18° Juzgado Civil de Santiago acogió los planteamientos de los demandantes y obligó a Aguas Andinas a indemnizarlos por un total de 2.500 millones de pesos (cinco millones por afectado), por concepto de daño ambiental.[72] Tanto los afectados como la empresa apelaron la sentencia.[73]

5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

Del estudio de la legislación ambiental vigente se ha podido constatar que desde 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 19.300, hasta hoy la recepción efectiva de la participación ciudadana en materia ambiental se encuentra muy por debajo de los estándares internacionales.

Pese a que el Estado de Chile tiene en sus manos la posibilidad de revertir esta situación –con el proyecto de reforma a la institucionalidad ambiental más ambicioso desde 1994–, los hechos parecen indicar que, más allá de algunos ajustes y correcciones, la participación ciudadana en esta materia tendrá que seguir esperando para alcanzar los estándares que hoy ostentan varios países del mundo.

71 Mediante Resolución Exenta 679 del 2 de febrero de 2009.
72 *La Tercera*, "Empresa sanitaria deberá pagar $2.500 millones de indemnización por caso La Farfana", 5 de mayo de 2009.
73 Emol, "Vecinos de planta La Farfana insistirán en pedir $10 millones para cada afectado", 5 de mayo de 2009.

En consecuencia, se puede sostener que el estado actual de la participación ciudadana en materia ambiental en Chile es deficitario. Esta falencia torna improbable una reducción de los niveles de conflictividad ambiental en el corto y mediano plazo, y permite pronosticar que los conflictos ambientales y los cuestionamientos a la autoridad política y administrativa proliferarán entre la ciudadanía en general, alcanzando cada vez mayor complejidad.

En vista de lo anterior, se proponen a las autoridades las siguientes recomendaciones en materia de participación ambiental:

1. Conferir espacios efectivos (no discrecionales) de participación a lo largo de todos los procesos de evaluación de proyectos que ingresan al SEIA, posibilitando que las comunidades afectadas puedan ejercer una influencia vinculante en la decisión final.
2. Conferir espacios participativos efectivos en la elaboración de planes, programas, políticas y regulaciones de carácter ambiental, o de carácter sectorial con relevancia ambiental.
3. Establecer mecanismos que impidan que los incentivos económicos durante los procesos de evaluación desnaturalicen el papel que cumple la ciudadanía en la toma de decisiones.
4. Instar al Poder Judicial a ejercer un mayor control de las decisiones de la Administración en el ejercicio del recurso de reclamación contemplado en la Ley 19.300.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA

SÍNTESIS

Este capítulo presenta una investigación inédita en Chile que aborda el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, pero no ya en materia laboral sino sus derechos en tanto ciudadanos, como la libertad de expresión, la no discriminación o el resguardo de la vida privada. El estudio examina los reglamentos internos y códigos de ética de muchas compañías que buscan imponer una cierta cultura o ciertos valores empresariales, todo lo cual tensiona el ambiente y restringe los derechos fundamentales de las personas, llegando a extremos de regulación de la vida privada y de exigencias indebidas de lealtad a la empresa.

El capítulo realiza asimismo un seguimiento del estado del derecho a huelga en Chile, constatando que no ha habido progresos respecto de la compleja realidad descrita en el *Informe 2008*. Se concluye con recomendaciones para adecuar la legislación chilena a los estándares y directrices internacionales, y para lograr mayores índices de control respecto de las afectaciones indebidas que las personas sufren en sus lugares de trabajo.

Palabras clave: Derecho a huelga, vida privada, libertad de expresión, derecho a la identidad, OIT.

INTRODUCCIÓN

En el *Informe 2008* se abordó, por primera vez en Chile, el contexto normativo y fáctico que enfrenta en nuestro país ese derecho fundamental de los trabajadores que es la huelga. En la primera parte de este capítulo realizamos un seguimiento del ejercicio de este derecho básico de la libertad sindical para constatar si ha habido progresos o si se mantiene la compleja realidad descrita entonces.

En la segunda parte nuevamente se presenta una investigación inédita, que aborda el ejercicio de aquellos derechos que derivan ya no de la

condición de trabajador sino de la de ciudadano, tales como la libertad de expresión, la no discriminación o la intimidad de la vida privada, en el contexto del trabajo. Para ello el estudio se concentra en los reglamentos internos de orden, higiene y seguridad que las empresas adoptan e imponen a sus trabajadores.

Surge la idea de "ciudadanía en la empresa" y la atención se enfoca en las restricciones que la normativa interna de las compañías impone a los derechos fundamentales no laborales de las personas. Se demuestra que, a pesar de la legislación y de las directrices de los entes reguladores, existen graves vulneraciones a estos derechos de las personas en sus lugares de trabajo, y que la fiscalización de la Dirección del Trabajo en numerosas ocasiones brilla por su ausencia.

Es lo que ocurre cuando una empresa decide regular el matrimonio de sus trabajadores, o entrometerse en su vida económica y comercial, o pretende regular sin razones técnicas que lo justifiquen la apariencia de sus empleados prohibiéndoles el uso de aros o *piercings*, pelo largo, etc. En buena parte de los reglamentos internos revisados se exige asimismo un incondicionado "deber de lealtad", sin señalar en qué consiste precisamente o sin someterlo a alguna limitación vinculada a la prestación de servicios contratada por las partes.

1. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL: ESTADO DE LA SITUACIÓN

Tal como expusimos en el *Informe 2008*, nuestro país se caracteriza por tener una legislación en extremo restrictiva del derecho de huelga, cuestión que ha sido reiteradamente planteada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT),[1] cuya Comisión de Expertos ha sostenido el concepto de huelga como un derecho fundamental amplio:

> La Comisión estima que las organizaciones sindicales encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones políticas, económicas y sociales que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal.[2]

1 Ver *Informe 2008*, pp. 142-143 y 151-155.
2 "Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al Gobierno de Chile", Convenio 87, anexo IV, 2002. La Comisión de Expertos es un

A partir de ese estándar es que el *Informe 2008* calificó la situación de nuestro país como altamente restrictiva y poco coincidente con el derecho internacional vigente en la materia. No se han presentado variaciones en el período en análisis, pues, a pesar de una significativa presión social, especialmente de las organizaciones de trabajadores,[3] por realizar una reforma al procedimiento de negociación colectiva en Chile, la cual fue anunciada por la Presidenta en su discurso del 21 de mayo de 2008, esa reforma no se ha llevado a efecto.

El 21 de mayo de 2009 la ministra del Trabajo, Claudia Serrano, manifestó que mantenía la "confianza en que los temas de negociación colectiva siguen siendo parte de los intereses y las prioridades gubernamentales, *pero no son prioridades inminentes*".[4] Días antes, refiriéndose al tercer plan económico del año lanzado por la Presidenta, la prensa informaba que "para evitar un foco innecesario de conflictos, en el Gobierno resolvieron excluir de los anuncios de hoy algún proyecto que modifique los términos de la negociación colectiva en Chile".[5]

No ha estado dentro de los planes de los gobiernos de la Concertación modificar la legislación existente en la materia, a pesar de las reiteradas impugnaciones internacionales de que ha sido objeto, como se dio cuenta en el *Informe 2008*, y a pesar del constante llamado de los grupos sociales en igual sentido. El presidente de la Central Unitaria de Trabajadores dijo en mayo:

> Chile no puede después de la crisis seguir igual, con ausencia de negociación colectiva, sin libertad sindical, sin derechos de los trabajadores, con tanto empleo precario. Ésos son los temas del mundo social y no solamente bonos.[6]

> Exigimos derecho a huelga sin descuelgue y sin reemplazo, queremos que se elimine el artículo 161 que permite el despido por necesidades de la empresa. De lo que se trata es de dejar atrás el plan laboral de Pinochet, de la dictadura, de José Piñera.[7]

órgano de control de la OIT cuya función es evaluar, a partir de los informes enviados por los países miembros, el grado de cumplimiento de los convenios de la OIT.

3 La Central Unitaria de Trabajadores, la organización sindical más grande del país, inició en 2009 su "Campaña Nacional por más libertad sindical y negociación colectiva", con la adhesión, entre otros, de la Asociación Nacional de Empleadores Fiscales (ANEF) y del Colegio de Profesores. Ver www.cutchile.cl.

4 LaNación.cl, "CUT echó de menos anuncios sobre negociación colectiva", 21 de mayo de 2009, el destacado es nuestro.

5 *El Mercurio*, "Gobierno une a la CUT y la CPC para dar un sello de dialogo social a proyectos laborales", 6 de mayo de 2009.

6 Cooperativa.cl, "El discurso de Bachelet decepcionó a la CUT", 21 de mayo de 2009.

7 *La Nación*, "CUT apuesta a cambiar las 'reglas del juego' después de la crisis", 2 de mayo de 2009.

En este año de crisis económica, el Movimiento de los Pueblos y Trabajadores de La Serena y Coquimbo expresó su solidaridad con la huelga emprendida por los trabajadores de la minera Tambillos en los siguientes términos: "2. Reivindicamos el derecho a la huelga, a manifestarse ante la injusta política económica de la Concertación y de la derecha patronal, que hace recaer todo el peso de la crisis económica a los trabajadores y sus familias; los que no comparten las ganancias quieren hacernos creer que debemos compartir la crisis que ellos mismos generaron".[8]

En marzo, Cristián Cuevas, presidente de la Confederación de Contratistas del Cobre, reiteró la urgencia de discutir una propuesta:

> Esperamos que se envíe un buen proyecto de negociación colectiva que incluya poner fin al reemplazo en la huelga y realmente ejercer nuestro derecho a la negociación colectiva efectiva, (...) Hay un compromiso por parte de la Presidenta, no hay justificación para que en tiempos de crisis no debatamos un proyecto que proteja a las mayorías de los trabajadores del país y que efectivamente se ejerza el derecho a la libertad sindical en Chile.[9]

Las declaraciones anteriores dan cuenta de una realidad que no se ajusta a los estándares internacionales en materia de huelga, y que Chile debiera considerar no solo por su compromiso con los derechos humanos, sino porque se trata de normas básicas sobre negociación colectiva y derecho de huelga en países desarrollados.

1.1 El reemplazo de trabajadores en huelga

En Chile no solo el marco legal es restrictivo con el ejercicio del derecho fundamental de huelga, sino que además diversos órganos del Estado, especialmente la Corte Suprema, han "estrangulado" este derecho, como ya advertimos en el *Informe 2008*.

Esa hostilidad institucional se mantuvo durante el año 2009. En el caso de la Corte Suprema, su jurisprudencia reiterada en materia de reemplazo de trabajadores en huelga no ha variado en el último año. El máximo tribunal del país sigue considerando que el Código del Trabajo prohíbe la contratación de nuevos trabajadores, pero no la sustitución por trabajadores de la misma empresa, de modo que autoriza el reemplazo de los huelguistas por empleados de la misma firma. Ello lesiona el derecho de huelga y contradice tanto el texto como el espíritu de la norma. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado:

8 *El Observatodo*, "El MPT solidariza con la huelga emprendida por los trabajadores Minera Tambilos", 14 de mayo de 2009.
9 Radio U. de Chile, "Gobierno mantiene en suspenso envío de proyecto de negociación colectiva", 26 de marzo de 2009.

> El artículo 381 del Código del Trabajo establece una prohibición al empleador, consistente en no reemplazar a los trabajadores que participan de la huelga, salvo las excepciones legales contenidas en la misma norma.
> Cabe precisar que a lo que ha querido referirse el legislador es a la contratación de nuevos trabajadores, situación conceptualmente distinta al reemplazo, pues la contratación es indicativa de la celebración de una convención, en cambio, el reemplazo, en su sentido natural y obvio significa sustitución, es decir, cambiar un trabajador por otro.[10]

> El razonamiento realizado anteriormente tiene fundamento en la interpretación restrictiva que a la norma debe dársele, no aplicando su contenido a más casos a los cuales el legislador ha querido regular, ello porque el artículo 19 N°16 de la Constitución Política de la República señala que no podrán declararse en huelga los trabajadores que laboren en empresas cuya paralización produzca grave daño a la economía del país. Consecuentemente, lo que prohíbe la norma es la utilización de personal ajeno a la empresa, la contratación de nuevos trabajadores, por lo tanto, habiéndose establecido en autos que los trabajadores que reemplazaron a los huelguistas eran dependientes de la misma empresa, no se configura el supuesto de hecho que establece la norma prohibitiva.[11]

La interpretación de la Corte Suprema ha sido acogida por las Cortes de Apelaciones del país, que han entendido de igual forma que la prohibición de reemplazo de trabajadores a que alude el artículo 381 del Código del Trabajo alude a la contratación de nuevos trabajadores, pero no a la sustitución interna:

> La prohibición que afecta al empleador en orden a reemplazar a los trabajadores que se encuentran haciendo uso del derecho a la huelga constituye la regla general. El reemplazo constituye la excepción, quedando supeditado al cumplimiento por parte del empleador de las exigencias contenidas en el artículo 381 del Código del Trabajo. Debe distinguirse reemplazar de contratar. En efecto, "reemplazar" significa sustitución, cambiar uno por otro, mientras que "contratación" indica la celebración de una convención. De esta forma, el reemplazo prohibido está delimitado dentro del contexto de la normati-

10 Corte Suprema, Rol 345-2008, sentencia del 14 de abril de 2008.
11 Corte Suprema, Rol 995-2008, sentencia del 15 de mayo de 2008.

> va en que se contiene, es decir, a propósito de una instancia no deseada, atendidas las perniciosas consecuencias que trae consigo, por lo que debe entenderse que lo que la ley impide, salvo en ocasiones excepcionales que ella misma regula, es la contratación de nuevos trabajadores para desempeñar las funciones de aquellos que han declarado la huelga, es decir, de personal ajeno a la empresa. En consecuencia, si la empresa sustituye trabajadores en huelga por otros dependientes de la misma empresa, no se ha contravenido el artículo 381 del Código del Trabajo y, por tanto, no corresponde calificar como práctica desleal dicho proceder.[12]

Esta interpretación desconoce el carácter de derecho fundamental de la huelga, y en vez de someter a una interpretación restrictiva sus excepciones –como es el mecanismo del reemplazo de trabajadores–, las amplía y maximiza.

Sin embargo, la vulneración del derecho de huelga mediante la figura del reemplazo de trabajadores no es un tema únicamente ligado a los tribunales de justicia; también la administración pública ha lesionado este derecho, como se pudo apreciar a raíz de la huelga de Express, empresa privada operadora del Transantiago, que se llevó a efecto a principios de 2009: "Dirigentes de los sindicatos que agrupan a 1.800 de los 3.000 trabajadores del troncal 4 de Express (...) informaron a la Dirección del Trabajo que las empresas "Alsacia, SuBus, Nuevo Milenio, Metropolitana y micros enchuladas estaban apoyando" a Express con máquinas y personal, cifrando en 968 el número de trabajadores reemplazados, y pidieron la fiscalización en seis terminales".[13]

Ni la empresa ni las autoridades de transportes ocultaron esta situación, que se ha repetido en otras movilizaciones del sector, porque, según explicaron a los huelguistas en la Seremi de Transportes, las bases de licitación permiten esta fórmula, diseñada entre otras cosas para evitar que se interrumpa un servicio básico. Por su parte, los dirigentes Ovidio Soto y Salustio Bustamante sostuvieron que la colaboración de otras empresas del sistema no es otra cosa que "una colusión para perjudicar el efectivo derecho a ejercer una huelga".[14]

1.2 La huelga y la ley de seguridad del Estado

En 2009, por primera vez desde el regreso a la democracia, el Gobierno presentó una querella por vulneración de la Ley 12.597 con el objeto de identificar y castigar a los promotores de una huelga.

12 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 26-2008, sentencia del 20 de enero de 2009.
13 *La Nación*, "Reemplazan choferes y buses en huelga de Express", 22 de abril de 2009.
14 Id.

El ministro del Interior presentó el requerimiento judicial el 19 de mayo, en el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, contra quienes resultaren responsables de infringir el artículo 11 de la ley de seguridad del Estado, a raíz de la huelga que mantenían unos 13.000 funcionarios de Gendarmería.

"La tolerancia del Gobierno se acabó", dijo en la ocasión el subsecretario del Interior, Patricio Rosende, añadiendo que los huelguistas estaban impidiendo el traslado de los reos y que se habían tomado carreteras en algunas ciudades del país, "pese a que ejercen una función pública que debe cumplirse las 24 horas del día; ellos saben cuáles son los principios y cuáles son las normas que rigen a la institución".[15]

La presentación de la querella constituye un hito, pues esta ley no se aplicaba a manifestaciones de trabajadores desde la época de la dictadura, más precisamente desde 1987, cuando, conociendo de un recurso de queja, la Corte Suprema decidió revocar el fallo y condenar a los sindicalistas Manuel Bustos y Arturo Martínez por el llamado al paro nacional de octubre que hizo la CUT. Nury Benítez, vicepresidenta de la ANEF, declaró al respecto: "No es posible que en plena democracia el Gobierno esté usando la misma ley que aplicó la dictadura. Los gendarmes tienen derecho a movilizarse para expresar sus legítimas demandas, las que no han sido satisfechas".[16]

Cabe recordar que el artículo 11 de la ley de seguridad del Estado ha sido impugnado por la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo, que ha señalado que:

> únicamente debería ser posible imponer sanciones por acciones de huelga en los casos en los que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de la libertad sindical. Ahora bien, incluso en tales casos, tanto la jurisdiccionalización excesiva de las cuestiones relacionadas con las relaciones laborales como la aplicación de graves sanciones por acciones de huelga pueden provocar más problemas que los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones laborales armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas deberían justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular.[17] En consecuencia, la Comisión pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para

15 *La Nación*, "Gobierno se querelló por Ley de Seguridad contra gendarmes", 20 de mayo de 2009.
16 Id. En años anteriores ya habíamos advertido sobre las preocupantes condiciones laborales de los funcionarios de Gendarmería, y sobre los riesgos de una potencial paralización. Ver *Informe 2006*, pp. 124-158.
17 Ver OIT, *Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva*, 1994, párr. 177.

> que dicha disposición sea derogada a fin de poner la legislación en conformidad con las disposiciones del Convenio y que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada al respecto.[18]

1.3 La Contraloría General de la República y los servicios esenciales

El 21 de agosto de 2007, la Contraloría declaró no ajustada a derecho la resolución 35.06 de los Ministerios del Trabajo, Economía y Defensa que, buscando ampliar el derecho de huelga, sacó a los trabajadores de las empresas sanitarias de la lista de quienes tienen prohibido hacer huelgas, de acuerdo con el artículo 384 del Código del Trabajo.[19]

En noviembre de 2008, la Contraloría nuevamente se refiere a la restricción del derecho de huelga de los trabajadores de empresas sanitarias, motivada por una presentación de varios ministros y sindicatos que solicitaban la reconsideración del dictamen de 2007, en el cual se concluyó que las concesionarias de servicios sanitarios debían ser incluidas dentro de las entidades cuyos trabajadores no pueden declararse en huelga.[20] El nuevo dictamen ratifica en todas sus partes el de 2007. En él la Contraloría señala que "tratándose de la situación prevista en la mencionada letra a), los ministros aludidos luego de constatar la existencia de una empresa que presta servicios de utilidad pública –naturaleza que indiscutiblemente revisten las concesionarias de servicios sanitarios, de acuerdo con la ley y, también, por la propia naturaleza de estos últimos servicios– carece de atribuciones para efectuar otras ponderaciones y debe necesariamente incluirla en la resolución respectiva".[21] Para descartar las exigencias de la OIT en la materia, el dictamen de 2008 afirma que

> respecto de las orientaciones emanadas de la Organización Internacional del Trabajo y lo acordado en los convenios internacionales que aducen los peticionarios, en orden a que al tenor de esos documentos los Estados deben garantizar el derecho a huelga ejercido de conformidad con su legislación interna y las limitaciones a ese derecho deben ser excepcionales e interpretarse restrictivamente, cabe manifestar que tales antecedentes son los mismos que invocaron los ministerios señalados al in-

18 Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la OIT, "Observaciones individuales a Chile sobre Convenio 87 de Libertad Sindical", 2007.
19 Contraloría General de la República, Dictamen 37.849 de 2007, 21 de agosto de 2007.
20 Los ministros de Economía, Trabajo y Defensa, la Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias, el Sindicato de Trabajadores N° 1 de Esval S.A., los trabajadores de Aguas Antofagasta II Región, diversos sindicatos de Aguas Andinas S.A. y Aguas Cordillera S.A., el Sindicato de Trabajadores Emssat S.A., el Sindicato de Profesionales Sanitarios y de Técnicos y Profesionales de Essal S.A., el Sindicato de Profesionales y Técnicos de Aguas del Altiplano y el Sindicato de Profesionales y de Trabajadores de Aguas del Valle S.A.
21 Dictamen 53.479, 13 de noviembre de 2008.

> formar la presentación que dio origen al dictamen recurrido, debiendo reiterarse que ese criterio restrictivo no puede modificar el claro sentido de la precitada norma del artículo 19, N° 16, de la Carta Fundamental en lo referente a los servicios de utilidad pública, sin perjuicio de añadir que, en relación con esta materia, también debe tenerse en cuenta que el Comité de Libertad Sindical de esa Organización ha considerado como servicios esenciales, donde el derecho a huelga puede ser objeto de importantes restricciones e incluso de prohibición, entre otros, de los servicios de abastecimiento de agua potable, que son precisamente los que prestan las empresas sanitarias.[22]

La doctrina de la OIT efectivamente considera lo que se denomina servicios esenciales, pero, a diferencia de lo que sostiene la Contraloría General de la Republica, exige que dicho concepto se considere en un sentido restrictivo: por tratarse de un derecho fundamental de la libertad sindical, la huelga solo puede estar excepcionalmente restringida, sostiene el organismo internacional, y por eso ha acuñado la expresión "servicios esenciales en el sentido estricto del término", que han de entenderse como "servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población".[23] Y precisamente por lo mismo, la Comisión de Expertos de la OIT le ha recordado al Estado chileno que

> la legislación puede establecer que el derecho a huelga esté prohibido y que deba recurrirse al arbitraje obligatorio en los siguientes casos: 1) en aquellas empresas o instituciones que presten servicios esenciales, en el sentido estricto del término, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y 2) respecto de los funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado. En ese sentido, la Comisión observa que la legislación vigente es sumamente amplia, ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicios esenciales.[24]

Asimismo, en un dictamen de 2009, la Contraloría señaló que las empresas que atiendan servicios de utilidad pública, por el solo hecho de

22 Id.
23 OIT, Comisión de Expertos, 1983, párr. 214. Se abandona así la idea inicial de "identificar servicios esenciales con sector público y también superada la idea del mero perjuicio público por su vaguedad", Óscar Ermida, *Apuntes sobre la huelga,* Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 161.
24 "Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al Gobierno de Chile", Convenio 87, párr. 2, anexo IV, 2002.

encontrarse en esa situación, deben ser incluidas en el listado que contiene la Resolución Exenta 30/2007, conjunta de los ministros del Trabajo, Defensa y Economía, dictada conforme al artículo 384 del Código del Trabajo, como ocurre con las empresas eléctricas de Casablanca S.A., de Talca S.A., de Colina Ltda., de Puente Alto Ltda., Municipal de Til-Til, Compañía Eléctrica de Osorno S.A., Luz Andes Ltda., CGE Transmisión S.A., Transemel S.A. y Sistema de Transmisión del Sur S.A., en base a idénticos argumentos esgrimidos en los dos citados dictámenes[25].

De este modo, la Contraloría ha aumentado el número de empresas que no puede declarar la huelga, haciendo caso omiso de las exigencias de la OIT y descartando en la práctica que se trate de un derecho fundamental que requiera una interpretación especialmente cuidadosa de los órganos del Estado.

En ese sentido, se mantiene en Chile un contexto altamente restrictivo para el ejercicio de la huelga como derecho fundamental, proveniente tanto de las normas legales como de ciertos órganos públicos. También es llamativa la actitud del Gobierno, que lejos de intentar modificar esta situación ha tendido a agravarla con el ejercicio de acciones criminales en contra de trabajadores públicos, como el caso de Gendarmería; acciones fundadas en normas que han sido especialmente impugnadas por los organismos internacionales, como es la ley de seguridad del Estado.

1.4 Proliferación de la ilegalidad

El contexto restrictivo para el ejercicio del derecho de huelga explica que Chile sea uno de los pocos países del mundo donde las huelgas ilegales equiparan en número a las legales. En 2008 se efectuaron 159 huelgas legales y 158 huelgas al margen de los requisitos exigidos por la ley para el ejercicio de ese derecho laboral.[26]

Si la ley chilena considera ilegales casi todas las manifestaciones de huelga que en el contexto comparado son legítimas, no debe sorprendernos que la mitad de ellas no cumpla con los exigentes estándares vigentes en Chile. De este modo, manifestaciones absolutamente legítimas del derecho a huelga son ilegales en Chile. En ese sentido, cabe recordar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que:

> • La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del Gobierno, y su prohibición, constituyen una grave violación de la libertad sindical (OIT, 1996, párrafo 493).

25 Contraloría General de la República, Dictamen 11.512, 5 de marzo de 2009.
26 Dirección del Trabajo, "Informe de conflictividad laboral 2008".

• Los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal (OIT, 1983b, párrafo 217); la prohibición general de huelgas de solidaridad podría ser abusiva (OIT, 1994a, párrafo 168).
• Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito más amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros (OIT, 1996, párrafo 484).
• La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato está en contradicción con los principios de libertad sindical (OIT, 1996, párrafo 489)[27].

2. LA EMPRESA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

El mundo del trabajo ha venido preocupándose en los últimos años de lo que se ha denominado "ciudadanía en la empresa", esto es, la idea de que en la relación laboral el trabajador es portador de derechos fundamentales no estrictamente laborales, tales como la vida privada, la no discriminación o la libertad de expresión. Lo ha reconocido la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo:

> en el ámbito nacional es posible afirmar que existe, a no dudarlo, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no solo derechos fundamentales de corte específicamente laboral –por ejemplo, la libertad sindical–, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que como se señaló, sin ser netamente laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador, tales como: el derecho a la integridad física y psíquica (artículo 19 Nº1), el derecho de igualdad y de no discriminación (19 Nº2 y Nº16), libertad de conciencia y de religión (artículo 19 Nº6), derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 Nº4), inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 Nº5), libertad de opinión –expresión– e información (artículo 19 Nº12), derecho de reunión (artículo 19 Nº13), libertad para el ejercicio de activida-

27 El Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT cuya misión es conocer, tramitar y resolver las cuestiones concretas planteadas en queja para determinar si se ajustan o no a los principios de la libertad sindical contenidos especialmente en los Convenios 87 y 98 de la OIT. Su fundamento corresponde a la Constitución de la OIT, a la Declaración de Filadelfia y a las decisiones del Consejo de Administración, adoptadas entre las reuniones 117ª (noviembre de 1951) y 209ª (mayo-junio de 1979).

> des económicas (artículo 19 Nº21), etc.; así como también otras garantías que están consagradas y reconocidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se han incorporado al derecho interno por esa vía...[28]

Esta idea de la plena eficacia de los derechos fundamentales al interior de una relación entre privados –y no solo respecto del Estado–, y más particularmente en una relación laboral, ha sido reconocida en el ámbito internacional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.
> De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores. [29]

Y en materia laboral la Corte Interamericana agrega que:

> El ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y a recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, ha-

28 Dirección del Trabajo, Dictamen 2210/035, 5 de junio de 2009.
29 Corte IDH, "Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos", párr. 140.

> bilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.[30]

La misma idea ha sido acogida por la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, dice el Tribunal Constitucional de España que

> la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).[31]

En Chile, la jurisprudencia administrativa, emanada de la Dirección del Trabajo, ha señalado que

> mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas.[32]

En fin, no se trata sino de la aplicación en materia laboral de una idea general que somete los vínculos contractuales entre privados a los derechos reconocidos como fundamentales, idea, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional chileno, plenamente aplicable a nuestro orden jurídico:

30 Id., párr. 158.
31 Tribunal Constitucional de España, STC 94/1999.
32 Dirección del trabajo, Dictamen 287/14, 11 de enero de 1996.

> El deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación, lo que a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible.[33]

Queda claro pues que las normas que rigen la vida interna de las empresas, especialmente las contenidas en los reglamentos de orden, higiene y seguridad, deben ajustarse en su contenido a la plena aplicación de los derechos fundamentales entre particulares, especialmente a los derechos cuya titularidad poseen los trabajadores en su calidad de ciudadanos.

Tal como veremos a continuación, ese mismo plano de ideas corresponde al de los órganos del Estado, particularmente a la Dirección del Trabajo y a los tribunales de justicia: dar aplicación, protección y promoción de estos derechos dentro de la empresa.

2.1 Recepción legal de los derechos fundamentales en la empresa: papel de la Dirección del Trabajo

En los últimos años, el derecho laboral chileno registra avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, partiendo por el nuevo artículo 5º del Código del Trabajo, que, reformado por la Ley 19.759 de 2001, señala que "el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

En forma más decidida se encamina la reforma a la nueva justicia laboral, implementada por la Ley 20.087 de 2006, que crea un nuevo tipo de acción judicial denominada de tutela laboral, cuyo objetivo explícito, según el mensaje del proyecto de ley respectivo, es

> potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no solo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebrales de unas relaciones laborales plenamente democráticas.

33 Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 976-07, 26 de junio de 2008

Esa vigencia requiere, como condición necesaria, no solo de un reconocimiento material sino también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.

Las normas de la nueva justicia laboral sancionan, al tenor de lo señalado en el Código del Trabajo, las conductas del empleador que afecten algunos de los derechos consagrados en la Constitución: el derecho a la vida, integridad física y síquica, el derecho a la vida privada, a la inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho a la honra, a la libertad de expresión y libertad religiosa y el derecho a la no discriminación. Pese a los avances normativos, sin embargo, se evidencia una falta de acción decidida por parte de los órganos del Estado, particularmente de la Dirección del Trabajo, respecto de aplicar las nuevas normas de tutela de estos derechos fundamentales, especialmente cuando su vulneración se refiere, como expondremos a continuación, a normas obligatorias para los trabajadores que se encuentran contenidas en reglamentos internos de orden, higiene y seguridad.

Cabe recordar que la nueva justicia laboral establece como sujeto titular de la acción de tutela laboral a la Dirección del Trabajo: "... si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente".[34]

Por ello llama la atención que, a más de un año de la entrada en vigencia de la nueva reforma procesal laboral, no existan, al cierre de este *Informe*, denuncias sobre el punto, especialmente en la calidad de titular de la acción de tutela que le corresponde a la Dirección del Trabajo.

2.2 Los derechos fundamentales y la normativa interna de las empresas

El "poder disciplinario" es una de las conductas que puede adoptar un empleador en ejercicio de sus facultades legales, y consiste en dictar normas de conducta, obligaciones y prohibiciones que deberán respetarse al interior de la empresa; esas normas pueden reunirse en reglamentos internos, códigos de conducta o de ética corporativa que afecten a los trabajadores.

La ley no solo permite sino que exige, a los empleadores que cuenten con diez o más trabajadores, la dictación de un reglamento interno de orden, higiene y seguridad.[35] En dicho reglamento el empleador determina "las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores" y "las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que solo podrán consistir

34 Artículo 486 del Código del Trabajo.
35 Código del Trabajo, art. 153.

en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el 25% de la remuneración diaria" (art. 154). La normativa contenida en un reglamento interno es obligatoria para los trabajadores y puede tener consecuencias relevantes, como la aplicación de las sanciones mencionadas e incluso el despido disciplinario sin derecho a indemnización, por no haber cumplido el trabajador con sus obligaciones laborales (art. 160, Nº 7).

De hecho, es tal la importancia del reglamento interno que la doctrina laboral le atribuye el carácter de manifestación esencial –casi única– del poder disciplinario.

En el ámbito de la empresa, los derechos fundamentales del trabajador operan como límites de este poder disciplinario. En palabras de la Inspección del Trabajo,

> esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral. Allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral o, incluso antes –procesos de selección de personal–, en su desarrollo y en su conclusión, tanto en el ámbito estrictamente laboral –límite interno, en cuanto involucra la conformación esencial del poder empresarial– como fuera de él –límite externo, en cuanto importa una limitación que viene dada por la colisión de derechos y por la preeminencia de los derechos fundamentales.[36]

Ciertamente existe la posibilidad de que, tratándose de un texto normativo diseñado unilateralmente por el empleador, el reglamento contemple normas que afecten, restrinjan o lesionen derechos fundamentales de los trabajadores. Una muestra de ello se tiene en el reglamento interno de una de las principales cadenas de supermercados del país, Líder, hoy propiedad de la trasnacional Wal-Mart. En junio de 2007, la Federación Nacional de Trabajadores Líder lo denunció ante la Inspección del Trabajo de Santiago Zona Norte por contener disposiciones que a su juicio vulneraban diversos derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, el derecho a la vida privada, el derecho a la información, etc. Un año después (junio de 2008), la misma organización iniciaba una acción sindical inédita en Chile, la "campaña nacional por la modificación del reglamento de la empresa Líder", que convocaba a todos los trabajadores y dirigentes sindicales de la empresa a "impugnar el reglamento interno ante sus respectivas Inspecciones del Trabajo, en todo aquello que consideren ilegal o inconstitucional".[37]

36 Dirección del Trabajo, Dictamen 2210/035, 5 de junio de 2009.
37 Ver "Campaña nacional por la modificación del reglamento interno de la empresa Líder", 20 de agosto de 2008, http://fenatralid.blogspot.com.

Respondiendo a esa campaña sindical precisamente, la misma denuncia se presentó en la Inspección Provincial del Trabajo de Copiapó, la que se pronunció acogiendo parte de esas impugnaciones y sosteniendo que diversas cláusulas del reglamento de orden, higiene y seguridad de Líder (como las que prohíben dar entrevistas a medios de comunicación sin autorización, o la que exige a los empleados no tener protestos comerciales) vulneraban derechos fundamentales de sus trabajadores [38].

Como acto siguiente, el 2 de julio de 2009, el Sindicato Hipermercado Líder de Copiapó presentó a la Inspección del Trabajo de esa ciudad una solicitud para que diese cumplimiento a su obligación de denunciar ante los tribunales de justicia la vulneración de derechos fundamentales que había declarado previamente en el dictamen citado. Hasta el cierre de este *Informe* no consta que la institución aludida haya ejercido su deber de denunciar en los tribunales el reglamento interno impugnado.

Así, a dos años de iniciada la campaña de denuncia de la Federación de Trabajadores de Líder, y a pesar de diversos pronunciamientos administrativos en su favor, el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa seguía siendo exactamente el mismo que antes. La situación ilustra lo poco preparada que está la institucionalidad nacional para responder a este tipo de demandas. Con todo, esta acción sindical sin precedentes en la historia de la legislación laboral chilena abre una vía para el respeto de los derechos fundamentales del trabajador en su vida al interior de la empresa.

2.3 Reglamentos internos de la empresa y respeto de los derechos fundamentales del trabajador

En la realidad laboral chilena es frecuente encontrarse con textos normativos empresariales que contienen restricciones que afectan algunos de los derechos fundamentales del trabajador. El caso denunciado por los sindicatos de Supermercados Líder no es excepcional, como veremos en las páginas que siguen.

2.3.1 Cláusulas que restringen la libertad de expresión

La libertad de expresión y opinión es un derecho fundamental ampliamente reconocido en nuestro texto constitucional, el que garantiza "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de la elección del que la ejercita, conllevando este derecho consigo el derecho a permanecer en silencio cuando se requiere a una persona que exprese una idea

38 Ord. 1405 del 22 de septiembre de 2008.

o una opinión que no comparte".[39] En el ámbito laboral, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha sostenido que "el derecho de expresar opiniones por medio de la prensa o en otra forma es uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales".[40]

En ese sentido, resulta llamativa una cláusula casi de estilo en los reglamentos internos de las empresas chilenas, que impiden a los trabajadores comunicar o informar a terceros de cualquier dato o antecedente sobre las empresas en que trabajan. La cláusula 32, nº 51 del reglamento interno de Supermercados Líder señala que "se prohíbe a los trabajadores dar entrevistas a medios de comunicación sobre pormenores de la Empresa sin la autorización del Gerente". El artículo 35, letra m, del reglamento interno del Banco de Chile establece como una obligación la de "guardar la debida lealtad al Banco, manteniendo absoluta reserva y confidencialidad respecto de las actividades del Banco". El artículo 31 nº 13 del reglamento interno de GMO S.A. dice que es obligación del trabajador "mantener la más absoluta reserva respecto de todas las operaciones de la empresa, sus clientes y proveedores, aun cuando el trabajador no haya tomado conocimiento de ellas en ocasión del cumplimiento de sus labores". El artículo 35, letra p, del reglamento interno de Fasa S.A. dispone que es obligación del trabajador "mantener completa reserva de todo lo que llegue a su conocimiento, directa o indirectamente, respecto de los negocios de la empresa, precios, correspondencia, contratos, clientes, proveedores, libros de contabilidad o de cualquier operación, sea cual fuere su naturaleza". Y el artículo 21 del reglamento interno de la empresa Traveller S.A. indica que "el trabajador se obliga a mantener en absoluta reserva y secreto respecto de terceros toda la información que tenga relación con la actividad de la Empresa".

Este tipo de normas no pone ningún tipo de condición o limitación a la prohibición –como sería una prohibición de injuriar a los jefes o superiores jerárquicos–, lo que supone una restricción grave a la libertad de expresión como derecho fundamental de los trabajadores.

Es legítimo que la empresa busque mantener aspectos de su actividad en reserva, pero dicha información debería estar restringida a los secretos comerciales, y no establecerse una amplia prohibición que involucre todos y cada uno de los aspectos de la vida en la empresa. A la luz de este tipo de normativa interna, los reclamos de los trabajadores en la prensa por falta de seguridad o incumplimiento de obligaciones previsionales, o sus opiniones críticas durante una huelga, podrían considerarse contrarios a las normas del reglamento interno.

39 Cecilia Medina, "La libertad de expresión", en C. Medina y J. Mera, eds., *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Serie Publicaciones Especiales N°6, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1996, pp. 149 y 151.
40 Comité de Libertad Sindical de la OIT, "Recopilación de 1985", párr. 172.

Por ejemplo, en el escenario de la acusación por colusión en los precios de los medicamentos que afectó a tres cadenas de farmacias en 2009, cualquier declaración de los trabajadores, a los medios de comunicación o ante las instancias públicas de investigación, podría haberse considerado una falta grave al reglamento interno de la empresa.

En esa perspectiva, cabe citar un pronunciamiento inédito en el derecho laboral chileno, en que la Dirección del Trabajo impugnó la cláusula citada del reglamento interno de Líder S.A. en los siguientes términos:

> no se ajusta a derecho, toda vez que la decisión del empleador de transformarse en una suerte de censor de las comunicaciones de sus trabajadores, se encuentra terminantemente prohibido por el constituyente, constituyendo así la libertad de expresión de los trabajadores a quienes se aplica el Reglamento impugnado, un límite infranqueable para las facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador.[41]

2.3.2 Cláusulas que restringen la libertad de trabajo

La libertad de trabajo es el derecho de los trabajadores y empleadores de celebrar, modificar y poner término a las relaciones laborales que los vinculan, y se encuentra reconocida como un derecho fundamental en el artículo 19 de la Constitución. Comprende, como ha señalado la Dirección del Trabajo, "la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, la libertad para celebrar contratos de trabajo en el momento y con las personas que se estime conveniente y la libertad de escoger el contenido del trabajo que se va a desarrollar, tanto en forma dependiente como independiente".[42]

Es común que los reglamentos contengan cláusulas de exclusividad que prohíban a los trabajadores prestar servicios remunerados fuera de su jornada de trabajo. Así, por ejemplo, en el reglamento interno de Almacenes París se determina que "los trabajadores quedan obligados a trabajar exclusivamente para el empleador, no pudiendo desempeñar ninguna actividad lucrativa, dentro o fuera de las horas de trabajo, sin previa autorización de éste" (artículo 28, nº 12). El reglamento interno de la empresa Planvital S.A. señala que queda "estrictamente prohibido al trabajador realizar cualquier labor o prestación de servicios, sea por cuenta propia o ajena, fuera de la jornada de trabajo" (artículo 46).

Cabe recordar que la única excepción que justifica una cláusula de exclusividad en materia laboral se encuentra expresamente prevista por la ley, y son las negociaciones que realice el trabajador dentro del giro de la empresa que hayan sido expresamente prohibidas en el contrato individual de trabajo.[43]

41 Dirección del Trabajo, Ord. 3416/049, 28 de agosto de 2009.
42 Dirección del Trabajo, Dictamen 2932/80, 23 de julio de 2003.
43 Código del Trabajo, artículo 159 Nº2.

En ese sentido, estas exigencias o restricciones a la posibilidad de trabajar suponen una vulneración de un derecho fundamental de los trabajadores; así lo ha declarado la misma Dirección del Trabajo, que dictaminó, ante un contrato de trabajo que establecía una fianza para el trabajador en caso de renunciar, que "no se ajustan a derecho las cláusulas contractuales que constituyen fianza u otra forma de garantía de la devolución proporcional del dinero correspondientes al valor de los cursos de capacitación en el caso de renuncia voluntaria del trabajador incorporadas a los contratos individuales y colectivos de trabajo suscritos entre pilotos de aeronaves y la Empresa Lan Chile S.A., en cuanto su contenido importa limitar y restringir el ejercicio de la libertad de trabajo que la Constitución reconoce como una garantía, y que el Código del Trabajo le otorga el carácter de derecho irrenunciable".[44]

Si una cláusula contractual como ésta infringe la libertad de trabajo, con mayor razón lo hacen las diversas normas que se contienen en los reglamentos internos de las empresas, que no tienen ni siquiera la calidad jurídica de un contrato de trabajo, y que en ocasiones establecen restricciones más directas e intensas sobre los trabajadores en la materia.

2.3.3 Cláusulas que restringen la vida privada de los trabajadores

Se entiende como vida privada aquellas zonas de la vida de una persona que quiere mantener fuera del conocimiento de terceros, y donde tiene todo el derecho de modelar libremente su personalidad; según la propia jurisprudencia administrativa, alcanza cuestiones tales como "los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual".[45]

Ello supone que el empleador no intervendrá en aspectos extralaborales de la vida de sus trabajadores. Sin embargo, no es difícil encontrar normas internas de las empresas que afectan esa inmunidad del trabajador en sus hábitos personales. Por ejemplo, el "Código de ética corporativo" del Banco Itaú indica que la empresa considera indispensable "la moderación de los colaboradores en la eventual ingestión de bebidas alcohólicas y en la práctica de juegos de azar, con el propósito de prevenir situaciones desagradables, como por ejemplo: faltar al trabajo, desempeño insatisfactorio de las funciones o críticas de los colegas".

Tampoco es infrecuente que la empresa exija información sobre aspectos propios de la vida privada del trabajador. En el reglamento interno de Fasa S.A. se exige certificado de antecedentes y que el trabajador dé muestras de "tener buena conducta y honorabilidad". Si hay alguna modi-

44 Dirección del Trabajo, Dictamen 4924/269, 19 de agosto de 1997.
45 Dirección del Trabajo, Dictamen 2210/035, 5 de junio de 2009.

ficación en estos antecedentes el trabajador tiene 48 horas para "comunicarlo por escrito a la Gerencia de Recursos Humanos", y no hacerlo "será causal de terminación inmediata del contrato de trabajo" (artículo 3).

La intromisión en la vida privada de los trabajadores puede llegar al extremo de que el empleador pretenda regular cuestiones tan íntimas como las relaciones de pareja. En el reglamento interno de Fasa S.A. se declara que la empresa se reserva el derecho de poner término al contrato de trabajo "en caso de que dos trabajadores contraigan matrimonio", dando la posibilidad, eso sí, de que "ellos mismos sean quienes elijan la opción de permanencia" (artículo 4). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 29 Nº15 del reglamento interno de Almacenes París: "... si existiese algún matrimonio o parentesco posterior al ingreso del trabajador involucrado, se deberá dar cuenta inmediatamente a la empresa, la que decidirá sobre la permanencia de el o los interesados en ella".

Otro de los aspectos de la intimidad es la apariencia física. En la jurisprudencia comparada se tiene que "constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo".[46] Por el contrario, abundan en los reglamentos internos normas que buscan dirigir y uniformar la imagen personal del trabajador en términos estéticos incompatibles con la autonomía que la vida privada supone. Así, el reglamento interno de la empresa GMO S.A. exige a sus trabajadores

> en especial observar las siguientes reglas: no usar más de un anillo en cada mano, no usar joyas demasiado llamativas en oreja y cuello, usar solo un aro por oreja, quedando prohibido el uso de aros en otras partes del cuerpo distintas al lóbulo de la oreja.

Asimismo, "solamente el personal femenino" podrá usar aros. También se exige a los trabajadores "evitar cortes y color de pelo, en hombres y mujeres, que resulten extremos o anormales". La misma prohibición para los hombres se encuentra en otros reglamentos internos, como el de Fasa S.A., que "prohíbe el uso de accesorios en los varones", prohibición cuyo incumplimiento puede sancionarse con medidas "tales como la amonestación, la multa o el despido". En la misma línea de control más allá de las necesidades del servicio se encuentra la reglamentación de la Corporación Municipal de Peñalolén, que exige a los trabajadores varones estar "afeitados" y "sin ningún tipo de *piercing* u otras joyas". Respecto de las mujeres, "las damas con un maquillaje suave sin ningún tipo de *piercing*, solo se les permite el uso de aros, pero de tamaño pequeño, no colgantes".

46 Tribunal Constitucional de España, STC 94/1999.

Más que una legítima pretensión empresarial de orden vinculada a las estrictas necesidades del servicio, lo que estas normas trasuntan es un estereotipo estético dominante que el empleador busca imponer a sus trabajadores a costa de su derecho a la imagen y a la vida privada, imposición que el derecho laboral, junto con los estándares internacionales y constitucionales, ha ido progresivamente restringiendo.

Respecto del hábito del consumo personal de drogas, cabe señalar que en Chile se ha extendido la práctica empresarial de incorporar en los reglamentos internos la exigencia de exámenes de drogas a todos los trabajadores, sin hacer diferencias relevantes en relación con la naturaleza de las funciones que se cumplen en la empresa. Una tienda por departamentos como Ripley S.A. establece como obligación genérica para todos sus trabajadores "someterse a los exámenes médicos, de control de drogas y/o de competencia que disponga la empresa". Hites indica como "prohibición" que da derecho a la empresa a despedir por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización, "negarse a realizar los exámenes de detección de drogas que determine la empresa".

Pero la OIT, que ha emitido un repertorio de recomendaciones prácticas sobre el tema del control de drogas en el lugar de trabajo, afirma que "los trabajadores y sus representantes deberían tener el derecho de que se respete su intimidad y de que toda injerencia en su vida privada, por lo que atañe al consumo de alcohol o de drogas, esté limitada, sea razonable y esté justificada".[47]

En otros casos, la obligación de someterse a exámenes para detectar consumo de drogas se extiende a la delación. El reglamento interno de Forus S.A., empresa dedicada al calzado, establece que "el trabajador deberá informar a su jefe directo y este a su gerente respectivo cuando conozca la venta, consumo (...) de cualquier tipo de drogas, alucinógenos, estupefacientes, etc. en que se encuentre involucrado personal de la empresa *aunque esto ocurra fuera del recinto de esta*" (el destacado es nuestro).

Es común también que los reglamentos internos contengan cláusulas que permiten al empleador indagar sobre el estado de salud del trabajador. El reglamento del Supermercado Líder Arica establece que "la empresa podrá cerciorarse en cualquier momento de la existencia de la enfermedad y tendrá derecho a que un facultativo que ella designe examine al trabajador enfermo". La misma cláusula se consigna en las normas internas de Almacenes París. Pero la Dirección del Trabajo ha impugnado la citada cláusula,

47 Organización Internacional del Trabajo, "Repertorio de recomendaciones prácticas del tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo", 1996, punto 2.3.8.

> por cuanto el empleador ha excedido los límites que le impone la normativa vigente. Así, el artículo 51 del Decreto 3, de 1984 que reglamenta la autorización de licencias médicas por las Compín y las instituciones de salud provisional, autoriza al empleador para "disponer visitas domiciliarias al trabajador enfermo", así como a poner en conocimiento de la Compín o Isapre respectiva cualquier irregularidad que se verifique, pero no a cerciorarse de la existencia de la enfermedad ni menos a ordenar el examen médico del trabajador.[48]

Eso es coherente con la jurisprudencia judicial, que ha sostenido

> que el trabajador no cumpla con el reposo prescrito en una licencia médica no es una circunstancia que configure la causal de despido de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales, ya que no corresponde al empleador controlar el debido acatamiento de las obligaciones que para el enfermo supone el goce de licencia médica, por cuanto ello compete a otra autoridad.[49]

Las normas empresariales más comunes relativas a la vida privada son aquellas que pretenden regular la situación de endeudamiento de los trabajadores, prohibiendo mantener determinado nivel de deuda o aparecer en la base de datos de deuda comercial (Dicom). Así, por ejemplo, Supermercado Líder decide que es obligación de los trabajadores "no caer en insolvencia financiera, o sufrir protestos de documentos mercantiles, como cheques, letras, pagarés, etcétera".

En algunos casos, la preceptiva empresarial va más allá y no solo intenta regular el nivel de deuda de sus trabajadores sino con quién se puede contraer compromisos financieros. Es el caso del "Código de ética corporativo" del Banco Itaú, que recomienda "no prestar ni pedir préstamos a colegas de trabajo". O, en la misma línea, el "Código de ética" del Banco de Chile exige al trabajador parámetros no estrictamente legales en el manejo de sus negocios privados: "... las inversiones o negocios privados que el empleado efectúe no deben ser contrarios a los intereses de la Institución, a la ética ni a las buenas costumbres".

Sin embargo, el estado de las deudas comerciales, financieras o bancarias de una persona es un hecho de la vida privada. La ley chilena lo reconoce al regular lo que denomina "datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, comercial o bancario".[50] Asimismo, el Código del Trabajo dispone:

48 Dirección del Trabajo, Dictamen 1955/303, 2009.
49 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2.915, 2007.
50 Ley 19.628 sobre la protección de la vida privada, 28 de agosto de 1999.

> Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.[51]

Por ello la Dirección del Trabajo ha señalado que "es ilícito exigir certificaciones de la empresa Dicom para postular a un trabajo, como asimismo, es igualmente ilícito que la conservación de un empleo quede sujeta a certificaciones provenientes de dicha empresa o de otras de similar giro".[52]

A pesar de la claridad con que nuestra legislación regula la materia, es un hecho frecuente que las empresas consideran la situación comercial de los trabajadores para contratarlos y para despedirlos, más allá de las excepciones legales, como son los altos cargos o trabajadores que manejen valores o fondos. Leandro Cortez, secretario general de la Confederación de Trabajadores del Comercio, confirma que "se trata de una práctica frecuente incorporar en los reglamentos internos normas en relación a condicionar ya sea la contratación o la permanencia de un trabajador si éste mantiene antecedentes comerciales (...) en muchos casos a los trabajadores con contrato a plazo fijo las empresas no les renuevan sus contratos si no aclaran su Dicom".[53]

"En 2002 quedó expresamente prohibido, en el artículo 2 del Código del Trabajo, pedir este tipo de antecedentes; sin embargo, extendidamente los empleadores, incluso organismos públicos, los siguen exigiendo", declaró el diputado Antonio Leal al momento de presentar un proyecto de ley que aumenta las sanciones para los empleadores que incurran en dichas práctica.[54] Asimismo se ha propuesto eliminar a los trabajadores cesantes de los registros de deudas comerciales, proyecto de ley que aún no supera su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.[55]

Queda claro que estas exigencias restringen tanto la vida privada del trabajador como su derecho a la no discriminación. Así lo ha de-

51 Código del Trabajo, art. 2, inciso 7.
52 Dirección del Trabajo, Dictamen 3448/0168, 12 de septiembre de 2001.
53 Entrevista personal, 4 de agosto de 2009.
54 *Publimetro*, "Buscan elevar multas a quienes exijan Dicom", 8 de septiembre de 2008.
55 Boletín 4436-03, proyecto que modifica la Ley 19.628 suspendiendo por un plazo determinado la información comercial de las personas cesantes.

clarado la Dirección del Trabajo: "El artículo 31 N°19 del reglamento interno, en que se ordena a los trabajadores no caer en insolvencia financiera, o sufrir protestos de documentos mercantiles, como cheques, letras, pagarés, etc., no se ajusta a derecho al exceder con creces los límites que impone la norma contenida en el artículo 2 inciso 7 del Código del Trabajo".[56]

El punto es significativo, pues a menudo las empresas pretenden despedir trabajadores aduciendo "incumplimiento grave de las obligaciones del contrato" cuando no se ha observado lo dispuesto en el reglamento interno de la empresa.[57] Pero la jurisprudencia ha declarado injustificados esos despidos por no considerar "grave", como exige la ley, la existencia de deudas comerciales o financieras:

> Es necesario dilucidar la naturaleza jurídica de la prohibición contemplada en el reglamento interno de la empresa demandada, puesto que las partes contractualmente establecieron que el incumplimiento de la obligación de no registrar protestos, configuraría la causal del artículo 160 Nº7 del Código del Trabajo, sin embargo, las causales de despido contempladas en el Código del Trabajo son de orden público, y los derechos del trabajador son irrenunciables por expreso mandato del artículo 5 del mismo texto legal.[58]

La jurisprudencia judicial tiene, sin embargo, algunos problemas. En primer lugar, no ha sido uniforme, toda vez que la misma Corte Suprema ha ido en sentido contrario, al señalar que

> la conducta atribuida al demandante –registrar cheques u otros instrumentos, civiles o comerciales, de pago, protestados y mantener deudas directas, morosas expresamente prohibidas por el reglamento interno de la empleadora– es constitutiva de incumplimiento grave de las obligaciones que le imponía el mismo; pues, si el contrato estableció la prohibición para el trabajador de incurrir en mora o simple retardo en el pago de deudas de cualquier institución financiera o registrar protestos por cheques, letras de cambio o pagarés, exigencia que, debe entenderse, se hace en razón de la actividad de la empleadora que la lleva a ser rigurosa en este aspecto y por la naturaleza misma de la función que cumplirá el trabajador, cuando éste falta a tal obligación incurre, ciertamente, en el incumplimien-

56 Dirección del Trabajo, Dictamen 1955/303, 2009.
57 Se trata de la causal Nº7 del artículo 160 del Código del Trabajo.
58 Corte Suprema, Rol 4915-02.

> to de lo que puede considerarse un deber esencial contraído con motivo del contrato celebrado y, por tal motivo, su despido resulta plenamente justificado.[59]

En segundo lugar, el primer fallo de la Corte Suprema tampoco gira en torno de la protección de los derechos fundamentales del trabajador, como debería, sino que alude a la falta de facultad legal del empleador para calificar como grave una conducta del trabajador, lo que es competencia exclusiva de los tribunales del trabajo.

2.3.4 Cláusulas que vulneran la inviolabilidad de las comunicaciones

Uno de los temas complejos en la regulación del orden interno de las empresas es el uso de los medios tecnológicos y/o informáticos en el lugar de trabajo, y su relación con el respeto de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, como es el correo electrónico o las cuentas de mensajería instantánea.

Son habituales las normas de control de los correos electrónicos en los reglamentos internos, que comúnmente les atribuyen el carácter de herramienta de la empresa y por lo tanto de documentos de libre acceso por parte del empleador. Así, por ejemplo, el reglamento de la empresa Ripley S.A. dice:

> Los trabajadores pueden también usar Internet o el correo electrónico para ciertos fines o propósitos particulares, en la medida que dichos usos sean consistentes con lo establecido en estas políticas y en el entendido de que la información que reciban o envíen es pública y por tanto recepcionada o leída por su superior jerárquico o por el personal del departamento computacional para los fines de determinar si se trata de *spams*, si contienen virus o bien, si contienen elementos, datos o información contraria a la moral o las buenas costumbres.

Y el reglamento interno de la empresa INPACT S.A. indica que "el correo electrónico provisto por la empresa es una herramienta de trabajo que reviste confidencialidad solo respecto de terceros y en ningún caso respecto de superiores".

Estas normas lesionan la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, las que no pierden tal carácter por el solo hecho de ser declaradas públicas por un reglamento empresarial. Así, por lo demás, lo ha declarado la propia Dirección del Trabajo:

59 Corte Suprema, Rol 1387-1999.

> De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. La razón de lo anterior corresponde a la naturaleza de comunicación privada protegida constitucionalmente que este servicio le reconoce al correo electrónico de los trabajadores.[60]

En el mismo sentido, el Tribunal del Trabajo de Copiapó, en la primera sentencia del nuevo procedimiento de tutela, conocida como "el caso Kronos", declaró que la revisión de una conversación mantenida por mensajería instantánea (Messenger), asociada a una cuenta de correo electrónico que había quedado registrada en el disco duro de un computador de la empresa, vulneraba el derecho a la inviolabilidad de la comunicaciones consagrado en la Constitución.[61] La Corte de Apelaciones de Copiapó, conociendo el recurso de apelación de este caso, afirmó que

> ha de asentarse claramente que la garantía de que trata este asunto, conforme a lo prevenido por el art. 485 del Código del Trabajo, dice relación con la "inviolabilidad de toda forma de comunicación privada", contemplada en el art. 19 Nº5 de la Constitución Política del Estado [sic], destacando aquí que el constituyente ha relevado, por razones históricas, el carácter intocable de este derecho, que constituye parte esencial de los contenidos republicanos de la tradición jurídica chilena. La referida indemnidad de cualquier forma de comunicación privada, en los términos indicados en la constitución, solo admite su vulneración "en los casos y formas determinados por la ley". Esta precisa disposición, impide cualquier intento de afectarla por vía contractual o reglamentaria y con mayor razón, por la vía del reglamento interno de la empresa. Lo anterior por cuanto la referida inviolabilidad de las comunicaciones privadas, acompaña a la persona a donde quiera que ella se encuentre, incluso al interior de la empresa.[62]

60 Dirección del Trabajo, Dictamen 260-19, 24 de enero de 2002.
61 Juzgado del Trabajo de Copiapó, RIT 1-2008.
62 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol 20-2008.

3. EL PAPEL DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

La reforma procesal laboral en curso, en vigencia en algunas regiones desde marzo de 2008, contempla una modalidad procesal que permite por primera vez en la historia de las relaciones laborales en Chile conocer las conductas de los empleadores que afecten derechos fundamentales de los trabajadores. Dentro de ese marco tiene un papel fundamental la Dirección del Trabajo, órgano estatal de fiscalización al que se le entrega especialmente la calidad de titular de la acción de tutela laboral referida, con el objeto de denunciar las conductas del empleador que lesionen o afecten los derechos fundamentales del trabajador.

A pesar del destacado papel que a ese organismo le ha cabido en la difusión de la idea de "ciudadanía en la empresa", expresada principalmente en su jurisprudencia administrativa, se aprecia cierta falta de agilidad y convicción para ejercer la acción de tutela, especialmente en relación con las cláusulas previstas en los reglamentos internos de empresas como las que hemos revisado.

Patricia Silva, directora del Trabajo, dice que el organismo que encabeza "cumple un rol fundamental, que consiste en llenar de contenido los derechos fundamentales". A pesar de este importante papel, las autoridades reconocen que no tienen capacidad de fiscalizar como corresponde la adecuación de los reglamentos internos a las normas jurídicas que rigen en esta materia, "dado el volumen [de reglamentos que son depositados ante la Dirección], no hay revisión a menos que haya impugnación por parte de trabajadores".[63] Como las impugnaciones son la excepción, la situación de impunidad es mayoritaria.

El jefe del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, Rafael Pereira, sostiene que "las acciones judiciales que la Dirección puede ejercer solo se impetran si es que una empresa cuyo reglamento interno ha sido impugnado no lo modifica". Y respecto del tipo de casos que la Dirección persigue y fiscaliza, señala que "se han cursado multas por omisiones, no por acciones".[64] En otras palabras, solo si a un reglamento le faltan elementos que por ley debe contener la Dirección activa su capacidad fiscalizadora y sancionadora, pero si tiene "de más", como las cláusulas que hemos examinado, no hay de oficio acciones judiciales, ni siquiera sanciones de tipo administrativo.

63 Entrevista personal, 20 de julio de 2009.
64 Entrevista personal, 20 de julio de 2009.

4. CONCLUSIONES

Más allá de las situaciones referidas, los reglamentos internos revisados coinciden en regular en exceso el comportamiento de los trabajadores, lo que contribuye a la percepción del ambiente laboral como un espacio autoritario y vertical, poco amable para el ejercicio de derechos básicos de las personas como la intimidad, la no discriminación o la libertad de expresión. Ello no es trivial en una sociedad cuyos habitantes pasan gran parte de su tiempo en el trabajo.[65]

De manera casi uniforme, estos reglamentos internos prescriben que los trabajadores deben "guardar la más completa lealtad hacia la empresa en todos sus aspectos", deber de lealtad que no está sujeto a ninguna condición o limitación, cuestión difícil de justificar en el marco de una relación contractual que legítimamente puede dar lugar a conflictos y disparidad de posiciones entre las partes. ¿Infringen este deber de lealtad los trabajadores que dan a conocer problemas de higiene y seguridad en su empresa, conductas antisindicales, colusión con otras empresas o bajas remuneraciones?

La jurisprudencia comparada ha sostenido que un contrato de trabajo no supone "la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad ampara el texto constitucional".[66] Por eso se hace difícil entender normas como las del "Código de ética" del Banco de Chile, que indican que "los empleados del Banco deben mantener dentro y fuera de la Institución un comportamiento ejemplar. La Institución exige respeto a la dignidad de todos sus colaboradores, y de éstos una conducta honesta y responsable en todos los ámbitos del quehacer diario", y restringen la libertad ideológica y política de sus trabajadores, al declarar que "los cargos o designaciones en funciones públicas, no son compatibles con el desempeño como integrante de la Institución, sean tales cargos de carácter municipal, gubernativos u otros de connotación pública, designada o elegida".

Este tipo de normas y deberes, construidos desde una acentuación excesiva de la "cultura de la empresa", la convierten en un espacio social tensionante y poco comprensivo de la idea de la ciudadanía. Aunque legítima, la construcción de valores privados que impregna la regulación interna de muchas empresas debe tener claros sus límites,

65 Según un estudio del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) publicado en 2009, el chileno trabaja unas 53 horas promedio a la semana, lo que representa un 17% más de las 45 horas establecidas en la legislación, lo que equivale a 10,6 horas al día solo en el lugar de trabajo. Ver PNUD, *Desarrollo humano en Chile: La manera de hacer las cosas*, Santiago, 2009, p. 132.
66 Tribunal Constitucional de España, STC 120/1983.

que en el caso que nos ocupa los constituye el ejercicio pleno de los derechos fundamentales del trabajador, los que por su relevancia y jerarquía no pueden ser afectados por vía contractual o reglamentaria. De otro modo, el notable éxito en difuminar la separación entre vida laboral y vida privada que consigue esta cultura de "los valores empresariales" abre el camino a la "organización total", aquella que mantiene un control absoluto sobre la vida de quienes la integran. En este tipo de organización se sustituye el control y la vigilancia propios del modelo clásico de relaciones laborales por la adhesión del trabajador al "proyecto" y al ideario simbólico de la empresa, con la consiguiente pérdida de autonomía y libertad personal. Es lo que ocurre cuando una empresa decide regular hasta el matrimonio de sus empleados, su vida económica o su apariencia física.

Ante este panorama, la irrupción de la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral tiene un efecto democratizador, ya que "desaparece, por obra de esa modernización que la Constitución impone, la configuración paternalista del poder empresarial como atributo de una responsabilidad personal frente a la comunidad; y como se elimina la sobrevaloración de los deberes de lealtad y fidelidad del trabajador a la empresa como expresión de una subordinación personal a un modélico funcionamiento de la producción".[67]

5. RECOMENDACIONES

1. El Estado debe cumplir con las exigencias de la Organización Internacional del Trabajo y del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas para ajustar la legislación interna, en materia de huelga, con los tratados internacionales suscritos y vigentes en Chile. Especialmente relevante es la modificación de la institución del reemplazo en la huelga y la prohibición absoluta de huelgas previstas en los artículos 381 y 384 del Código del Trabajo, respectivamente, los que atentan contra la huelga como derecho fundamental.
2. Los órganos de aplicación del derecho, especialmente la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, deben ajustar su jurisprudencia a los parámetros interpretativos del derecho internacional en la materia, promoviendo una interpretación que permita la aplicación efectiva del derecho a huelga, y no restringiéndolo, como ha ocurrido en el último tiempo.

67 Santiago González Ortega, "La aplicación judicial difusa de la Constitución en el orden jurisdiccional social", en *Cuadernos de derecho público* 7, Madrid, 1999.

3. La Dirección del Trabajo debe establecer un control preventivo de eventuales lesiones o afectaciones de derechos fundamentales del trabajador en los reglamentos internos de las empresas, que por ley deben serles comunicados para su control de legalidad.

4. Las instituciones de la nueva justicia laboral, especialmente la Defensoría Laboral y la Inspección del Trabajo, deben ejercer acciones de tutela laboral impugnando las cláusulas de los reglamentos internos que vulneran los derechos fundamentales del trabajador, aprovechando el nuevo cauce procesal existente en nuestro derecho.

5. Las organizaciones sindicales deben ejercer su papel de defensoras de los derechos de los trabajadores, sea mediante la acción de tutela laboral, sea con la necesaria difusión pública de esta dimensión de los derechos de los trabajadores.

CHILE ANTE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

SÍNTESIS

Este capítulo entrega una visión general del cumplimiento de las obligaciones que ha asumido Chile con el sistema internacional de derechos humanos. Los hitos del período se relacionan con la entrega de informes oficiales, elaborados por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, al Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el informe presentado a la primera revisión del Examen Periódico Universal. En todas las ocasiones la sociedad civil elaboró información alternativa o "informes sombra". De todo ello se realiza un análisis cualitativo basado en los informes oficiales y alternativos, así como en información periodística, teniendo en cuenta dos cuestiones fundamentales: primero, que quien se obliga internacionalmente en materia de derechos humanos es todo el Estado y no solamente el Poder Ejecutivo, por lo que no se considera una excusa razonable invocar la separación de poderes para explicar los incumplimientos; y segundo, que la información, en el contexto actual, constituye el factor esencial para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales. De ahí la importancia de los "informes sombra" para determinar el verdadero grado de compromiso de los Estados con las obligaciones que emanan de los tratados internacionales de derechos humanos.

Se constata que las autoridades estatales, a pesar de sostener un discurso que promueve la participación de la sociedad civil, en los hechos desatiende sus recomendaciones y omite información crítica que es de interés para los órganos de tratado. Más aun, se observa una falta de cumplimiento de los compromisos que los órganos responsables han adquirido en materia de seguimiento de dichas recomendaciones, lo que pone en cuestión la capacidad de Chile de liderar estos procesos en el escenario internacional.

Palabras clave: Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité contra la Discriminación Racial, Examen Periódico Universal, sociedad civil, informes sombra.

INTRODUCCIÓN

En versiones anteriores de este *Informe* se ha analizado la posición de Chile ante los órganos internacionales de derechos humanos (2004) y su relación con la institucionalidad (2008). Este capítulo analizará por primera vez, y de manera directa, el cumplimiento de las obligaciones internacionales en los informes oficiales que ha entregado Chile durante 2008 y 2009.

De acuerdo con los datos actuales, todos los Estados han ratificado al menos uno de los tratados internacionales de derechos humanos, mientras que un 80% ha ratificado cuatro o más de ellos.[1] Entre otras cosas, estos tratados establecen directrices, principios y, en algunos casos específicos, reglas. Aunque carecen de mecanismos coercitivos para obligar al cumplimiento de sus disposiciones, las naciones parecen "tomárselos en serio". Es decir, pretenden defenderse de posibles acusaciones por violaciones a los derechos humanos, tanto en foros públicos como ante los cuerpos regionales e internacionales que vigilan el cumplimiento de estas obligaciones.

Del mismo modo, y como se comprueba atendiendo a la actualidad internacional, países como el nuestro pretenden erigirse en actores relevantes en la materia frente a sus pares, haciendo frente a la falta de liderazgo en la labor de promoción internacional de los derechos humanos, considerando que los aliados tradicionales en este ámbito ya no están en condiciones de desempeñar este papel. Para Irene Kahn, secretaria general de Amnistía Internacional,

> el desempeño de Europa se encontraría marcado por el doble estándar, lo que debilita su legitimidad moral (...). Estados Unidos ha despilfarrado su oportunidad de ofrecer liderazgo, al negarse a defender la prohibición absoluta de la tortura, apoyar sistemáticamente a algunas de las dictaduras de peor fama mundial y al crear una ficción legal para legitimar lo que ocurre en Guantánamo. Sería ingenuo esperar que potencias mundiales como China o Rusia defiendan los derechos humanos, considerando sus propias trayectorias nacionales y de política exterior. Por lo tanto, la comunidad de derechos humanos debe

1 Louise Arbour, "Sin carencias ni temores", en Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos hoy. Balance internacional*, Santiago, Universidad de Chile, 2008, p. 23.

buscar nuevos defensores, por ejemplo, en países de América Latina tales como Brasil, Chile y México.[2]

Así, Chile quiere configurar una posición de liderazgo en la materia. Esta disposición reafirma la importancia de develar, en un año clave para el desempeño chileno en los foros internacionales, si el país cumple con las obligaciones que ha asumido ante la comunidad de naciones, y de qué modo lo hace.

En el sistema internacional de los derechos humanos, la ausencia de un consenso sobre su justificación deja el campo abierto para una serie de dificultades: los Estados están en desacuerdo sobre qué derechos pueden considerarse derechos humanos, cuáles deberían tener prioridad, cómo se deben asignar recursos para el propósito de corregir violaciones de los derechos humanos y, por ejemplo, cuánto respeto se debería otorgar a las variaciones culturales.[3] A pesar de estas dificultades, los Estados se siguen comprometiendo voluntariamente con obligaciones internacionales de derechos humanos contenidas en tratados sobre las más diversas materias. La ausencia de mecanismos de cumplimiento forzoso no obstan al acuerdo y posterior ratificación de estos tratados, y es el grado de compromiso de un Estado lo que se constituye en un factor esencial para propender a un mejoramiento de la situación interna. El grado de compromiso no solo dependerá del Estado sino también de la sociedad civil y de los mecanismos democráticos para el ejercicio de los derechos. Así, "un efecto beneficioso de la ratificación de los tratados de derechos humanos está condicionado por el alcance [grado de desarrollo] de la democracia y la fuerza de grupos de la sociedad civil, medida esta por la participación de organizaciones no gubernamentales (ONGs) con vínculos internacionales".[4]

El poder de la información, sobre todo en manos de la sociedad civil, es la principal herramienta para exigir el respeto por los derechos humanos ante el principal sujeto pasivo: los Estados. Para Thomas Pogge, la información sobre derechos humanos constituye el elemento más importante en la evaluación comparativa de esquemas institucionales en un contexto internacional. A propósito del artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que prescribe que "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan

2 Irene Kahn y Kenneth Roth, "Movimiento internacional por los derechos humanos", en *Derechos humanos hoy. Balance internacional*, p. 69. El comentario sobre Estados Unidos se hizo respecto de la administración Bush. Durante el mandato del Presidente Obama, ha habido signos que permiten inferir que Estados Unidos espera erigirse en un nuevo líder internacional de la protección de los derechos humanos.
3 Eric Posner, "Human Welfare, Not Human Rights", *Columbia Law Review* 108, 2008, p. 1758.
4 Eric Neumayer, "Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?", *The Journal of Conflict Resolution* 49(6) 2005, p. 926.

plenamente efectivos", este experto internacional cree que "debe interpretarse en cuanto sostiene que la evaluación de un orden institucional debe estar basado primordialmente en cuánto mejor o peor serían satisfechos en él los derechos humanos, en comparación con su satisfacción en otras alternativas posibles".[5] Esta interpretación del artículo 28 implica una tesis moral significativa: "Cualquier esquema institucional debe ser evaluado y reformado principalmente por una referencia a su impacto relativo en la satisfacción de los derechos humanos de aquellos sobre quienes es impuesto".

Consideradas estas ideas, sigue teniendo sentido, a pesar de las quejas del Gobierno por los informes críticos de la situación de derechos humanos, elaborar información alternativa que demuestre el contraste entre los hechos y los estándares internacionales[6].

Sabemos que el sistema internacional de los derechos humanos depende mucho de la *actitud* con que cada Estado aborde el tema: la evaluación de los derechos humanos es, en un grado importante, una autoevaluación, porque impone a los Estados el deber de adoptar una actitud crítica en el diagnóstico de la situación real en el ámbito interno. Del mismo modo, impone a los Estados el deber de realizar acciones positivas para garantizar que los diagnósticos irán mejorando con el tiempo. Por ello, no solo se obligan con el contenido del tratado o pacto, sino también con las observaciones y recomendaciones que hagan los órganos de tratado.[7]

Durante 2008 y 2009 se llevaron a cabo diversos procesos encaminados a revisar la situación de los derechos humanos en Chile. Por cuestiones de espacio, este capítulo se restringirá al análisis de tres procesos ya finalizados o en sus fases finales:

1. La entrega al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de los informes periódicos 15°, 16°, 17° y 18°, que debían entregarse en noviembre de 2006 y lo hacen durante 2009.
2. El quinto informe periódico que presentó Chile ante el Comité contra la Tortura (CAT) durante marzo de 2009.
3. La revisión de la situación general de los derechos humanos en Chile durante el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (EPU).

5 Thomas Pogge, "La importancia internacional de los derechos humanos", conferencia dictada en el Centro de Estudios Filosóficos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en www.pucp.edu.pe.
6 Ver, por ejemplo, las quejas del ministro Francisco Vidal al conocerse el último informe de derechos humanos del Departamento de Estado de Estados Unidos. *La Nación*, "Vidal sobre informe EEUU: 'En Chile no tenemos Guantánamo", 26 de febrero de 2009.
7 Los órganos de tratado son aquellos encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados internacionales. Pueden recibir informes periódicos o extraordinarios y, en algunos casos, denuncias individuales.

A ello le sigue una breve reflexión sobre la importancia de contar con una institucionalidad adecuada para la tarea de elaboración de los informes, respuestas o contestaciones de demandas en el plano internacional. Se contrastará la actual estructura institucional con el Instituto de Derechos Humanos, cuyo proyecto de ley, al cierre de esta edición, seguía en trámite. Por último, se formulan recomendaciones para mejorar el desempeño del Estado ante la comunidad internacional y establecer una institucionalidad de derechos humanos acorde con los estándares internacionales.

1. INFORME ANTE EL CERD POR LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL

De la lectura del informe entregado por Chile, que incluye en un solo informe consolidado los cuatro informes periódicos que estaban pendientes, surgen muchas interrogantes relativas a la situación de los grupos discriminados en nuestro país. El informe nacional se centra en el estudio de dos grupos vulnerables: indígenas e inmigrantes. Acorde con las preocupaciones expresadas por la comunidad internacional en diversos instrumentos, la situación de la población indígena constituye el foco principal; gran parte de las 77 páginas del informe se dedican al diagnóstico de la situación de los indígenas y a la exposición de las políticas y medidas llevadas a cabo por el Estado para mejorar el respeto por sus derechos.

El contraste con la información oficial se realiza por dos vías: las preguntas del Relator del CERD y la información recabada por organismos no gubernamentales en los "informes sombra", informes alternativos al oficial, elaborados por la sociedad civil para vigilar el cumplimiento de los tratados internacionales.[8] En cuanto a lo primero, el Relator exige del Estado chileno en su conjunto información sobre las medidas para agilizar el proceso legislativo mediante el cual se creará una institución de derechos humanos autónoma, conforme a los Principios de París. En todos los informes entregados por Chile sobre el asunto se hace una mera referencia a que el mentado proyecto "se encuentra actualmente en trámite",[9] sin mencionar la cantidad de años que lleva desde que ingresó al Congreso ni las modificaciones al contenido del proyecto original, que

8 Lista de preguntas del Relator relativas al examen de los informes periódicos 15°, 16°, 17° y 18° de Chile (CERD/C/CHL/15-18), 18 de junio de 2009. "Informe de la sociedad civil de Chile al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas con motivo del examen de los informes periódicos 15º, 16º, 17º y 18º del Estado de Chile, 75º período de sesión", en adelante "informe sombra CERD".

9 Ello es así en los últimos informes entregados ante el CAT, el CERD y el EPU.

lo alejan de los Principios de París.[10] Del mismo modo, y tal como lo denuncia el "informe sombra", el proyecto para establecer una Defensoría de las Personas ha sido presentado por todos los Gobiernos desde 1990, pero no había tenido el respaldo político transversal que requieren estas materias. Solo en marzo de 2009 se logra el apoyo de todos los partidos políticos en la Cámara de Diputados para la creación de esta institución.

En otro de los aspectos más relevantes, si bien el Estado de Chile señala que la aplicación de la ley antiterrorista (LAT) no se basa en criterios discriminatorios, esta última se ha aplicado casi exclusivamente a miembros de la etnia mapuche, con ocasión de la investigación de delitos cometidos en el contexto de las luchas por la reivindicación de sus derechos. El Relator, en este caso, exige información sobre la situación de tres estudiantes imputados en virtud de la LAT en noviembre de 2008, cuestión que fue omitida en el informe oficial (pregunta Nº5) y exhaustivamente denunciada por el "informe sombra". De hecho, este último informe constata que diversos organismos de derechos humanos nacionales e internacionales han condenado, no solo la aplicación de la LAT, sino definitivamente su contenido. Recordemos que, debido a las presiones y recomendaciones de diversos organismos internacionales, en mayo de 2006 la Presidenta Bachelet se comprometió a no aplicar esta legislación en contra de personas mapuche, señalando que la "justicia ordinaria tiene bastante fuerza para actuar".[11] Sin embargo, durante 2009 esta promesa de la Presidenta no hizo retroceder al Ministerio del Interior, el que, por medio de la abogada de la Gobernación Provincial de Cautín, presentó una querella criminal ante el Tribunal de Garantía de Lautaro, en febrero, invocando la LAT en relación con varios imputados mapuche. La promesa presidencial tampoco tuvo efecto sobre el Ministerio Público, el que durante octubre de 2008 invocó la LAT en contra de los estudiantes de la Universidad Católica de Temuco Félix Delgado y Jonathan Vega, ambos de veintiún años, por hechos relacionados con la protesta mapuche en la Región de la Araucanía.

Otra de las vías de discriminación jurídica se relaciona con la competencia de los juzgados militares en los casos de violencia policial acaecidos principalmente en la misma zona. Tanto los delitos de agresión a Carabineros ("maltrato de obra") como aquellos en que el sujeto activo es un funcionario público encargado del orden y seguridad ("violencia innecesaria") son de conocimiento de juzgados militares, lo que supone una abierta violación a los estándares internacionales en la materia.[12] El

10 Ver "Institucionalidad de los derechos humanos", en *Informe 2008*. Los "Principios de París" constituyen las principales directrices internacionales en materia de instituciones nacionales de derechos humanos. Contienen estándares que dicen relación, entre otras materias, con la amplitud del mandato que estos organismos han de tener, así como con su necesaria independencia del poder político.
11 Ver el apartado c.2) del "informe sombra CERD".
12 Ver "Justicia militar", en *Informe 2008* y en este *Informe.*

informe oficial del Estado de Chile al CERD no hace ninguna mención al respecto, y ello constituye una de sus omisiones más graves. Aquí, la discriminación no es tanto un problema en el criterio discrecional de aplicación de una norma de competencia, sino un caso de violación flagrante de los derechos civiles y políticos, principalmente los relativos al debido proceso, por parte del sistema penal militar chileno en su conjunto.[13]

El Relator exige información sobre la investigación de la muerte del joven Matías Catrileo, cuestión que es omitida en el informe oficial (pregunta Nº12). Como en muchos otros casos omitidos, la información entregada por el "informe sombra" entrega abundantes datos sobre diversos casos de violencia policial en contra del pueblo mapuche, comprendiendo los delitos de allanamiento ilegal, detención ilegal, secuestros, tortura y otros; información que se revela de extrema importancia para contrastar la aparente situación de normalidad sugerida por las autoridades.[14]

Acerca de la situación de los derechos y de la participación política de la población indígena, el informe oficial de Chile expone una serie de programas del Gobierno encaminados a incrementar esta participación, pero no se refiere a medidas legislativas de acción afirmativa, es decir, que al menos durante un tiempo promuevan una preferencia explícita para que las minorías étnicas tengan representación parlamentaria. En el "informe sombra", por su parte, se consideran diversos factores del sistema político chileno que explicarían la exclusión indígena en este ámbito: en primer lugar, un sistema binominal que favorece a las grandes coaliciones y margina a las fuerzas minoritarias o con implantación exclusivamente regional; en segundo lugar, las barreras de entrada para los partidos regionales que suponen las restricciones de la ley orgánica constitucional de partidos políticos.[15] Recordemos que, según la Encuesta CASEN 2006, alrededor del 7% de la población nacional se considera mapuche, y que la mitad de esta población reside en las regiones del Biobío, Los Ríos y Los Lagos. Estas razones configuran un diagnóstico crítico para la participación política de la población mapuche, que tiene pocas posibilidades de aspirar a conseguir representación en el Congreso.

La omisión de referencias a medidas legislativas de acción afirmativa se agrava al constatar que diversos informes gubernamentales han reconocido la pretensión, principalmente del pueblo mapuche, de conseguir "cupos especiales" o "escaños reservados", medidas que han sido adoptadas en otras legislaciones. Por ejemplo, el Gobierno de Michelle Bachelet

13 Ver el apartado c.1) del "informe sombra CERD".
14 Justo cuando Chile rendía su examen ante el Comité CERD, en agosto de 2009, se produjo la muerte del comunero mapuche Jaime Mendoza Collío, por personal de Carabineros. El hecho produjo conmoción en las sesiones y los delegados del Estado chileno tuvieron que dar explicaciones sobre la persistencia de la justicia militar, la violencia policial y los hechos que involucran a indígenas con esta muerte como telón de fondo.
15 Ver los artículos 3º y 6º de la Ley 18.603.

auspició en 2006 un "Debate nacional de pueblos indígenas" donde se recogieron opiniones recurrentes en favor de medidas especiales para el ejercicio de sus derechos políticos, en particular el acceso a los órganos electivos de toma de decisiones mediante cupos en el Parlamento y en los consejos regionales y municipales. También la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato,[16] creada por iniciativa gubernamental el 2001, recomendó reconocer derechos políticos a los pueblos indígenas, proponiendo la creación de escaños reservados para parlamentarios indígenas en ambas cámaras, además de los puestos en los consejos regionales y municipales bajo fórmulas de proporcionalidad. Así también, tanto en la presentación de los "Nuevos ejes de la política indígena" (2007) como en el plan de acción "Re-Conocer: Pacto social por la multiculturalidad" (2008),[17] el Gobierno ha dado explícito reconocimiento a las aspiraciones políticas de los grupos indígenas, principalmente del pueblo mapuche, que constituye una mayoría considerablemente representativa.

Otro de los aspectos interesantes consiste en exigir del Estado no cualquier dato estadístico de la situación de los pueblos indígenas: para diseñar políticas públicas adecuadas, señala el Relator, es necesario contar con datos "desagregados" sobre el desarrollo social en Chile (pregunta Nº 7).

Finalmente, el Relator pregunta al Estado por la situación de los inmigrantes, inquiriendo si gozan o no de los mismos derechos que las demás personas que habitan en Chile. El Estado contesta que el "eje de la gestión gubernamental" en esta materia lo constituye "la preocupación por los derechos humanos de los trabajadores migrantes", detallando las cifras sobre aumento de la población migrante y su composición por origen y capacidades de trabajo. Señala, además, que el Gobierno de la Presidenta Bachelet fue el primero de los gobiernos de la Concertación en adquirir "compromisos explícitos en su programa [presidencial] en torno a las migraciones".[18] Luego el informe del Estado desarrolla las medidas adoptadas o por adoptarse en beneficio de la población migratoria.

2. INFORME ANTE EL COMITÉ CONTRA LA TORTURA (CAT) POR LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS EN LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Durante mayo de 2009 se procedió a la revisión del quinto informe periódico ante el CAT. El proceso de revisión había comenzado en enero de 2007, cuando Chile entregó, con más de un año de retraso, el informe oficial. Luego el CAT remitió al Estado de Chile una lista de cuestiones

16 *Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, octubre de 2003, http://biblioteca.serindigena.org.
17 Ambos documentos en www.prensapresidencia.cl.
18 Informe presentado por Chile al Comité contra la Discriminación Racial, CERD/C/CHL/15-18, 13 de marzo de 2009, párr. 170 y 172.

que le interesaba supervisar, considerando las recomendaciones entregadas por el organismo en ocasiones anteriores, y el Gobierno respondió a esa lista de 38 preguntas en 2009.[19] Por su parte, la sociedad civil presentó un "informe sombra" respondiendo a las mismas preguntas formuladas por el CAT.[20]

El presente apartado contrasta ambos informes, de cuya lectura es posible inferir que se están describiendo dos realidades distintas. Más allá de los intereses que pueda tener cada una de las partes, conocer las diferencias, los contrastes y las contradicciones pueden guiar a una lectura crítica de la imagen que Chile proyecta en el exterior.

2.1 Definición y tratamiento de la tortura en Chile

Respecto del artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el CAT mostró su preocupación por el hecho de que la definición de tortura contemplada en la legislación chilena no está totalmente conforme con la definición de la Convención. Aquí, el Estado de Chile ofrece una argumentación interpretativa del artículo 150 A del Código Penal, que sanciona la tortura, para dar a entender que se están cumpliendo los estándares internacionales.[21] De hecho, para el Gobierno de Chile, el artículo no "limita las potenciales víctimas de tortura a aquellas personas privadas de libertad", ya que, aun cuando la efectiva privación de libertad es un supuesto del tipo objetivo, la norma chilena no se pronuncia respecto de si la privación de libertad debe ser en conformidad al ordenamiento jurídico o bien puede ser una privación ilegítima. De ahí, el informe oficial concluye que la norma siempre "estaría" conforme con lo establecido en el artículo 1 de la Convención, "en tanto siempre que la víctima se encuentre sometida a tortura estará en la imposibilidad de disponer de su libertad".[22] De la sola lectura de estos argumentos podemos entender que el CAT estaba buscando otra cuestión, lo que vendría a confirmarse cuando hizo las observaciones finales, esto es, que al CAT le interesa que los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados Partes cuenten con declaraciones explícitas que, a través de figuras penales, castiguen toda forma de tortura. En otras palabras, para el CAT, las formas lingüísticas

19 Para la verificación de las fechas de entrega de los informes y respuestas, ver www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.

20 El "informe sombra" ante el CAT está disponible en www.observatorio.cl, y contó con la participación de Observatorio Ciudadano, Amnistía Internacional, Cintras, Corporación Opción, Corporación Humanas y este Centro de Derechos Humanos.

21 El artículo 150 A del Código Penal prescribe: "El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente".

22 Respuestas por escrito del Gobierno de Chile a la lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el quinto informe periódico de Chile, CAT/C/CHL/Q/5/Add. 1.

en que estas figuras vengan tipificadas constituyen una de las maneras de adecuar los ordenamientos internos a los estándares internacionales. Así, el lenguaje en que se expresan las normas sobre derechos humanos adquiere relevancia. Caso paradigmático es la exigencia de una condena absoluta y explícita de toda forma de tortura.

Ante la pregunta sobre la existencia de un registro nacional para la recopilación de información de los tribunales nacionales sobre los casos de tortura y malos tratos, el Gobierno de Chile comenta la existencia de dos registros: el sistema de datos llamado Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF), que contaría con información detallada y precisa de todos los delitos, y un sistema de registro de ingresos judiciales al cual tendrían acceso todos los jueces de Chile y que es administrado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Es importante señalar que ninguno de ellos se encuentra a disposición del público, lo que impide hacer un diagnóstico fehaciente de la situación de la tortura en Chile. En efecto, para el público solo se encuentra disponible el Anuario Estadístico Interinstitucional, que consigna las denuncias realizadas a Carabineros, entre las cuales se cuentan los tormentos inferidos por funcionarios públicos a los detenidos. Respecto del segundo, y ante diversos requerimientos presenciales, fue imposible conseguir de la Corporación Administrativa del Poder Judicial la entrega de la información. En resumen, las respuestas del Estado de Chile en esta materia no son satisfactorias, pues la utilidad de contar con un registro sobre los hechos de tortura solo adquiere sentido cuando es de público conocimiento.

Sobre la discusión del artículo 2 de la Convención, el CAT preguntó al Estado chileno acerca del porcentaje de personas detenidas sin que se hayan presentado cargos en su contra. En el informe oficial no se responde esta pregunta. Por su parte, el "informe sombra" afirma que es posible hacer una deducción aproximada a partir de los datos estadísticos, restando a la cifra total de personas formalizadas la cifra de personas sometidas a control de detención. Para ello, "es necesario tomar en cuenta que no todas las personas detenidas son sometidas a control de detención, lo cual distorsiona en una medida desconocida el valor de este ejercicio estadístico". Aquí, además de la omisión del informe oficial, asombra el hecho de que nuestros soportes estadísticos sean incapaces de responder a los requerimientos que hacen los órganos de tratado.

2.2 Institucionalidad de los derechos humanos

En las últimas revisiones, una de las cuestiones más requeridas por diversos órganos de tratado ha sido la información relativa a la tramitación del proyecto de ley que crea el Instituto de Derechos Humanos. Aquí, el CAT solicita al Estado que entregue información sobre el estado de la tramitación y sobre la conformidad del proyecto con los Principios de París.

El informe oficial se limita a señalar que el Instituto continúa con su tramitación, sin considerar, por ejemplo, las críticas del *Observatorio parlamentario* a esa tramitación, a través de sus boletines periódicos.[23] También afirma que el proyecto de ley cumple con los Principios de París, sin ofrecer razones para sustentar su afirmación. En contraste con aquello, y como lo señaló este mismo *Informe* en 2008, el proyecto de ley, que actualmente cuenta con un informe de la comisión mixta (integrada por la Cámara de Diputados y por el Senado), presenta diversos problemas que lo alejan de los estándares internacionales; por ejemplo, no se le otorga reconocimiento constitucional a la autonomía del Instituto, lo que, de acuerdo al informe de la comisión mixta, lo convertirá en un servicio público descentralizado. Esto último implica que, en la práctica, a pesar de contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, estará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del respectivo Ministerio. En otras palabras, ello significa que, cuando hay un Ministerio que tiene que hacer el presupuesto para promover un órgano de este tipo, siempre deberá existir alguna relación especial con el mismo, lo que condicionará la pretendida autonomía.[24]

2.3 Reformas a la justicia militar

Respecto de las reformas al Código de Justicia Militar, existen diversas recomendaciones de los organismos internacionales que solicitan la modificación de la jurisdicción penal militar. Esta exigencia se tornó crítica desde 2005, cuando la Corte Interamericana condenó al Estado de Chile por el caso *Palamara Iribarne*, que obliga a la modificación de la justicia militar.[25] En concreto, lo que se pidió al Estado, en caso de considerar necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, es el establecimiento de límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a su jurisdicción.

En el informe oficial se entrega información que no concuerda con la realidad. Si bien el proyecto actualmente en discusión reduce la competencia de los juzgados militares para juzgar a civiles, no lo impide de manera absoluta. Tal como señala el "informe sombra", parafraseando el *Informe* 2008 de la UDP, el nuevo artículo 3° que se propone establece que los "Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los militares, para juzgar los asuntos de la jurisdicción militar

23 El Observatorio Parlamentario es una iniciativa de la sociedad civil, coordinada por la Corporación Humanas, que "emite opinión sobre la actuación de los legisladores; su desempeño y cumplimiento de obligaciones; iniciativas de ley relevantes en materia de derechos humanos, democracia y justicia; así como respecto de los debates y posiciones en el proceso legislativo". Ver www.humanas.cl.
24 Ver "Institucionalidad de derechos humanos", en *Informe 2008*.
25 Al respecto, ver el capítulo sobre justicia militar en este volumen.

que sobrevengan en el territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Código". Con esta excepción se deja abierta la posibilidad del juzgamiento de civiles. Como recomienda el "informe sombra", la única manera de contrarrestar esta posibilidad sería con la inclusión de una prohibición constitucional que impida que cualquier reforma legal pueda volver a ampliar las competencias.

Otra de las críticas al contenido del proyecto de reforma consigna que la mayoría de los títulos del libro III del Código de Justicia Militar contempla delitos comunes, los que no dejan de serlo por el hecho de que los cometan militares. Esto último está en abierta contradicción con lo señalado en el informe oficial ante el CAT, que advierte como uno de los puntos centrales de la reforma al Código de Justicia Militar la circunscripción de la competencia de los juzgados militares a delitos estrictamente castrenses.

2.4 Condiciones carcelarias

Uno de los puntos más controvertidos en la proyección de los derechos humanos en Chile hacia el escenario internacional lo constituyen las condiciones carcelarias. Como lo han señalado diversos informes, el diagnóstico sobre el cumplimiento de los estándares de derechos humanos al interior de las cárceles es deficitario.[26] Se esperaba que en esta ocasión el informe oficial de Chile contuviera referencias a las múltiples falencias que han constatado tanto órganos de tratado como organizaciones no gubernamentales y aun autoridades chilenas. Un número significativo de cuestiones que le interesaba supervisar al CAT (10 de un total de 38) se referían a las condiciones carcelarias en general.

De diversas informaciones aportadas por el "informe sombra" que contrastan con la información oficial, destacan dos omisiones de extrema importancia para el análisis de los puntos 23, 25 y 27 que interesaban al CAT. En éstos se solicita del Estado información sobre las medidas que se están tomando para poner fin al hacinamiento y otras deficiencias graves, así como resultados de la investigación de la tragedia del centro del Sename de Puerto Montt, donde murieron diez jóvenes a raíz de un incendio. Sobre estos dos aspectos la Cámara de Diputados expidió sendos informes: se constituyó una comisión investigadora especial sobre el proceso de concesiones carcelarias –la que en noviembre de 2008 entregó su informe con diversas críticas y recomendaciones que debían orientar el proceso en el futuro–[27] y se constituyó otra comisión investigadora para determinar la responsabilidad admi-

26 "Condiciones carcelarias", en *Informe 2008*. Ver también el último *Informe de derechos humanos del Departamento de Estado de Estados Unidos*, 25 de febrero de 2009, http://spanish.chile.usembassy.gov.

27 Ver *Informe de la comisión investigadora especial sobre el proceso de concesiones carcelarias*, en capítulo de "sistema penitenciario y derechos humanos", en este volumen.

nistrativa y política del Sename y el ministro de Justicia en la tragedia de Puerto Montt. Esta última entregó su informe en octubre de 2008, exigiendo que el proceso de implantación del nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil se corresponda con una política pública a la altura. Más aun, se determinaron las responsabilidades del ministro de Justicia, Carlos Maldonado, y de la directora nacional del Sename de la época, Paulina Fernández, respecto de la entrada en vigencia de la ley de responsabilidad penal juvenil. Acerca de las responsabilidades relacionadas con la tragedia, el informe apuntó a la mencionada directora, al director regional del Sename, al seremi de la Décima Región y a la entonces directora del centro Tiempo de Crecer.[28]

El informe oficial omite información que, en este caso, fue elaborada por representantes políticos de todos los sectores y que pertenecen también a la estructura del Estado. Esto no concuerda con los argumentos esgrimidos por los informes oficiales cuando se refieren a la ineficacia o inercia del Poder Legislativo como excusa para justificar el incumplimiento de un estándar internacional de derechos humanos que requiera una modificación legislativa.

En el punto 24 de las cuestiones que interesaba resolver al CAT se pregunta por las "medidas que está tomando el Estado Parte para reducir o acabar con el fenómeno de hacinamiento en las cárceles, debido al continuo crecimiento de la población penitenciaria". El informe oficial, en este punto, se remite a la información entregada respecto de las medidas para mejorar las condiciones de los establecimientos (punto 23), y omite cualquier referencia a medidas de política criminal que tiendan a mejorar las condiciones de hacinamiento, o directamente a alguna política penitenciaria para mejorar las posibilidades de resocialización o rehabilitación de los reos. De la lectura del informe oficial se deduce que la única respuesta del Estado de Chile a las deficientes condiciones carcelarias es la puesta en marcha de una política de concesiones que entrega la administración de los recintos carcelarios a privados. El "informe sombra", por su parte, además de recopilar opiniones de expertos sobre el tema, hace referencia a informes internacionales que concluyen que estas altas tasas de encarcelamiento no se condicen con los diagnósticos que concluyen que Chile es uno de los países más seguros de América Latina.[29] A la luz de estos datos, pareciera que la construcción de un mayor número de cárceles no es la mejor solución al tema del hacinamiento, por lo tanto, la respuesta del Estado chileno debiera

28 Ver el informe de esta comisión, www.bcn.cl y el capítulo sobre sistema penitenciario en este volumen.

29 Ver el *Informe 2008* del Global Peace Index, en www.visionofhumanity.org. Del mismo modo, el Gobierno de los Estados Unidos señala en su página de viajes que sus ciudadanos no debieran preocuparse: "Crime rates are low to moderate throughout Chile and are moderate in Santiago, Valparaiso, and other major cities. American citizens visiting Chile should be as careful in cities as they would be in any city in the United States", http://travel.state.gov/travel.

centrarse en una política integral que coordine una política criminal y una política penitenciaria adecuadas. En esta respuesta, el Estado podría haber hecho un esfuerzo por tener una visión más integral sobre el problema de las cárceles y la afectación de los derechos humanos. La omisión resulta más grave cuando se tiene en cuenta que incluso diversos entes del Estado, como el Ministerio de Planificación o la fiscalía de la Corte Suprema, representada por la fiscal Mónica Maldonado, han hecho los mismos diagnósticos críticos.[30]

Otro de los temas que interesaba supervisar al CAT era la "práctica, al parecer existente, [de] que los tribunales requieren informes médicos como prueba de las alegaciones de tortura". Aquí, el informe oficial reduce su respuesta a explicar que en el nuevo sistema procesal penal quien tiene la función de dirigir la investigación es el fiscal y no el juez. Por ello, arguye el Estado, los jueces jamás podrían exigir tales informes médicos, ya que los únicos que tienen facultades para determinar los medios de prueba acusatorios son los fiscales. Pero, para tomarse en serio las solicitudes de información de los órganos de tratado, en este caso el Estado debería haber indagado sobre la práctica litigiosa de los juzgados militares de requerir informes médicos como prueba de los delitos de violencia innecesaria cometidos por funcionarios públicos.[31]

También en materia de condiciones carcelarias, el CAT exige información sobre la práctica de detener a prisioneros en celdas de aislamiento como forma de castigo, sin respetar los procedimientos adecuados y por períodos prolongados de hasta quince días. En este punto, y en consonancia con anteriores respuestas, el Estado solamente hace referencia al reglamento de establecimientos penitenciarios, que establece qué conductas son constitutivas de faltas, las sanciones y el procedimiento de aplicación. A pesar de que al CAT le interesa obtener información sobre lo que sucede en la práctica, la respuesta del Estado se centra en una cuestión normativa, que no necesariamente coincide con la realidad. Y, como lo ha denunciado la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, a partir de un caso emblemático, la internación en celdas de aislamiento de deficientes condiciones es una situación común en las cárceles.[32]

2.5 Uso de legislación antiterrorista

Por último, en el punto 36 el CAT requiere información sobre la afectación de las garantías legales y prácticas en materia de derechos humanos con motivo de la aplicación de la ley antiterrorista, tal como lo han

30 Ver el estudio de Gustavo Jiménez, "El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile", Departamento de Estudios del Ministerio de Planificación, 2007.
31 Información obtenida a partir de una visita en terreno con los miembros de la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, 6 de julio de 2009.
32 Ver el desarrollo del caso en www.derechoshumanos.udp.cl, "abuso en cárceles".

denunciado en numerosas oportunidades diversos órganos de tratado. Se exige del Estado no solo que se abstenga de su aplicación, sino que modifique su contenido, sobre todo en lo que se relaciona con la definición amplia del delito de terrorismo y la posibilidad de que los imputados vean reducidas sus garantías procesales. En este caso, el informe oficial de Chile dedica seis líneas a afirmar, sin justificar, que la aplicación de la ley antiterrorista no implica una afectación a los derechos fundamentales de los imputados, lo cual es inexacto en tanto se trata de un estatuto que, entre otras cosas, autoriza la presencia de testigos sin rostro, lo que mina las posibilidades de defensa de los imputados.[33]

3. EXAMEN PERIÓDICO UNIVERSAL ANTE EL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS

La presente sección analiza el Examen Periódico Universal (EPU), que evaluó al Estado chileno ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en mayo de 2009. El Consejo es un órgano subsidiario de la Asamblea General y se compone de 47 Estados miembros; actualmente Chile se cuenta entre ellos, en calidad de vicepresidente. El EPU es el procedimiento mediante el cual los Estados presentan ante el Consejo un informe sobre la situación de los derechos humanos en sus respectivos países, y un Grupo de Trabajo, conformado por otros Estados, actúa en calidad de evaluador. Este mecanismo permite que todos los países miembros de Naciones Unidas sean examinados cada cuatro años. Con este nuevo Consejo se busca acabar con la politización y selectividad que caracterizaban a la antigua Comisión de Derechos Humanos de la ONU, las que paulatinamente fueron debilitando la misión original de la entidad.[34]

Entre las innovaciones más importantes de esta nueva herramienta de evaluación se cuentan la incorporación de los Estados en la supervisión de sus pares, así como una activa participación de la sociedad civil en el contraste de la información oficial. Estos dos matices permiten inferir que el análisis de la información oficial entregada por un Estado

33 La respuesta del Estado señala que "la aplicación en Chile de la Ley Antiterrorista, al menos desde la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, no ha perturbado las garantías procesales que, en todo caso, son observadas en todo momento por los tribunales de Garantía y tribunales de Juicio Oral en lo penal de Chile, garantes, los primeros, del respeto total y absoluto de las garantías procesales que la Constitución Política de Chile y los tratados internacionales les conceden a los imputados que son formalizados, investigados o acusados en aplicación de esta norma". Informe de Chile ante el Comité contra la Tortura, CAT/C/CHL/Q/5/Add.1, párrafo 110.

34 El ex director de Derechos Humanos de la Cancillería chilena recuerda los "permanentes choques ideológicos de sus sesiones, la selectividad en sus investigaciones, la rigidez de los procedimientos y la falta de respuesta ante graves violaciones a los derechos humanos, amén de las pobres –o inexistentes– credenciales de algunos de sus miembros, quienes, siendo conocidos infractores de los derechos humanos, formaban parte de la Comisión para evitar ser condenados", en Juan Aníbal Barría, "A un año del Examen Periódico Universal", en Centro de Derechos Humanos, *Anuario de derechos humanos 2009*, Santiago, Universidad de Chile, p. 158.

con motivo del EPU estará sometido a estándares más exigentes, y, en efecto, el flujo de información alternativa es mucho mayor que las revisiones periódicas que pueden llegar a hacer los órganos de tratado.

Antes de estas innovaciones la información entregada por los Estados era la herramienta esencial para constatar la situación de un país. Por eso se buscó asegurar que la información fuera objetiva y fidedigna, y el modo de hacerlo es contrastar la información entregada por el Estado con otras fuentes; como señala la resolución 60/251 que crea el EPU, se debe "asegurar la participación de todos los actores interesados pertinentes, con inclusión de los actores de las organizaciones no gubernamentales y de las instituciones nacionales de derechos humanos". Así, en la temprana experiencia del EPU, gran parte del proceso se centra en la comparación del informe oficial con los datos aportados por otros dos informes: uno preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que recopila la información contenida en los informes de los órganos de tratado, los procedimientos especiales y otros documentos oficiales de las Naciones Unidas; y otro informe, preparado también por la Oficina del Alto Comisionado, que recopila la información aportada por los organismos de la sociedad civil.

Así, la evaluación ya no depende únicamente de la información oficial y, como señala un experto en la materia, "en una era en que los Gobiernos han adoptado declaraciones y tratados en los que se obligan a respetar los derechos fundamentales, el hecho de documentar las discordancias entre sus prácticas y sus compromisos públicos es una manera de denunciar su vergonzosa inconsecuencia".[35] De este modo la información se transforma en herramienta eficaz, más allá del uso que pueda hacer el "movimiento por los derechos humanos" de la litigación nacional e internacional.[36] Como no existen mecanismos para forzar el cumplimiento de la normativa internacional, el proceso de elaboración de informes se ha erigido en pilar esencial de la promoción y protección de los derechos humanos.

En el Examen Periódico Universal de Chile de 2009 destacó la información aportada por la Coalición Ciudadana de Monitoreo de los Derechos Humanos, que elaboró diversos "informes sombra" paralelos y estuvo conformada por Amnistía Internacional-Chile, Codepu, la Comisión Ética Contra la Tortura, la Corporación Humanas, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, el Observatorio Ciudadano, Cintras y Opción.[37]

35 Aryeh Neier, "Reflexiones a sesenta años de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en Centro de Derechos Humanos, *Derechos humanos hoy. Balance internacional*, Santiago, Universidad de Chile, 2008, p. 19.
36 Para una evaluación positiva del uso de la litigación internacional, ver James L. Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", *SUR*, *Revista Universitaria de Derechos Humanos*, año 5, Nº1.
37 Para revisar los informes alternativos aportados por la sociedad civil, ver www.observatorio.cl.

De todas formas, hay quienes han propuesto modificaciones para mejorar el rendimiento de este mecanismo. Entre los futuros desafíos que debiera abordar el diseño del EPU, el ex director de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores destaca el reforzamiento del papel de la sociedad civil. De acuerdo al actual diseño, el informe "alternativo" al oficial no puede superar las diez páginas y debe ser remitido con anterioridad a la presentación del Estado; "bajo este último formato, las organizaciones carecen de la posibilidad de cuestionar oficialmente la información remitida por el Estado y de aportar otros elementos de análisis para contrarrestar sus afirmaciones".[38] Por otra parte, a pesar de que deben considerarse las informaciones aportadas por la sociedad civil, ésta no tiene la posibilidad de realizar declaraciones ni de formular preguntas durante el diálogo con el Estado examinado.

3.1 Participación de organizaciones no gubernamentales y centros académicos

Con ocasión del EPU, el Estado de Chile, a través de la Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería, desarrolló una experiencia pionera, consistente en mesas de trabajo a las que invitó a la sociedad civil para elaborar un informe oficial que contara con diversas perspectivas. Esta decisión permitía esperar que dicho informe considerara las opiniones divergentes sobre los más diversos temas de derechos humanos. Así, en dos reuniones conjuntas entre el Gobierno y organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y expertos, se refrendaron algunos avances en el área, como el reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho, el voto positivo del Estado de Chile a la lucha contra la discriminación por orientación sexual, la disminución de la línea de pobreza y avances en un cambio cultural sobre los derechos de la mujer.

Sin embargo, la presentación oficial del Estado, tanto la escrita como la oral, omitió la información alternativa aportada por la sociedad civil durante la mesa de trabajo conjunta, sin referirse a las múltiples constataciones y recomendaciones que la Coalición Ciudadana de Monitoreo de los Derechos Humanos compartió previamente con el Estado. Ni siquiera se consideraron las recomendaciones y observaciones que durante los últimos años han realizado los órganos de tratados. Lo que sigue es una breve exposición de los aspectos de derechos humanos que, a pesar de haber sido denunciados como deficientes, fueron omitidos por el informe oficial, omisión que pone en entredicho la capacidad de liderazgo que la comunidad internacional espera de Chile.

38 Juan Aníbal Barría, "A un año del Examen Periódico Universal", en Centro de Derechos Humanos, *Anuario de derechos humanos 2009*, Santiago, Universidad de Chile, p. 161.

Como una observación general, cabe señalar que cuando el ministro Secretario General de la Presidencia, encargado de presentar oralmente el informe ante el Consejo, hacía referencia a diversos proyectos de reforma constitucional o legal en tramitación en el Congreso o de próximo envío, omitía referencias a situaciones concretas. Ello motivó a la experta Cecilia Medina a declarar: "En general, este informe se parece muchísimo a otros informes que yo vi en mi época en el Comité de Derechos Humanos, de los Estados latinoamericanos, africanos y asiáticos, que se limitaban a decir las leyes que se habían adoptado y las que estaban en camino de adoptarse y hacían todo lo posible por evitar hablar de la situación real".[39]

El Observatorio Parlamentario ha denunciado en reiteradas oportunidades que diversos proyectos sobre derechos humanos pueden llegar a tardar diez y en ocasiones más años en el Congreso, por lo que las perspectivas de aprobación son como mínimo inciertas; por regla general están sometidos a cuestiones de política contingente, lo que, sumado a la falta de representatividad de un sistema político basado en una lógica binominal, deriva en que los esfuerzos legislativos a los que hizo referencia el ministro queden como meras declaraciones de principios.

Entre los problemas específicos que la sociedad civil planteó en la mesa de trabajo con el Gobierno se cuentan los costos ambientales, sociales y culturales de nuestra dependencia de la industria extractiva; el conflicto en la Araucanía, sus problemas particulares y la aplicación de la ley antiterrorista; la falta de un plan integrado para la infancia, la necesidad de mecanismos de participación apropiados para niños y niñas, y la preocupación por la eliminación de la legitimación activa en la discusión del proyecto de ley de protección de los derechos del niño;[40] otros puntos críticos diagnosticados fueron las condiciones carcelarias, la falta de una política de integración de las personas con discapacidad y el escaso avance de las políticas de inclusión de la población homosexual.

Aunque en la ocasión el director de Derechos Humanos de la Cancillería declaró estar dispuesto a otorgarle protagonismo a la sociedad civil en la confección del informe nacional que se presentaría al Consejo,[41] *ninguna* de las perspectivas críticas fue incluida en la redacción de este último.

El caso más paradigmático de estas omisiones se relaciona con la exposición del académico Álvaro Castro en la segunda reunión de la mesa de trabajo. Castro se refirió a la situación de las personas privadas de libertad, especialmente de los menores de edad, aludiendo a diversos informes que diagnostican la grave situación en que se encuentran al-

39 IPS noticias, "Activistas cuestionan informe oficial ante ONU", www.observatorio.cl. Cecilia Medina es ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y codirectora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.
40 Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, "4º informe trimestral. Octubre-diciembre 2008", pp. 22-23.
41 *Informe nacional*, presentado de conformidad con el párrafo 15 A) anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, www.minrel.gov.cl. En adelante, "informe nacional".

gunos jóvenes recluidos. Para ello, citó el *Informe* 2008 de la UDP, un informe de Unicef de 2007, otro del Departamento de Estado de Estados Unidos, y un informe de la Contraloría General de la República, esto es, una entidad del Estado, con denuncias graves.[42] Con todo, en el informe oficial la única frase que denota alguna visión crítica es la siguiente: "La implementación de esta reforma [de responsabilidad penal juvenil] no ha estado exenta de dificultades".

En materia de condiciones carcelarias, las menciones a la crítica situación de los recintos penitenciarios en nuestro país se reducen a una sola. La cita reza: "A pesar de estos innegables avances [en infraestructura], aún existen condiciones de hacinamiento agravadas por el deterioro de algunos edificios que sirven como centros de reclusión, lo que en ciertas circunstancias constituye una amenaza para la seguridad tanto de los internos como del personal penitenciario" (párr. 43 a 47 del informe oficial). Dos cosas que decir al respecto: primero, un informe de derechos humanos, aunque sea oficial, no puede negar u olvidar que el hacinamiento afecta no solo la seguridad de los internos y de los funcionarios, sino su dignidad; además, no por frecuente es menos errado el argumento público de que por el solo hecho de mejorar la infraestructura los derechos humanos estarán mejor respetados.

Asimismo el informe nacional omite referirse a los problemas de funcionamiento de la mesa de diálogo convocada en 1999 para obtener información sobre detenidos desaparecidos, y a los problemas de implementación de las leyes de reparación promulgadas a raíz del Informe Valech.

3.2 Otros temas de interés para el Consejo de Derechos Humanos

Otro de los puntos relevantes que omitió el Estado chileno en su informe nacional fueron las graves afectaciones a los derechos humanos que ha producido la implementación del nuevo sistema de juzgados de familia, paradigma del fracaso de una política pública según expertos de diversos sectores.[43]

En la sección sobre justicia militar, se hace caso omiso del aumento de denuncias por violencia policial, siendo que ese incremento es una realidad objetiva,[44] y que la dificultad para obtener resultados satisfactorios, en comparación con la celebrada eficacia del sistema criminal ordinario, conlleva una grave afectación del derecho a la justicia.[45] Por

42 El informe de Contraloría denunció la ausencia de personal suficiente y de supervisión financiera, irregularidades en la aplicación de sanciones, sobrepoblación de internos y malas condiciones de los establecimientos. Ver, en este volumen, "Sistema penitenciario y derechos humanos".
43 Ver, por ejemplo, Lidia Casas y otros, *El funcionamiento de los nuevos tribunales de Familia: Resultados de una investigación exploratoria*, www.udp.cl/derecho; Libertad y Desarrollo, *Tribunales de Familia: Razones del colapso,* Temas Públicos 841.
44 Informe de la sociedad civil de Chile al Comité Contra la Tortura ONU, mayo de 2009, borrador, de próxima publicación.
45 Ver el estudio de Claudio Fuentes y Rodrigo Álvarez, *Denuncias por actos de violencia policial*

lo demás, y considerando el persistente interés de los órganos de tratados por obtener información estadística sobre los abusos policiales,[46] el Estado chileno debiera ser capaz de generar sus propias estadísticas en la materia: por ahora lo impiden la falta de una institucionalidad que sistematice la información,[47] así como el relativo atraso en la gestión de que adolecen los juzgados militares.

El informe nacional tampoco hace mención alguna de las violaciones de derechos humanos denunciadas por entidades nacionales e internacionales en la zona de la Araucanía, en el marco del mal denominado "conflicto mapuche". En el punto 60, señala: "En las situaciones violentas que se generaron en localidades mapuches en el pasado reciente, cabe señalar que en la aplicación de las normas legales nunca ha existido de parte de los Gobiernos democráticos un criterio de aplicación basado en consideraciones étnicas, sociales, culturales o de cualquier otra naturaleza". Es la única mención a la violencia en la zona, y omite hablar de los aspectos problemáticos de la aplicación de la ley antiterrorista en este contexto, particularmente el hecho de que el propio Gobierno ha afirmado que "la situación en los sectores de la Araucanía es una situación que podemos definir como normal".[48] Su silencio contrasta con las múltiples recomendaciones dirigidas al Estado por diversas entidades internacionales, advirtiéndole que se abstenga de aplicar la ley antiterrorista a las situaciones de violencia en este ámbito.

En contraste, existe abundante información sobre casos de violencia y abuso policial en la zona de la Araucanía. Desde la muerte de Matías Catrileo en enero de 2008, se han constatado más de veinte casos graves de violencia, incluida la tortura, en contra de personas mapuche, que han sido debidamente denunciados por organizaciones de derechos humanos.[49]

3.3 Recomendaciones de la comunidad internacional

Durante la ronda de preguntas y comentarios de los Estados Partes, algunos de los cuales tuvieron acceso a la información alternativa, destacaron diversos puntos. El que concitó mayor atención fue la afectación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas: más de 28 recomendaciones apuntaban a manifestar alguna disconformidad con el enfoque del Estado chileno al respecto. Las recomendaciones variaban desde pedir la modifi-

en Chile, 1990-2004, www.flacso.cl.

46 En al menos tres puntos que interesaban al CAT durante el último informe, se exigía información estadística fidedigna de la realidad en materia de abusos cometidos por funcionarios de Gendarmería, Carabineros y Policía de Investigaciones.

47 Se espera que, una vez aprobado, el Instituto de Derechos Humanos sea el principal encargado de elaborar la información estadística sobre la situación de los derechos humanos en Chile.

48 Ver "Observatorio ciudadano manifestó su rechazo en reunión especial con Carolina Tohá: Pérez Yoma niega violencia policial en la Araucanía", 12 de julio de 2009, www.observatorio.cl.

49 Id. Además, ver José Aylwin, "Chile ante el Comité contra la Tortura", *El Mostrador*, 5 de mayo de 2009y, en este volumen, capítulo sobre pueblos indígenas.

cación de la ley antiterrorista para prevenir su uso como herramienta de incriminación de legítimas reivindicaciones (Holanda) hasta continuar con los programas encaminados a disminuir la brecha de pobreza entre la población indígena y el resto de la población chilena (Uzbekistán y Malasia).

En segundo lugar destacan, con trece menciones, las recomendaciones relativas a la justicia militar y el abuso policial. Aquí, siete países exigieron de manera explícita que ningún civil sea juzgado por tribunales militares (Canadá, Suecia, República Checa, Suiza, Azerbaiján, España, Argentina). Otros representaron a Chile la falta de imparcialidad en la investigación de los hechos constitutivos de abuso policial (Holanda, Noruega, Uzbekistán y Azerbaiján).

Por último, destacan las recomendaciones relativas a los altos índices de violencia de género que exhibe Chile (Suiza, Azerbaiján, Noruega, Pakistán y República Checa). Uno de los comentarios más innovadores provino de la delegación de Nueva Zelanda, que estableció una relación entre los factores institucionales y el mejoramiento de los derechos humanos, y por ello recomendó la revisión del sistema político binominal.

Chile se negó de manera explícita al reconocimiento de una recomendación que Suecia y Finlandia formularon de maneras diferentes. En el párrafo 24(b) del informe, que contiene las observaciones provisorias del EPU, consta la recomendación sueca –"enfatizar los esfuerzos para asegurar que las leyes de aborto del Estado chileno se adecuen a sus obligaciones internacionales"– y en el párrafo 37(a), la recomendación de Finlandia: "... revisar su legislación que criminaliza la terminación del embarazo en todas las circunstancias, incluyendo los casos de violación, incesto y situaciones en que la vida de la madre está en peligro". Estas recomendaciones constituyeron las únicas que no fueron acogidas por la delegación chilena, que hizo una expresa reserva al respecto.

De todos modos, si consideramos al sistema internacional de derechos humanos, debemos hacer mención del hecho de que, durante el 42do período de sesiones del CAT, a propósito del informe presentado por Nicaragua se destacó que la penalización total del aborto es incompatible con la Convención contra la Tortura. La recomendación específica del CAT en favor de una mayor flexibilidad en el tratamiento legal de ciertas formas de aborto se expresó del siguiente modo: que Nicaragua "estudie la posibilidad de prever excepciones a la prohibición general de aborto para los casos de aborto terapéutico y los embarazos resultantes de violación o incesto".[50] Si aplicamos un argumento analógico, debemos concluir que, estando Chile en la misma situación que Nicaragua, debiera ser destinatario de la misma recomendación. Si la implementación de la normativa internacional supone un principio de

50 Ver "Comité de la ONU contra la Tortura: La penalización de toda forma de aborto es tortura", www.derechoshumanos.udp.cl.

buena fe y de igualdad por parte de los Estados obligados, entonces las recomendaciones a otros países debieran ser consideradas.

Por último, entre los aspectos positivos que incluyó la presentación del Estado de Chile ante el Consejo estuvieron, primero, el reconocimiento explícito de los múltiples desafíos que Chile aún debe enfrentar para el reconocimiento y la vigencia efectiva de los derechos humanos; segundo, el compromiso de tener presentes las recomendaciones provenientes del EPU, y tercero, la invitación abierta para visitar el país (conocida como *standing invitation*) extendida por Chile a todos los procedimientos especiales (relatorías, grupos de trabajo) de las Naciones Unidas.

4. LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA Y LOS INFORMES DE DERECHOS HUMANOS[51]

4.1 La institucionalidad actual

Hoy, la representación oficial del Estado de Chile ante los organismos internacionales en materia de derechos humanos está a cargo de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Entre sus funciones se cuentan las siguientes: a) Fortalecer la posición y presencia política de Chile en los organismos y foros de derechos humanos de Naciones Unidas y del sistema interamericano; b) Incentivar una relación directa y fluida con diversas instancias de los tres poderes del Estado, para difundir las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos y lograr que participen en las tareas derivadas del cumplimiento de estos compromisos; c) Apoyar la elaboración de tratados de derechos humanos en los foros internacionales y su posterior ratificación por Chile, así como la labor de los órganos de tratado; d) Coordinar con los distintos servicios públicos y otros poderes del Estado, en particular el Poder Judicial, la representación del Estado de Chile en las denuncias presentadas por particulares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[52] En esta ocasión se analiza la función señalada en la letra c).

Para dotar de eficacia al trabajo realizado por la Dirección de Derechos Humanos, el Gobierno de la Presidenta Bachelet, a través del Decreto Supremo 323, creó la "Comisión coordinadora para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos", como ente coordinador de las distintas reparticiones del Estado que tienen información relativa al cumplimiento de la normativa internacional. La preside la Cancillería, por medio de la Dirección General de Política Exterior, y la integra un representante de cada ministerio. Sin embargo, no se le otorgaron

51 Agradecemos la información entregada por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores para la elaboración de este apartado.
52 Ver www.minrel.gov.cl, "Derechos humanos".

facultades para recabar información de manera oportuna; por ejemplo, no tiene facultades para imponer plazos o modos de evacuar los informes que se requieren de los diferentes entes del Estado.

La Dirección de Derechos Humanos, como vimos más arriba, es la encargada de la elaboración de los informes periódicos que Chile presenta a los órganos de tratado. Estos informes, a diferencia de las denuncias individuales, presentan un diagnóstico general de la situación de los derechos humanos en nuestro país. Interesa conocer la forma en que se elaboran, así como la estructura institucional encargada de presentar la posición chilena ante la comunidad internacional, especialmente en un contexto en que se pide a Chile que asuma un liderazgo.[53]

Para la elaboración de los informes, la Dirección de Derechos Humanos se enmarca en el listado de cuestiones o preguntas que por regla general los órganos de tratado requieren de los Estados Partes. En virtud de ello, envía requerimientos a cada una de las entidades del Estado que puedan aportar información relevante para la materia solicitada; las solicitudes suelen ir firmadas por el ministro o el subsecretario, para conferirles un mayor grado de perentoriedad, y se envían a las oficinas de relaciones internacionales de los ministerios o reparticiones, o si éstas no existen, al jefe de gabinete o jefe superior de servicio.

En cuanto a los plazos, la prueba de que no se cumplen es el constante atraso con que Chile entrega sus informes periódicos ante los órganos de tratado. La Dirección de Derechos Humanos afirma que no existe constancia de aquella irregularidad, pero en la documentación oficial de la ONU sí existe. Ilustrativa de esta tardanza es la carta enviada por Régis de Gouttes, presidente del CERD, al Estado de Chile el día 24 de agosto de 2007:

> El Comité desea recordar al Gobierno de Su Excelencia que continúa pendiente de la recepción de los informes periódicos 15°, 16°, 17° y 18° sobre el cumplimiento de la Convención por el Estado Parte, que deberían haber sido presentados, respectivamente, el 19 de noviembre de 2000, 2002, 2004 y 2006. El Comité desea informar al Gobierno de Su Excelencia que, en caso de no recibir en un documento consolidado los informes pendientes del Estado Parte antes del 30 de junio de 2008, el Comité programará el examen de la aplicación de la Convención por Chile durante su 73° período de sesiones, que tendrá lugar del 28 de julio al 16 de agosto de 2008, y adoptará observaciones finales en ausencia de informe y a la luz de la información recibida de otras fuentes.[54]

53 Irene Kahn y Kenneth Roth, "Movimiento internacional por los derechos humanos", en *Derechos humanos hoy. Balance internacional*.
54 Disponible en www.politicaspublicas.net.

En efecto, Chile se demoró más de ocho años en presentar ante el CERD la situación de los derechos contenidos en la Convención sometida a supervisión.[55] Para la evaluación del quinto informe periódico de Chile ante el CAT, debía enviar su informe a más tardar el 29 de octubre de 2005, pero solo lo remitió el 19 de enero de 2007.

En el proceso de elaboración de informes no existe ninguna obligación de consultar a la sociedad civil, aun cuando el Alto Comisionado de las Naciones Unidas recomienda la consulta. Vimos ya que con ocasión del EPU se organizó una inédita mesa de trabajo conjunta para considerar los argumentos y opiniones de instituciones académicas y organizaciones no gubernamentales, con nulos resultados en términos de incluir estas consideraciones de la sociedad civil en el informe oficial de Chile. A pesar de ello, y considerando las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos, al final del proceso de revisión del EPU Chile se comprometió a elaborar un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos que debía estar listo en octubre de 2009. Este plan ya había sido anunciado en febrero por el ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo: "Este es un plan de acción para el futuro. Nosotros tenemos que ver cuáles son las leyes que hay que modificar para adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales, tenemos que ver cuáles son los tratados que Chile ha suscrito y qué falta por ratificar".[56]

Para el desarrollo de este plan se contemplaban diversos procesos de consulta a la sociedad civil, que debían llevarse a cabo durante julio y agosto según Alejandro Salinas Rivera, abogado nombrado por la Presidenta de la República para la elaboración del Plan Nacional de Derechos Humanos. Esta consulta era parte del compromiso que adquirió el Estado de Chile ante el Consejo de Derechos Humanos: "Plan Nacional de Derechos Humanos que, en su metodología, cuenta con un amplio proceso de consulta con la sociedad civil previo a su lanzamiento".[57] Cada ministerio o servicio debía colaborar con esta tarea dentro de las áreas de su competencia. Además, con la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de la Presidencia se harían reuniones masivas en regiones, para presentar el trabajo hecho y recoger elementos para la confección del Plan. El mismo Ministerio organizaría algunas mesas redondas con centros académicos. Más aun, el Gobierno, por medio del ministro Viera-Gallo, se comprometió con la Coalición Ciudadana de Monitoreo de los Derechos Humanos a trabajar en conjunto, por lo que la Coalición presentó un cronograma de trabajo conjunto y solicitó reuniones.

Al cierre de esta edición, y después de haber consultado a las diferen-

55 Ver www.unhchr.ch, Reporting Status.
56 *La Nación*, "Celebran anuncio de plan nacional de derechos humanos", 5 de febrero de 2009.
57 "Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review", A/HRC/WG.6/5/L.9, párr. 100, http://tb.ohchr.org.

tes reparticiones del Estado, no existe constancia de alguna reunión o de un calendario de trabajo que haya dado cumplimiento a la promesa gubernamental. Los encuentros previstos no se concretaron.

4.2 La futura institucionalidad

En el *Informe 2008* se hizo referencia al proyecto de ley, actualmente en trámite, que crea el Instituto de Derechos Humanos. En aquel informe, se documentan las diversas críticas que recibió el proyecto de ley, especialmente por la falta de adecuación a los Principios de París. El 1 de julio de 2009 se emitió el Informe de la Comisión Mixta, formada por diputados y senadores, para superar el rechazo que produjeron en la Cámara de Diputados las modificaciones introducidas al proyecto por el Senado; los diputados aprobaron este informe por 57 votos a favor, 11 en contra y 31 abstenciones. Lo que sigue actualiza lo señalado en el *Informe 2008*, y entrega un breve panorama de lo que podría ocurrir con una nueva institucionalidad de derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Chile.

El informe de la Comisión Mixta aborda todos los puntos que trabaron la tramitación del proyecto en el Senado. Importa aquí analizar especialmente el problema de la naturaleza jurídica del Instituto, esto es, el tipo de órgano de que se tratará, sus atribuciones y funciones. Respecto de lo primero, el informe siguió la idea desarrollada con motivo de la aprobación del Consejo para la Transparencia. Es decir, se plantea que sería perfectamente posible otorgar autonomía a un instituto a través de la ley. Se puede replicar que, al no otorgársele reconocimiento constitucional a la autonomía, el instituto funcionará como un servicio público descentralizado, lo que implica que, sin perjuicio de contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, estará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del respectivo ministerio.

Ante la Comisión Mixta, el ministro Viera-Gallo dijo que el hecho de que la ley establezca al Instituto como una corporación autónoma no tenía relevancia práctica, pues, al no estar constitucionalmente configurado como organismo autónomo, para aspectos como la promoción y firma de ciertos actos deberá relacionarse con un ministerio. Ello parece revelar la escasa importancia que el Ejecutivo le atribuye a la exigencia de independencia. De todos modos, y como ha señalado el Alto Comisionado de Naciones Unidas acerca del artículo 1º del proyecto de ley, "esta disposición establece la creación de un Instituto Nacional de Derechos Humanos y lo define como una corporación de derecho público con la característica de la autonomía. Esta es una de las características principales que los Principios de París exigen de las Instituciones Nacionales

de Derechos Humanos".[58] En este sentido, el problema parece estar zanjado.

Respecto de las obligaciones del nuevo Instituto, se cuenta la de elaborar un informe anual sobre la situación nacional en materia de derechos humanos. En este contexto, surgió la discusión acerca de si tal informe debe o no ser enviado a Naciones Unidas, a la Organización de Estados Americanos y a las instituciones vinculadas a la promoción y protección de los derechos humanos. En el informe de la Comisión Mixta consta la opinión del Gobierno, que considera sensata esta obligación pero comprende la "susceptibilidad" de los senadores respecto de que la norma establezca dicha obligatoriedad. Finalmente, el informe acogió la propuesta del Senado, que consiste en sentar la obligatoriedad de enviar el informe únicamente a los tres poderes del Estado.

No queda claro en qué consiste la "susceptibilidad" de los senadores a que hace alusión el informe. Pareciera que el Estado de Chile, en opinión de sus senadores, tiene reparos con que nuestra situación de derechos humanos salga a la luz a escala internacional. Con todo, en la votación del informe en el Senado un veto aditivo del Poder Ejecutivo podría reponer esta obligación; con ello se respondería a los cuestionamientos del Alto Comisionado de la ONU respecto del artículo en discusión.

Por último, entre las funciones del nuevo Instituto de Derechos Humanos destaca la de "colaborar, en el ámbito de sus atribuciones, con el Ministerio de Relaciones Exteriores y demás servicios públicos relacionados, en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar a los órganos y comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como de las demás instituciones regionales. El informe final no obligará ni comprometerá al Instituto" (artículo 4 Nº 11 del proyecto de ley). Respecto de esta función, la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores no deja de cumplir sus labores esenciales. Se espera que se genere una relación de complementariedad y coordinación para la elaboración de informes oficiales y que el nuevo Instituto desempeñe un papel importante en la confección de los informes internacionales.

4.3 Excurso: el argumento de la tramitación legislativa, de la separación y las deficiencias del sistema político chileno

Los boletines periódicos del Observatorio Parlamentario y otros miembros de la Coalición Ciudadana dan cuenta de diversos proyectos de ley sobre derechos humanos que duermen largo tiempo en el Congreso.[59] En varias ocasiones, los informes oficiales mencionan que las reformas

58 José Antonio Viera-Gallo, "Instituto de Derechos Humanos", en *El Mercurio*, Cartas al Director, 29 de julio de 2009.
59 Ver "Chile ante el Consejo de Derechos Humanos", www.observatorio.cl, y www.humanas.cl.

en el derecho interno para adecuarse a la normativa internacional se encuentran en trámite, o bien se han retrasado a raíz de su discusión en el Poder Legislativo. Pero no es razonable excusarse del cumplimiento oportuno de las obligaciones internacionales señalando que es el Poder Legislativo el que tiene la responsabilidad de adecuar el derecho interno, pues, aunque éste discierne acerca de qué materias creará nuevas normas, el Poder Ejecutivo es un órgano colegislador y tiene numerosas atribuciones para participar activamente en el proceso legislativo: iniciativa, urgencias, vetos aditivos, etcétera. El Congreso Nacional, por lo demás, es un sujeto pasivo de la obligación asumida por el Estado de legislar para adecuar el derecho interno a los estándares internacionales.

Lo señalaba este mismo *Informe* ya en 2004:

> se puede apreciar una constante referencia a la separación de poderes en Chile o a situaciones "heredadas" de la dictadura militar. Con estas defensas se ha pretendido que la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos] no impute violación a las obligaciones internacionales (...). La aproximación del Estado que se viene describiendo ignora uno de los principios fundamentales del derecho internacional, en el sentido de que las obligaciones que emanan de éste recaen sobre todos los poderes del Estado y que cualquier agente del mismo puede violar las obligaciones internacionales contraídas por dicho Estado.[60]

Actualmente, estas referencias ya no son explícitas. Considerando la gran cantidad de ratificaciones de tratados internacionales y sus distintos protocolos, así como diversos proyectos de reformas del derecho interno, el problema se ha vuelto estructural: muchas obligaciones internacionales ni siquiera dependen de la actividad democrática del Poder Legislativo o, mejor dicho, de lo que suceda durante la discusión parlamentaria.

Todo ello tiene como fundamento el déficit democrático del sistema político chileno, que se concentra principalmente en dos aspectos: el sistema binominal y las leyes orgánicas constitucionales. En los últimos años, diversos órganos de tratados han sugerido a Chile hacer esfuerzos por modificar las trabas a la representación política de las minorías, como los obstáculos para la conformación de candidaturas presidenciales y para la creación de nuevos partidos políticos. Durante el EPU, Nueva Zelanda, Bangladesh y Bolivia recomendaron modificar nuestro sistema binominal, y en el último informe del Comité de Derechos Humanos, en marzo de 2007, se hizo notar la preocupación de que el sistema binominal pudiera obstaculizar la debida representación parlamentaria de los individuos, señalándose que el presente sistema

60 "Chile frente a los órganos internacionales de derechos humanos", en *Informe 2004*, pp.306-308.

electoral pueda contravenir lo dispuesto en los artículos 3 y 35 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[61]

En relación con las leyes orgánicas constitucionales, es importante hacer una precisión. En esencia, estas leyes se crearon con el objetivo de generar consensos políticos transversales para los grandes cambios institucionales, a través de la exigencia de quórum más altos que la mayoría absoluta. En palabras del profesor Fernando Atria,

> a raíz del texto constitucional de 1980 y sus reformas, hoy existen ciudadanos cuyas voluntades son más valiosas que las de otros: para derogar o modificar alguna ley orgánica constitucional no basta con que una mayoría de estos, debidamente representados, hayamos concluido que ella debe ser derogada o modificada: es necesario que esa mayoría alcance los 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio. Si una minoría puede mantener la vigencia de una ley contra el parecer de una mayoría, eso no puede sino significar que las opiniones de esa minoría son, ante el texto constitucional, más valiosas que las del resto.[62]

Así, es difícil lograr que las reformas legislativas requeridas para adecuar el derecho interno a los estándares internacionales sean fruto de una discusión verdaderamente democrática. Antes bien, toda reforma relacionada con derechos humanos (que por lo general involucran quórum más altos que la simple mayoría) se transforma en una negociación entre los partidos que tienen representación política en el Congreso. Ni las minorías regionales ni las minorías indígenas tienen escaños en el Parlamento, lo que resta aun más legitimidad a estas leyes. Hasta el momento, ningún informe que contenga recomendaciones u observaciones de órganos de tratado ha planteado el tema de las leyes orgánicas constitucionales, pero es posible que en el futuro la referencia al sistema binominal venga acompañada de una discusión sobre el déficit democrático que involucran estas leyes supermayoritarias.

En definitiva, los altos quórum no solo afectan la capacidad de discusión política, sino también la ampliación del espectro de materias que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales, entre las cuales se cuentan aquellas relativas a los derechos humanos.

61 Consideration of reports submitted by State Parties under article 40 of the Covenant - Human Rights Committee, 89th session, 12-30 March 2007 (A/HRC/WG.6/5/L.9), http://tb.ohchr.org.
62 Fernando Atria, "Alienación y participación política", *Mensaje*, diciembre de 2008.

5. RECOMENDACIONES

1. La Dirección de Derechos Humanos de Cancillería debe establecer como regla general la consulta a la sociedad civil en la elaboración de informes periódicos.

2. Los actores responsables deben establecer cronogramas de trabajo no solo para la elaboración, sino también para el seguimiento de las recomendaciones entregadas por los órganos que monitorean el cumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los tratados de derechos humanos. Este deber recaería esencialmente en la Dirección de Derechos Humanos de Cancillería.

3. El Estado debe definir con claridad qué órgano centralizará las funciones que corresponden para informar periódicamente y dar respuesta a los requerimientos.

4. El Estado debe poner especial atención a las recomendaciones que rechaza. Se trata de cuestiones que sitúan a Chile en una posición que no se condice con el liderazgo que la propia comunidad internacional espera del país en materia de derechos humanos.

5. El Estado debe procurar cumplir con los plazos de entrega de sus informes periódicos. No es presentable que un país que aspira a liderar la agenda internacional de derechos humanos tarde años en presentar sus informes.

6. En materia de institucionalidad de derechos humanos, el Estado debe atender las recomendaciones de la comunidad internacional y nacional, y crear una institución nacional que cumpla con todos y cada uno de los Principios de París.