



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2015



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2015**

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar, editor general / Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2015

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho
de la universidad, 2015, 1ª edición, p. 391, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Judith Schönsteiner
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad y biografías de los autores del
informe.

Materias:

Detenidos desaparecidos. Chile 1973-1990.

Tortura. Aspectos jurídicos. Chile

Vejez. Cuidados.

Derecho del trabajo.

Derechos del niño. Chile

Sistema penitenciario. Chile

Parejas homosexuales. Aspectos jurídicos. Chile.

ISBN 978-956-314-339-3

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2015

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2015

Primera edición: octubre de 2015

ISBN 978-956-314-339-3

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-22) 676 2136
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Tesis DG

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2015**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



**EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**

ÍNDICE

Presentación	9
1. Silencios e irrupciones: verdad, justicia y reparaciones en la postdictadura chilena.	21
2. La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos.	75
3. La tortura en Chile: estado actual desde la reforma procesal penal.	119
4. Privación de libertad en Chile: desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal.	161
5. Envejecimiento y derechos humanos en Chile: las personas mayores maltratadas.	209
6. Hablar de diversidad sexual también es hablar de educación inclusiva: discriminación por orientación sexual e identidad de género en la educación chilena.	251
7. El acceso a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y desafíos.	279
8. Chile ante el Comité de Derechos Humanos. Los procedimientos de revisión periódica por los órganos de tratados: una oportunidad para la discusión y definición de la agenda nacional en derechos humanos.	307
9. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?.	337
10. Derechos de la diversidad sexual 2015: avances y falencias.	365
Biografías autores <i>Informe 2015</i> .	387

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su décimo tercer *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, relativo a hechos ocurridos –entre mediados de 2014 y agosto del presente año–, en diversos ámbitos vinculados a los derechos humanos vigentes en nuestro país.

Como hemos señalado siempre, el *Informe* que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de cómo el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos: su propósito es informar y analizar en profundidad, desde la perspectiva de los DDHH, aspectos conflictivos de nuestra vida social, que consideramos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad. Para ello tenemos en consideración, primariamente, a los académicos expertos que integran la Facultad de Derecho de la UDP, aunque, como se apreciará, también colaboran especialistas de otras unidades de la universidad, y de diferentes centros de estudios superiores del país. El *Informe*, por esta razón, se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprensivo en materia de derechos humanos. No es tampoco una publicación con un perfil exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su surgimiento, ha sido presentar, con rigurosidad académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad política, social o económica bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 10 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “Silencios e irrupciones: verdad, justicia y reparaciones en la postdictadura chilena”, elaborado en conjunto por la investigadora Cath Collins y el Observatorio de Justicia Transicional de la UDP,

organismo del cual ella es directora. En este capítulo, que permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, se realiza un acucioso estudio acerca de cómo se están llevando a cabo los procesos penales producto de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura, demostrando que, en materia de verdad, de justicia y determinación de responsabilidades, aún tenemos un largo camino por recorrer. Se estudia también, la situación de desprotección de los sobrevivientes de torturas y detenciones ocurridas bajo el régimen de facto, y la ausencia de verdad respecto a muchas de estas situaciones, en particular las documentadas en los testimonios recabados por las Comisiones Valech I y II. Asimismo, se describe la forma en que las diversas instituciones estatales están colaborando en la búsqueda de verdad y justicia, y de qué manera la sociedad está —o no— asumiendo la memoria histórica. En base a esta investigación se realizan una serie de recomendaciones al Estado, entre las cuales se destacan: la exigencia de crear una instancia permanente de calificación de víctimas y sobrevivientes; el avanzar con toda celeridad en la conformación de la Subsecretaría de DDHH y el Plan Nacional de DDHH; la necesidad de dotar, mientras tanto, al Programa de DDHH del Ministerio del Interior de las atribuciones y recursos requeridos para que asuma, en coordinación con los sobrevivientes, la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación; dejar de oponerse, por medio del Consejo de Defensa del Estado a las indemnizaciones civiles solicitadas a través de los tribunales de justicia y a la prescripción de las violaciones en materia civil, y restituirle la urgencia al proyecto de reforma constitucional que aborda este tema.

Una de las áreas de los derechos humanos que ha sido preocupación constante de este *Informe*, es la relativa a los derechos de los trabajadores en Chile. Esto explica que la versión actual contenga un capítulo titulado “La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos”, elaborado por los profesores Karla Varas y César Toledo. El estudio analiza el actual proyecto de reforma laboral enviado por el gobierno a la luz del estándar de las obligaciones en derechos humanos contraídas por Chile. El análisis concluye puntualizando que el proyecto de reforma laboral no transforma el sistema de relaciones laborales vigente, sino que al contrario: profundiza el intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo; agudiza la construcción de un sindicalismo débil sin intervención social y política; coarta y frena el ejercicio de la libertad sindical, y, en definitiva, mantiene el modelo impuesto por el Plan Laboral de la dictadura, perpetuando las brechas de desigualdad, económica y social, existentes en el país. Por ello el artículo, entre varias medidas tendientes a ajustar la reforma a las exigencias en materia de DDHH, propone que se reconozca a nivel constitucional el derecho a negociación colectiva por rama o sector de actividad económica con alcance universal (tanto para el sector

público como privado); consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal (trabajadores públicos y privados), admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto del término. En cuanto a la regulación del derecho de huelga, en el texto se recomienda, entre otras cosas, redefinir su concepto como un derecho fundamental, sin acotar su finalidad a la negociación de un instrumento colectivo, y su modalidad a la abstención colectiva y concertada al trabajo; precisar que lo prohibido es el reemplazo de los trabajadores en huelga, bajo cualquier forma; reconocer el derecho a huelga de los trabajadores que se desempeñan en servicios que han sido calificados como esenciales en el sentido estricto del término, consagrando una regulación especial a fin de garantizar el mantenimiento de los mismos por medio de los servicios mínimos; eliminar la figura de los servicios mínimos y equipos de emergencia; eliminar la institución de reanudación de faenas.

La gravísima violación a los derechos humanos que constituye la tortura, es la materia del capítulo escrito por Eduardo Alcaíno y Sabrina Perret, titulado “La tortura en Chile: estado actual desde la reforma procesal penal”. En el texto se señala que la tortura puede revestir básicamente dos formas de aparición: cuando es ejecutada como forma de castigo o represión o en el caso de ser aplicada como medio para obtener una información determinada, es decir, como herramienta –permitida o no- del proceso penal. En Chile se producen, de manera más o menos extendida, ambas formas de tortura. La tortura judicial, como herramienta procesal, practicada por funcionarios ligados al sistema de justicia criminal (fiscales y policías) y la tortura ejercida por miembros de Gendarmería, que preferentemente adopta la forma de castigo, suplicio o represión. El capítulo se centra en ambas clases de martirio, aunque coloca el foco sobre la tortura en el ámbito procesal, que ha experimentado ciertas variaciones dignas de análisis, luego de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. También es analizada la tortura que sufren personas privadas de libertad, revisando algunos casos relevantes y dando lugar a una especial reflexión, dada su permanencia en el tiempo y el nulo enfrentamiento institucional que ha tenido por parte de las autoridades competentes. A fin de remediar esta situación, se recomienda, entre otras medidas, elaborar un procedimiento común y estandarizado vinculante para todas las instituciones del sistema penal, que señale cómo se debe actuar y reaccionar ante una denuncia de tortura y, junto a la anterior, definir cuáles son las diligencias investigativas que debe realizar cada institución involucrada. También se propone elaborar un plan nacional al interior de Gendarmería que implique enfrentar el fenómeno de la tortura de manera específica; y modificar aquellas reglas de competencia sobre justicia militar. Se señala que no

es admisible que civiles víctimas de apremios por parte de funcionarios públicos sean derivados a la justicia militar, por lo que se debe disponer de una norma que, sin excepción, determine que la competencia, en este tipo de casos, es de la justicia civil.

El capítulo “Privación de libertad en Chile: desgobierno carcelario y afectación de derechos de la población penal” –elaborado por los investigadores Isabel Arriagada y Diego Rochow– aborda la situación de los derechos humanos de quienes se encuentran sometidos a penas privativas de libertad. Analiza las principales instituciones involucradas en el aparato penitenciario chileno y su capacidad para proteger los derechos de los reclusos: entre ellos, el derecho a acceder a un tribunal imparcial y al debido proceso, el derecho a defensa, al esclarecimiento de los hechos, a un trato digno por parte del personal penitenciario, el derecho de acceso a la información y a participar de la comunidad política. El análisis concluye señalando que la correcta ejecución de la pena requiere una planificación institucional sistemática y coordinada, atenta a los estándares internacionales establecidos en los diversos pactos, principios y recomendaciones en materia de privación de libertad. Se plantean, entre otras, las siguientes recomendaciones al Estado de Chile: generar una política penitenciaria consistente e interinstitucional, que incluya la dictación de una ley de ejecución penitenciaria y establezca con claridad las competencias y procedimientos ante el juez de ejecución; fortalecer el rol de la Unidad de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública; asignar al Ministerio Público un rol clave en el aparato penitenciario, lo que debiera incluir la elaboración de un protocolo de investigaciones, especialización y creación de una unidad de víctimas y testigos de delitos intramuros; redefinir las funciones de Gendarmería de Chile, aumentando los estándares de ingreso y formación; mejorar las condiciones laborales de los gendarmes y establecer una política de desvinculación de funcionarios condenados por torturas, malos tratos o apremios ilegítimos ejercidos sobre la población penitenciaria.

La realidad de los adultos mayores (AM) en Chile, y las graves violaciones a sus derechos olvidados, es la temática que investigan las profesoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en el capítulo “Envejecimiento y derechos humanos en Chile: las personas mayores maltratadas”. El artículo describe y analiza la situación de los adultos mayores en Chile desde una perspectiva de derechos humanos, buscando conocer quiénes son y cómo viven en nuestro país y en qué medida el Estado les garantiza el ejercicio efectivo de ciertos derechos humanos fundamentales: a la salud, a la seguridad social –en lo relativo a la previsión social– y a una vida digna. Al respecto, se describen las acciones que el Estado realiza y las políticas públicas que se han formulado y llevado a cabo en beneficio de los adultos mayores en relación a los estándares

internacionales y la normativa vigente. El capítulo concluye constatando que el envejecimiento y su protección es una preocupación reciente y que el sistema de pensiones chileno ha dejado en una situación aún más vulnerable a este grupo, que ha crecido de manera significativa en las últimas décadas por el aumento de la esperanza de vida de la población chilena. Dicha vulnerabilidad está directamente vinculada, de acuerdo al análisis, a la responsabilidad que tiene el Estado de Chile en el aseguramiento del derecho humano de esos adultos mayores a una vida digna. Se constata, en el estudio, que existe una débil institucionalidad para la protección de los AM y, por consiguiente, que el país no se ha preparado para enfrentar el envejecimiento poblacional. Con el fin de avanzar en un efectivo reconocimiento, protección y garantía de los derechos de los adultos mayores en Chile, se recomienda, entre varias medidas, al Estado: el fortalecimiento de la institucionalidad, lo que implica diversas alternativas, entre ellas, la creación de una Superintendencia que coordine y supervigile las acciones multisectoriales que tienen como beneficiarios a los AM; fortalecimiento del SENAMA de manera tal que cuente con las potestades para confeccionar, coordinar y evaluar los planes y políticas enfocadas a las personas mayores, erigiéndose como una repartición que pueda colocarse a la cabeza del trabajo intersectorial de los planes que tienen como beneficiarios a los AM. Se sugiere, además, la creación de una Ley de Protección de Derechos de los Adultos Mayores, que contenga garantías específicas para resguardar el ejercicio de sus derechos; la elaboración de un Plan Nacional sobre el adulto mayor, con el objeto de entregar directrices y coordinar las diversas acciones estatales (y municipales) para evitar los déficits en materia de trabajo intersectorial, y establecer las orientaciones en esta área, con el fin de garantizar el pleno desarrollo de este vulnerable grupo poblacional.

Asegurar en Chile el derecho a una educación igual para todos en un sistema educativo inclusivo es uno de los desafíos que tenemos como país, y ha sido uno de los tópicos perseguidos por el *Informe*. En este año, las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “Hablar de diversidad sexual también es hablar de educación inclusiva: discriminación por orientación sexual e identidad de género en la educación chilena”, analizan la situación del sistema escolar en el contexto de asegurar el derecho a un sistema educacional capaz de incluir a la diversidad y no discriminar a aquella población escolar constituida por lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI). Para ello se analizaron las orientaciones del Ministerio de Educación (Mineduc) sobre la temática; el currículum escolar para las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación; los estándares de formación inicial docente para las carreras de Educación Parvularia, Pedagogía Básica, Pedagogía Media y Educación Diferencial; informes de derechos

humanos ya publicados; noticias desde 2014 hasta junio de 2015. De este estudio se pudo concluir que Chile no cuenta con una legislación educativa que haga efectivo el pleno derecho a una educación sin discriminación para los y las estudiantes de la comunidad LGTBI; que las medidas dispuestas por el Mineduc destinadas a apoyar la formación en sexualidad, afectividad y género, son insuficientes para asegurar la plena inclusión de estudiantes LGTBI en el sistema escolar; que los estándares orientadores de la formación inicial docente para las carreras antes mencionadas, no visibilizan la temática de la diversidad sexual ni incluyen indicadores relacionados con la orientación sexual e identidad de género; y, por último, que la Superintendencia de Educación no incorpora como variable de discriminación dicha identidad, lo cual no facilita las denuncias por discriminación en estos casos. Para superar estas falencias, se recomienda, entre varias medidas, que el Estado efectúe los ajustes necesarios a la Ley 20.845, de inclusión escolar, con el fin de asegurar que ningún estudiante LGTBI pueda ser discriminado del sistema escolar, bajo el pretexto de estar cautelando el principio de libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación. Así también, el capítulo propone que se modifiquen las bases curriculares de las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación, con el fin de visibilizar la temática de diversidad sexual desde un enfoque de derechos; que se rectifiquen los estándares de formación inicial docente en las diversas carreras de pedagogía, tanto en el ámbito pedagógico como disciplinar, con el objetivo de asegurar que las nuevas generaciones de profesores cuenten con herramientas para el reconocimiento y acompañamiento de la comunidad LGTBI en la escuela.

Los derechos de migrantes y refugiados también forman parte de este *Informe*, y representan la preocupación central de la Clínica de Migrantes y Refugiados, una de las áreas importantes de trabajo del Centro de Derechos Humanos de la UDP. Dos profesores de esa Clínica, Delfina Lawson y Víctor Hugo Lagos, son los autores del capítulo titulado “El acceso a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y desafíos”. El texto se enfoca en las posibilidades de acceder a la salud que tiene la población migrante en Chile, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En el artículo se abordan los avances y las deudas en la materia y se insta al Estado a adecuar su normativa y sus políticas a los estándares internacionales relacionados con la población migrante. Los autores sostienen que se han logrado importantes avances en los últimos años, al ampliarse la cobertura del derecho a la salud de las personas en esta condición. Sin embargo, la mayoría de estos logros dependen para su eficacia de acuerdos intersectoriales o regionales, y en algunos casos, como se ha demostrado en este *Informe*, de la voluntad a veces antojadiza de los funcionarios públicos o de la región en donde se encuentren los migrantes. Esta si-

tuación sigue dejando a gran parte de la población migrante expuesta a arbitrariedades, abusos y vulneraciones de sus derechos. Con el objeto de remediar estas situaciones se recomienda, en líneas centrales, que el Estado adopte una política migratoria y reforme el marco normativo sobre migración, incorporando en él un enfoque de derechos y garantizando explícitamente el acceso a los derechos sociales, entre ellos a la salud. El nuevo marco normativo debe ser respetuoso de los estándares internacionales y responder a la situación de los migrantes considerando el contexto chileno y regional; implementación del Acuerdo sobre Residencia de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile al resto de las nacionalidades que actualmente se encuentran excluidas de su aplicación.

En la actualidad, Chile debe rendir informes ante diversos órganos de tratados. Ellos permiten evaluar en forma periódica al Estado en el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas. Sin embargo, ese proceso (el de redactar los informes y analizar cómo las recomendaciones de los órganos de tratados son transmitidas y chequear si son o no cumplidas) no había sido estudiado. Ese es, justamente, el tema que aborda la investigadora Helena Olea, en su trabajo “Chile ante el Comité de Derechos Humanos. Los procedimientos de revisión periódica por los órganos de tratados: una oportunidad para la discusión y definición de la agenda nacional en derechos humanos”. El capítulo explica los procesos de los órganos de tratados del sistema universal de protección de derechos humanos y analiza la última revisión periódica a Chile –que se produjo en agosto de 2014– desde la perspectiva de los temas discutidos, los actores estatales y no gubernamentales que participaron, y el resultado final de dicha instancia, que son las recomendaciones. Se indaga, además, en el avance respecto al cumplimiento de algunas de esas propuestas surgidas a partir de la revisión. Se concluye que, en la actualidad, la elaboración de los informes ante los órganos del sistema universal es una tarea aislada que tiene a su cargo el Ministerio de Relaciones Exteriores. Los demás ministerios y órganos estatales solo aportan información para este propósito. La sociedad civil no participa de la elaboración ni de la discusión del informe estatal. Se constata también el desconocimiento sobre el proceso de revisión periódica, así como del contenido y alcance de las recomendaciones, por parte de los funcionarios públicos, cuyas competencias y funciones están directamente vinculadas a la temática. Se advierte que no existe esfuerzo alguno para difundir las recomendaciones de los órganos de tratados y del Consejo de Derechos Humanos, excepto la posibilidad de encontrarlas en el sitio web del INDH, y algunas de ellas en el sitio de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se observa que no existe un esfuerzo para incluir y considerar las recomendaciones de los comités en las políticas públicas y, por

lo tanto, en la próxima revisión periódica, probablemente, se reiterarán varios de los motivos de preocupación y se formularán recomendaciones similares. En base a las conclusiones anteriores, en el capítulo, se recomienda al Estado: que impulse la aprobación y pronta implementación del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos; que, a partir de la elaboración del informe estatal, se promuevan espacios de discusión pública sobre las acciones que el Estado ha puesto en marcha con la finalidad de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. También se hace un llamado a que el gobierno, como conductor de las relaciones internacionales del Estado, asuma su rol de informar a los órganos de tratados y al Consejo de Derechos Humanos; que dicha información no dependa de las consideraciones políticas del gobierno de turno; y que las recomendaciones de los órganos del sistema universal sean difundidas mediante un instructivo presidencial, promoviendo su discusión al interior de los órganos estatales con competencias relacionadas con ellas.

La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) ha sido también un asunto que históricamente ha ocupado al *Informe*. Este año las investigadoras Camila de la Maza, María Paz Riveros y María Paz Zarzar en su trabajo titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: ¿asegura el Estado a los niños, niñas y adolescentes el derecho a vivir en el seno de una familia?”, evalúan la política pública enfocada en asegurar el derecho a vivir en familia de los NNA a la luz de los estándares internacionales de los derechos humanos. En este sentido, se aborda si el Estado asume sus compromisos en cuanto a generar las acciones de apoyo a las familias para que estas actúen como cuidadoras que promuevan derechos fundamentales y si permite, por otra parte, que sean las familias las que decidan como criar a sus hijo/as, mientras esas modalidades no sean contrarias a sus intereses superiores. Se investiga en el capítulo si para aquellos casos en que un NNA no puede estar al cuidado de su propia familia —ya sea de modo temporal o permanente—, el Estado provee o no de medios para su cuidado alternativo y definitivo (como sería, por ejemplo, la adopción), que promuevan sus derechos humanos. De la investigación se concluye que el Estado de Chile no cuenta con una política de promoción universal de derechos, y no da cumplimiento a ninguno de los estándares de derechos humanos tendientes a hacer efectivo el derecho a vivir en familia de NNA. A fin de remediar estas falencias se recomienda, entre otras cosas, crear un nuevo sistema de adopción de NNA acorde a la doctrina de protección integral, que se focalice en restituir el derecho a vivir en familia de aquellos NNA que se encuentran en situación de abandono. Se sugiere, además, en relación a lo anterior, generar acciones para que todo/as los NNA que están en dicha condición puedan contar con una familia adoptiva que

los acoja. Se propone extender la cobertura del programa Chile Crece Contigo para todos/as los niños, niñas y adolescentes, desde que nacen hasta que tengan 18 años, y diseñar una política pública que actúe de modo integral con NNA y considere medios de cuidado alternativos, que permitan evitar las medidas de protección que conducen a la internación de NNA en instituciones residenciales.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. Este año, los investigadores Juan José Álvarez, Sebastián del Pino y Tomás Vial, en el capítulo “Derechos de la diversidad sexual 2015: avances y falencias” tienen como objetivo proporcionar una visión más cronológica, abordando primero los recientes desarrollos legislativos, con sus avances y demoras, para luego describir de qué manera diversos tribunales de la República están abordando materias de relevancia para las personas LGTBI. Los autores destacan que, pese a los avances que se constatan, existen aún serias reservas de odio y desprecio contra personas trans y homosexuales, que terminan incluso, en algunos casos, en homicidios. Se concluye que si bien el Acuerdo de Unión Civil representa un progreso importante en esta materia, aún el Estado no avanza en satisfacer la necesidad urgente de dar pleno reconocimiento al derecho a la identidad de las personas trans, al no ejercer presión para agilizar la tramitación de la ley de identidad de género en el Congreso. Respecto a los tribunales sucede algo similar. Por un lado se han dado fallos emblemáticos que dan reconocimiento a la diversidad de familias, pero por otro, el Tribunal Constitucional continúa con una interpretación discriminatoria en contra de las personas LGTBI. Pero aún más grave que toda omisión o discriminación de los poderes del Estado ante el conflicto, son los hechos criminales relatados en el capítulo, que muestran el profundo desprecio y prejuicio que aún prevalece en algunos sectores de la población, hacia las personas trans y homosexuales. A fin de avanzar en la superación de estas falencias, se recomienda aprobar una ley de identidad de género, implementar políticas que permitan a todas las personas trans una adecuada protección de sus derechos; establecer en los programas educacionales el reconocimiento de las personas LGTBI y de las familias homoparentales; realizar campañas educativas que busquen erradicar la homofobia y la transfobia; e investigar y sancionar adecuadamente los crímenes contra personas LGTBI.

La publicación del *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2015* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece, en particular, a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de

organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisieramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Vicente Parrini, editor de estilo, y la generosa colaboración del ayudante Sebastián Latorre en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valiosa contribución en la edición de este *Informe*, así como a la Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

SILENCIOS E IRRUPCIONES: VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIONES EN LA POSTDICTADURA CHILENA*

* Capítulo preparado por Cath Collins y el equipo del Observatorio de Justicia Transicional de la UDP. El Observatorio realiza, desde 2009, mapeo y análisis interdisciplinario en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por violaciones masivas a los DDHH ocurridos en Chile durante la dictadura cívico-militar de 1973 a 1990. Participaron en el presente capítulo los investigadores Boris Hau, Alice Pfeiffer, y María Ignacia Terra, y las ayudantes Raisa Araneda, Vanessa Astete, Macarena Contreras, Constanza González y Manuela Tironi. La coordinación y edición general estuvo a cargo de Cath Collins, catedrática de Justicia de Transición de la Universidad de Ulster, Reino Unido y directora del Observatorio. Agradecemos a quienes accedieron a colaborar con entrevistas e información.

SÍNTESIS

En el *Informe 2014* dimos cuenta de las esperanzas y promesas de avance en las garantías de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición (derechos y deberes de “justicia transicional”) respecto a las múltiples y graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar chilena entre el golpe de Estado de 1973 y 1990. Expresamos en ese entonces, el deseo de que la construcción de un sólido y continuado trabajo intersectorial entre las agencias existentes, potenciara los visibles esfuerzos y compromisos de profesionales, familiares, sobrevivientes y activistas en esta área. Aunque se ha producido un notorio avance en el ritmo del trabajo judicial –con mejoras en receptividad a demandas civiles y en proporcionalidad de penas criminales– que ojalá se mantenga, es decepcionante tener que reportar que los demás anhelos quedaron, en buena parte, pendientes, entre el periodo de julio de 2014 y junio de 2015, situación que constituye la temática principal del presente análisis. La urgente necesidad de una respuesta coherente, sólida y consistente a los derechos y reivindicaciones de las y los sobrevivientes de prisión política y tortura, se fue postergando hasta que una larga y dañina huelga de hambre diera una precaria, y lamentablemente pasajera, visibilidad pública al tema. Irrupciones inesperadas de la justicia, en el mes de agosto, junto con el fallecimiento de Manuel Contreras, quizás el más notorio agente represivo chileno, provocaron debates sobre el “secreto Valech” y el –así llamado– “pacto de silencio”– pero muchos temas urgentes relacionados quedaron postergados al cuidado de la incipiente Subsecretaría de DDHH. Creemos que las legítimas aspiraciones de familiares y sobrevivientes, más el interés de un país entero, de ver cumplidas y saldadas las promesas y deudas históricas vinculadas a la violación de los DDHH, requiere una solución más pronta y ágil que confíe el complejo manejo de deberes en justicia transicional a una sola instancia permanente, facultada para resolver y actuar en las distintas dimensiones analizadas a continuación.

PALABRAS CLAVES: Verdad, Justicia transicional, Memoria, Reparaciones, Valech, Dictadura

INTRODUCCIÓN

A mediados de julio de 2015 la temática de las violaciones a los derechos humanos cometidas en tiempos de dictadura irrumpió nuevamente en la escena mediática. Primero, cuando ex agentes condenados por crímenes particularmente atroces presentaron recursos judiciales para conseguir beneficios, incluyendo el término anticipado de sus sentencias. Segundo, cuando el interrogatorio judicial de un ex conscripto produjo nuevos procesamientos en otro caso connotado (el así llamado “caso quemados”). Se volvió, entonces, a debatir sobre la conveniencia de exigir la degradación militar de responsables de crímenes de lesa humanidad, la necesidad o no de extenderles un trato especial a ex concriptos, la existencia o no de un “pacto de silencio”, ya fuese institucional o entre individuos que violaron los derechos humanos; e incluso la posibilidad de modificar o anular la ley de secreto que pesa sobre los archivos Valech. Carmen Gloria Quintana, sobreviviente —con severas quemaduras en todo su cuerpo— del ataque en que murió el joven Rodrigo Rojas, fue entrevistada por múltiples medios de comunicación, y también Verónica de Negri (quien estuvo detenida después del golpe militar por ser militante comunista y luego salió al exilio) madre de Rodrigo. A este cuadro de tensión en torno al tema se sumó, a inicios de agosto, el fallecimiento de Manuel Contreras, ex director de la temida Dirección de Inteligencia Nacional, DINA. Contreras murió en un hospital militar, y en condición de detenido, pero ostentando aún el grado de general en retiro. El cuestionamiento que esto produjo respecto a los criterios de las FFAA en relación a los integrantes o ex integrantes de sus filas que participaron en violaciones a los derechos humanos, se agudizó al trascender que dos de las personas procesadas por primera vez en el “caso quemados” en julio 2015 eran, a la sazón, asesores castrenses, al haber sido recontractados por el Ejército luego de pasar a retiro.

Es sin duda procedente y necesario que las violaciones cometidas después del golpe, y sus múltiples legados en el presente, sean materia de preocupación. No obstante, ocasionales vorágines de cuestiona-

miento, propuestas y contrapropuestas en relación a hechos puntuales, no suele ser la mejor receta para adoptar buenas políticas públicas sobre la materia. Las proposiciones y promesas realizadas en tales circunstancias, rara vez han prosperado a largo plazo, como queda en evidencia en la prolongada historia de proyectos de ley, acuerdos marco y promesas de legislar que aún están pendientes, o que, por resultar parciales o deficientes, luego se empiezan a reformular con múltiples indicaciones.¹ Además, porque puede llegar a ser incluso abusivo que sobrevivientes o familiares pasen a ser el resguardo de la conciencia moral colectiva. Sus testimonios, reivindicaciones y disposición para manifestar una y otra vez en público sus más íntimas, evidentes y profundas emociones, no deben ser el único motor capaz de impulsar avances, ya que ello constituiría una renuncia de responsabilidades de parte de las autoridades y la sociedad en general. Que la eterna postergación de la urgente necesidad de mejorar el acceso a justicia, verdad y reparaciones para sobrevivientes de prisión política y tortura se haya interrumpido solamente a través de una larga y dañina huelga de hambre llevada a cabo por personas que vivieron ese flagelo, una estrategia extrema que nos remite a tiempos de dictadura, es, en ese sentido, sumamente preocupante.

También lo es el hecho de que, ante avances impulsados desde la Justicia, surgen propuestas de concesiones, inmunidades, o “delaciones compensadas” para quienes, teniendo información, nunca la han querido entregar. Primero, se debe explicitar qué clase de información se espera obtener con estos métodos. El destino final de los detenidos desaparecidos, así como la ubicación de sus restos en el caso –casi seguro– de que estuvieran muertos, es susceptible, en limitadas circunstancias, de ser conocido por quienes tuvieron escasa o nula participación directa en los hechos que llevaron a su desaparición. No obstante, en relación a otros crímenes ha de pensarse seriamente si se esté dispuesto a cederles beneficios a los mismos verdugos, como moneda de canje para que dejen de guardar los secretos que, a su juicio, siguen otorgándoles poder. Si bien se ha hablado de la situación de los ex conscriptos como si fuera una sola, quien esté familiarizado con el escenario judicial actual, sabe que existen, entre esos ex soldados, muy variados niveles de participación y culpabilidad moral y jurídica.² Se advierte una profunda contradicción cuando se insiste en que, bajo un principio del derecho colectivo a la verdad, se deba abrir el acervo Valech –repositorio de relatos íntimos, con un valor jurídico relativo– mientras se

1 Ver, a continuación, el debate actual sobre el acceso a los antecedentes de la Comisión Valech.

2 El 22 de julio se dio a conocer uno de las pocas condenas finales contra un ex conscripto, cuando Luis Peral Terán fue condenado a tres años y un día por el asesinato del albañil Luis Gaete, en 1974.

baraja la posibilidad de extender a los involucrados –que hablan hoy por obra de la justicia– alguna recompensa o garantía de anonimato. Aquello incluso se ha intentado anteriormente, sin éxito: hoy día no es una Mesa de Diálogo sino el servicio forense, a instancia de los jueces, quienes proceden a ubicar e identificar los cuerpos de víctimas de desaparición y los restituyen a sus deudos. El hecho de que esto se realice en el contexto de investigaciones judiciales es lo que permite además –elemento infaltable– exigir a los responsables que asuman las consecuencias de sus crímenes. Pareciera ser que en Chile la postergada temporada de la justicia finalmente llega. Siendo así, cualquier medida complementaria o innovación es bienvenida, siempre que no obstaculice ni trate de sustituir este ímpetu.

1. LA SITUACIÓN CHILENA A LA LUZ DEL MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

En *Informes* anteriores hemos pormenorizado las múltiples fuentes nacionales, regionales e internacionales que respaldan la noción de una malla de derechos y deberes en verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición, que los estados postautoritarios o postconflicto asumen. La comunidad de estados, además, ha constituido instituciones regionales e internacionales a las cuales se les confía la supervigilancia de esos compromisos, exigiendo un mayor alcance de las metas que soberanamente se han asumido. A nivel nacional, disposiciones constitucionales, así como normativas internas del derecho penal, civil y administrativo, también consagran principios de justicia, resarcimiento y respeto por los derechos fundamentales.

El Relator Especial de las Naciones Unidas para asuntos relacionados con la justicia transicional dedica su Informe Anual para 2014 al tema de la justicia.³ Citando importantes normativas en la materia,⁴ hace hincapié en el derecho de las víctimas de graves violaciones a ser partícipes de un proceso judicial que les permita conocer la verdad y ayudar en la formulación de estrategias eficaces para la determinación de responsabilidades. Reafirma, de este modo, que existe una obligación de enjuiciar, y no solamente de investigar. En este sentido, es sin duda positivo observar el evidente compromiso con el tema del actual ministro coordinador de causas de derechos humanos. Su

3 A/HRC/27/56, ONU Informe del Relator Especial sobre la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No-repetición, 27 de agosto de 2014.

4 *Inter alia*, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, y 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 a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, ambos de la ONU.

presencia se manifiesta en una aceleración del ritmo de avance de las investigaciones, la asignación de recursos adicionales y esfuerzos de coordinación con familiares, en relación a las causas existentes, repartidas –estando a fines de julio de 2015– entre 26 ministros en visita.

Es además positivo advertir avances (al menos hasta fines de julio de 2015)⁵ en la proporcionalidad de las penas impuestas a la gravedad de los delitos, con una disminución en el uso de la prescripción gradual y un consecuente incremento en la proporción de penas finales efectivas (de reclusión). El Presidente de la Corte Suprema, ministro Sergio Muñoz, señaló en su discurso inaugural del año judicial 2015, que el año 2014 se habían producido 105 sentencias individuales en causas de DDHH, 70 de ellas efectivas. Esta tendencia refleja un cambio, ya que desde 2010 a fines de 2013, no más de un tercio de estas penas habían sido de cárcel (ver gráfico 1 e *Informes* anteriores). Que existiera una mayor proporcionalidad en las penas, fue una de las exhortaciones formuladas a Chile desde la ONU, en 2014, en el marco del Examen Periódico Universal.⁶

El Informe del Relator de la ONU observa que víctimas y sobrevivientes deben ser reconocidos como titulares de derechos, y que los Estados deben eliminar plazos de prescripción excesivamente breves.⁷ Ambas disposiciones se ven reflejadas en una reciente y ejemplar línea jurisprudencial que viene imponiéndose en la Sala Penal de la Corte Suprema, en relación a las demandas civiles y su fundamentación. La unificación de criterio en materia civil, lograda a fines de 2014 a través de la reasignación de toda clase de demanda civil a dicha Sala, es otra clara señal de avance. No obstante, el Estado mismo, representado por el Consejo de Defensa del Estado, CDE, sigue oponiéndose en tribunales a estos avances, alegando la prescripción de materia civil y/o la incompatibilidad de restitución por vía jurídica con la recepción de pensiones u otras reparaciones administrativas por sobrevivientes y familiares. La contradicción que aquello encierra apunta a que, si bien la labor del sistema de justicia no está exenta de persistentes dificultades (ver sección Justicia, abajo), es en materia legislativa y administrativa donde corresponde hoy focalizar las exigencias. El incumplimiento de varias promesas de legislación de muy larga data; la continua espera

5 En el mes de agosto de 2015, fecha de cierre de esta edición, se produjeron nuevamente penas bajas, inclusive no efectivas, por crímenes de homicidio y secuestro calificado.

6 A/HRC/26/5 ONU Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, 2 de abril de 2014, y ver *Informe 2014*.

7 Informe del Relator de la ONU, op. cit., Conclusiones, párrs. 99 y 101. Ver también ONU, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

para la materialización de una Subsecretaría de Derechos Humanos,⁸ junto con una creciente tendencia de prometer que ese organismo se hará cargo de una serie de exigencias que requieren más bien de acción inmediata, conforman un cuadro desalentador que se contradice con la esperanza, expresada en el *Informe 2014*, de que se estuviera *ad portas* de la construcción de una “nueva medida de lo posible” en materia de respuesta estatal a los crímenes de la dictadura. Sin desmerecer acciones puntuales, examinadas a continuación, estamos lejos de contar con la “política de Estado explícita e integral” en derechos humanos prometida a principios de 2014 en el Programa de Gobierno de la actual Presidenta. No existe aún la “entidad estatal permanente” que se prometió en ese documento para hacerse cargo de los derechos de las víctimas y sobrevivientes. La crítica tiene sus matices, ya que algunos miembros de la Comisión de DDHH de la Cámara Baja han propuesto reiteradas medidas relevantes. Pero la falta de respaldo activo del Ejecutivo hace que dichos proyectos tiendan a permanecer en un limbo legislativo.⁹

El tiempo ya se hace escaso, tanto desde el punto de vista del ciclo de vida de las personas vulneradas como del plano político, ya que se ve posible que la actual administración culmine sin haberse diseñado, ni menos implementado, el anhelado Plan Nacional en DDHH.¹⁰ Si bien siempre es fácil, y a veces demasiado simplista, diagnosticar ante todo horizonte incumplido una “falta de voluntad política”, en esta materia es difícil evitarlo. Conocidas voces ligadas al mundo de los derechos humanos concuerdan en ello,¹¹ y cuando menos, parece haberse desaprovechado la creciente presencia de personas de buena voluntad y comprobada capacidad en diversas entidades claves, como por ejemplo, en el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Lo que no se valora, se pierde, y la ausencia de un liderazgo intersectorial dinámico que una y potencie sacrificados esfuerzos individuales, termina desalentando a nuevas generaciones de profesionales que han entendido que sólo sobre la base de una contundente respuesta a las violaciones históricas se podrá construir un país más justo, capaz de abordar los desafíos de mañana.

8 Proyecto que pasó a tercer trámite constitucional el día 12 de agosto de 2015. Ver Boletín no. 8207-07, y análisis a continuación.

9 Ver, a modo de ejemplo, diversos proyectos consignados en la Sesión 70 de la Cámara de Diputados, el 23 de septiembre de 2014, que no han avanzado de su primer trámite constitucional.

10 El propio Informe de la Comisión de DDHH a la Cámara Baja respecto al Boletín 8207-07, creadora de la Subsecretaría DDHH, reconoce la “dispersión” en el tratamiento institucional de los DDHH en Chile, comparándole, desfavorablemente, con lo logrado en otros países de la región. Menciona que la Subsecretaría, una vez constituida, tendría un plazo adicional de 18 meses para elaborar el primer Plan Nacional. Informe de la Comisión DDHH, Boletín 8207-07, 21 de julio de 2015.

11 El Mostrador: “Las cuentas pendientes de la Concertación en DDHH”, 30 de julio de 2015.

2. LOS DERECHOS ÍNTEGROS DE LAS Y LOS SOBREVIVIENTES DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA

La inconformidad de diversas agrupaciones de ex presos políticos y/o sobrevivientes de tortura con su situación en torno a verdad, justicia y reparaciones, dio origen durante 2015 a una serie de huelgas de hambre, negociaciones e interlocuciones con autoridades nacionales. Algunos grupos lograron, en julio, un acuerdo mínimo, mientras que otros seguían disconformes, acusando una postura oficial de ofrecer “migajas”, en vez de resolver los temas de fondo.¹²

En abril de 2015 se iniciaron huelgas de hambre, que se fueron reproduciendo en varias regiones hasta involucrar a un centenar de participantes. En mayo se conformó una Mesa Negociadora, con sede en Rancagua, para dialogar entre estos grupos y las autoridades. Esta Mesa acordó la instalación de una segunda instancia, conocida como Mesa de Alto Nivel, que según entendieron los grupos, tendría potestad para hacer propuestas vinculantes respecto de reparaciones.¹³ Ambas Mesas reunieron solamente a algunos grupos de ex presos políticos, mientras que otras importantes asociaciones prefirieron restarse.

El encargo conferido a la Mesa de Alto Nivel fue acordar medidas “administrativas, judiciales y legales” que tomarían cuerpo dentro de seis meses. También se le encomendó generar una propuesta inmediata de “ley corta”, para entregar un “aporte único” económico a personas hoy reconocidas, a través de las denominadas “listas Valech”, como sobrevivientes de prisión política y/o tortura. El uso de esta figura, descrita durante la negociación por varios participantes como un “bono”, es en sí algo incongruente. Trae reminiscencias del “bono por término de conflicto” que es de usanza común al término de disputas sindicales, y parece poco adecuado para resolver la problemática aquí tratada. No obstante, la Mesa fue debidamente constituida, en junio, por representantes de las agrupaciones; de los ministerios de Desarrollo Social, Hacienda, e Interior (este último representado por el Programa de DDHH), de la Secretaría General de la Presidencia, y de ambas cámaras de la legislatura. Asistieron en calidad de observadores, el Instituto Nacional de DDHH y el Alto Comisionado de la ONU. Se trabajó en tres subcomisiones temáticas, una sobre Reparación Pecuniaria, otra sobre Verdad y Justicia, y una tercera, sobre Educación, Vivienda y Salud.

Las exigencias tratadas incluían (pero no se limitaban) el ámbito económico, donde se pide un reajuste del monto de las pensiones

12 Ver www.unexpp.cl

13 Acuerdo de Mesa de Rancagua, firmado el 23 de mayo del 2015. El planteamiento de los representantes de presos políticos explicita, en su punto 3, que “nuestra movilización no busca una ‘Oferta Económica’, procura una rectificación de las políticas del Estado”. El Gobierno, por su parte, se compromete a abordar “integralmente” la reparación, fomentando que la Mesa proponga soluciones “definitivas” (secciones II y III del texto del Acuerdo).

Valech, señalando la diferencia actual con las pensiones Rettig.¹⁴ Se objetaron también otras incongruencias, como, por ejemplo, el trato discriminatorio a los viudos, quienes no tienen los mismos derechos de heredar pensiones que sus contrapartes femeninas. En relación a Justicia, se exigió el acceso judicial pleno a los acervos Valech, y la extensión a las y los sobrevivientes de asesoría y representación legal homologables a los que el Estado actualmente provee a familiares de ejecutados políticos y detenidos desaparecidos. En relación a Verdad, se exigió una apertura permanente de las nóminas de víctimas y sobrevivientes reconocidos por el Estado. En relación a Salud, Vivienda, y Educación, se exige fortalecer el programa de salud PRAIS, mejorar el sistema de asignación de puntaje para vivienda social, y ampliar las categorías de parientes a quienes los titulares Valech pueden ceder su beca educacional.

Cabe señalar que buena parte de las medidas mencionadas han sido apoyadas por el Observatorio en varias iteraciones de este *Informe Anual*, y/o por el mismo Programa DDHH, que –desde al menos 2014– ha buscado atribuciones y recursos que le permitan continuar abordando estas temáticas. Las exigencias encuentran un sustento en las normativas regionales e internacionales existentes, que hablan de la reparación como un proceso de reconocimiento de derechos –no de extensión de ‘beneficios’ o asistencia social– que debe ser íntegro y participativo, tomando en cuenta tanto a las y los sobrevivientes como a sus núcleos familiares.

Según el entender del Observatorio, a principios de agosto de 2015, quedaban temas pendientes, principalmente en relación a la Subcomisión de Reparación Pecuniaria. Faltaba resolver la homologación de pensiones y la incompatibilidad que actualmente existe entre pensiones Valech y de exoneración política. Pero para respetar los plazos acordados, en julio se finalizó la mencionada propuesta de ley corta. Consiste en un bono monetario, pagado por una única vez, de un millón de pesos a “víctimas reconocidas” –es decir, personas calificadas en 2004 y 2005, o en 2011, en las nóminas de Valech I o Valech II–. El monto para cónyuges sobrevivientes de titulares ahora fallecidos va a ser solamente de \$600.000, un 60% del valor que será recibido por titulares vivos. El texto de la propuesta de ley, mensaje 600-363, fue ingresada a la Cámara de Diputados el 9 de julio de 2015. El 6 de agosto, el Comando Unitario de ex Presos Políticos y Familiares informó que luego de una “accidentada” sesión –presenciada por Carmen Gloria Quintana y Verónica de Negri– la Comisión de DDHH de la

14 Diferencia que se explica, en parte, por sus distintas lógicas subyacentes: la pensión Rettig está contemplada para ser repartida entre diversos miembros de un grupo familiar, mientras que la pensión Valech está concebida como una pensión personal.

Cámara de Diputados había aprobado la idea de legislar sobre la propuesta de Ley Corta, con una sola objeción (del diputado UDI Juan Antonio Coloma). Al cierre de esta edición, la Mesa seguía sesionando en relación a los temas de fondo. El Observatorio entiende que, si bien algunas de las mejoras prometidas en relación a PRAIS se daban por encaminadas, el cambio de gabinete interviniente habría retrasado la implementación de medidas comprometiendo a otras carteras; sin perjuicio de que algunos de los funcionarios de estas hayan manifestado una buena disposición frente al tema. Pero el mayor peligro de retraso se manifestó en la postergación de toda reformulación mayor de políticas, a la espera de que se conforme la nueva Subsecretaría de DDHH, que en el mejor de los casos, podría entrar en funciones a fines de 2015. Para que luego empiece a estudiar este y otros temas importantes que ya se le han encomendado, seguramente pasarán varios meses más. Mientras tanto, el Programa DDHH ha sido notificado que pasará, desde su actual radicación en el Ministerio del Interior, a depender de la nueva instancia. Dicho cambio podría ser neutro o incluso positivo, manteniendo o fortaleciendo la independencia formal de la instancia y aclarando el énfasis judicial de sus labores. No obstante, se introduce incertidumbre respecto al trabajo actual del Programa, además de sugerir que por lo pronto no le serán concedidas nuevas funciones ni ampliación de mandato.

En tanto, la necesidad urgente de dar una respuesta coordinada a la situación de sobrevivientes fue subrayada por reportes, recibidos por el Observatorio a fines de agosto 2015, de que a las y los “sobrevivientes Valech” se les esté pidiendo producir certificaciones de su estatus de calificación como víctimas. Dicha certificación no existe por ley, por ende, ningún estamento estatal se encuentra facultado a exigirla ni mandado a extenderla. A pesar de ello, el Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, ante el requerimiento de las personas, había empezado a emitir un certificado confeccionado especialmente para dicho propósito. No le ha sido posible al Observatorio aclarar (antes del cierre de edición) con los motivos aducidos por las y los sobrevivientes, quiénes o qué organismo les habría pedido dichos certificados. Estimamos que es importante que el Estado tome medidas inmediatas para reforzar, ante toda instancia estatal respectiva, el mensaje de que el único requisito o comprobante existente para todo efecto relacionado con los derechos de titulares de calificación Valech, consiste en las mismas nóminas oficiales. La invención o requerimiento de trámites adicionales a las y los derechohabientes respectivos, constituiría, por tanto, una vulneración de sus derechos a una reparación eficaz y dignificante, libre de la imposición de condiciones y procedimientos arbitrarios e innecesarios. El proceso de intentar aclarar quiénes podrían estar requiriendo dichos certificados, refuerza la necesidad de que exista una instancia permanente encargada de

supervisar las nóminas respectivas, considerando que desde las agencias estatales consultadas, se manifestó al Observatorio que la imposibilidad actual de rectificar errores ortográficos y de digitación en los nombres y/o RUT registrados en las nóminas, estaba entorpeciendo la oportuna realización de los derechos asociados.

3. VERDAD

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (a continuación, CIDH, Comisión Interamericana, o Comisión) ha señalado, en un informe reciente, que los estados tienen el deber de “clasificar, sistematizar, y tener a disposición archivos históricos relacionados con violaciones graves”. Señala, a la vez, que las actuaciones e informaciones recibidas por las comisiones de la verdad suelen contar con algún grado de confidencialidad y/o reserva, según las circunstancias específicas de cada país.¹⁵

3.1. “Secreto Valech”

En los *Informes 2010 y 2014* estudiamos, respectivamente, la construcción del “secreto Valech” y los posteriores esfuerzos de limitar su alcance. Límites de espacio impiden reproducir en este artículo dichos análisis en su totalidad, por cuanto recomendamos al lector consultar los mencionados *Informes*, así como el capítulo 6, subsección 1, del Informe Anual para 2014 del Instituto de Derechos Humanos, INDH, donde se puede encontrar una indispensable discusión de importantes principios conexos sobre acceso a la información pública, el resguardo de archivos, la protección de datos personales, y el derecho a la privacidad. A continuación ofrecemos un resumen a la luz de hechos recientes, en que se escuchan llamados a una anulación o revisión de las protecciones que actualmente impiden acceso público a la totalidad del referido acervo Valech, y el acceso judicial a la mayor parte de esa información. Se trata, como es conocido, de los antecedentes, fichas personales, testimonios, y análisis acumulados por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (conocida como Valech I), en 2004 y 2005; y por la Comisión Asesora Presidencial para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura (conocida como Valech II), en 2011.

A modo de observaciones generales podemos precisar, primero, que el mero acceso a datos o antecedentes “brutos” no constituye una satisfacción del derecho a la verdad. Para cumplir cabalmente con lo anterior se requiere sistematización, estudio, corroboración, y en lo posible

15 CIDH, *Derecho a la verdad en América*, Doc. OEA/Ser. L/V/II.152.Doc 2, Conclusión número 9 y ver, en general, Capítulo II Sección B.

la eliminación de errores evidentes. Estas tareas fueron asumidas por ambas Comisiones al preparar sus informes (Valech I), nóminas, o reportes estadísticos (Valech I y Valech II). Los tribunales tienen sus propios mecanismos para la producción de verdades judiciales desde artefactos de evidencia. El público en general difícilmente tiene las mismas posibilidades y recursos. Es por ello que existen experiencias donde se han buscado soluciones intermedias, permitiendo, por ejemplo, diferentes niveles de acceso según se trate de investigadores acreditados, organizaciones con una reconocida trayectoria en la materia, o personas privadas motivadas por una simple curiosidad o inquietud. Esta última motivación, si bien puede ser atendible, debe contraponerse con particular cuidado a la protección de la intimidad, incluso de alguna persona señalada, quizás injustificadamente, como malhechor.

Segundo, y relacionado con lo precedente, cabe señalar que existe una real e innegable tensión, y por tanto un equilibrio que se ha de buscar, entre el derecho a la privacidad del individuo, y la noción de un derecho colectivo a conocer lo sucedido en relación a violaciones graves.¹⁶ Si se introduce, además, la dimensión de la justicia, y la posibilidad, señalada por la Corte Interamericana de DDHH (en adelante, Corte IDH), de que Chile debe investigar de oficio, y no solamente en función a requerimientos privados, los crímenes de tortura,¹⁷ y las soluciones que proponen establecer ex post el parecer de cada quien sobre el uso judicial del material archivado, parecen insatisfactorias. Existen, también, obstáculos prácticos ante la propuesta de proceder según el parecer actual de cada persona que rindió testimonio. Por un lado, existen casos de personas que han fallecido luego de entregar su testimonio, y por otro, información cruzada, que incluye menciones de otras personas, en un determinado relato individual.

3.2. Orígenes y procedimientos de las “Comisiones Valech”

La Comisión Valech fue creada en septiembre de 2003, por Decreto Supremo.¹⁸ Se inició la toma de testimonios en noviembre del mismo año, a pesar de que no fue sino hasta fines del año siguiente que se definió, con peso de ley, el tipo de reserva con que estos serían tratados. Este largo lapso de tiempo (la Ley 19.992 fue enviada recién a la legislatura, con su respectivo mensaje presidencial,¹⁹ el 10 de diciembre de 2004) es advertido por varios testimoniantes al argumentar que el tema de confidencialidad nunca fue abordado con ellos en el momento de dar su testimonio. Entrada en vigencia, el 24 de diciembre de 2004, esa ley explicita

16 CIDH, *Derecho a la Verdad*, op. cit.

17 Corte Interamericana de DDHH, *García Lucero y Otras contra Chile*, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones.

18 Decreto Supremo 1.040, del 26 de septiembre de 2003.

19 Mensaje 203-352.

por primera vez que los antecedentes de Valech I serán “secretos” y que se prohíbe, bajo sanción penal, tanto el acceso público como el acceso judicial durante 50 años. El lenguaje es claro y la prohibición es amplia: “ninguna persona, grupo de personas, autoridad o magistratura” tendrá acceso a los antecedentes, y se define como “antecedentes” los documentos y testimonios aportados por o a nombre de víctimas sobrevivientes.²⁰ Se fundamentó el secreto señalando la necesidad de impedir que los testimonios fuesen utilizados con propósitos ajenos a los objetivos de las Comisiones, sin explicitar cuáles serían esos propósitos que habrían sido definidos con los participantes durante el mismo proceso. La Ley 19.992 fue de quórum calificado, asunto significativo para la discusión actual porque, según veremos más adelante, solamente leyes de esa categoría pueden establecer excepciones al carácter público que de otra manera ha de presumírsele a los actos y resoluciones de órganos del Estado.²¹

No fue sino hasta 2009 que se volvió a legislar en la materia. La Ley 20.405, del 24 de noviembre de ese año, sentó las bases de lo que sería el futuro Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH. Encomendó a la nueva institución, en artículos transitorios, la custodia de los archivos de diversas comisiones, entre ellas, el Valech I y la futura instancia de calificación, que ahora se conoce como Valech II. Con esta segunda ley ya empiezan a sumarse evidentes contradicciones. Por una parte, el acceso a los archivos de ambas comisiones era mucho más limitado que al archivo Rettig, confidencial en cuanto al público, pero abierto al Programa de DDHH del Ministerio del Interior y los tribunales. Por otra parte, la segunda ley no tuvo carácter de ley de quórum calificado, por tanto, no contó con el peso necesario para establecer una nueva excepción al principio de publicidad. Adicionalmente, el lenguaje utilizado en el texto de la ley no fue de “secreto” sino de “reserva”, que podría entenderse como una figura menor en relación a la eventual publicidad del acervo. Lo más llamativo de todo es que se mandata al INDH no solo para custodiar, sino que para “recopilar, analizar y sistematizar” la información respectiva. Esto incluye a Valech I, sobre la cual supuestamente pesa una explícita prohibición de acceso para cualquier persona, aplicable, por cierto, al personal del INDH.

Las contradicciones empezaron a hacerse visibles una vez que, culminada la Comisión Calificadora (Valech II), sobrevivientes no calificados, disconformes con dicho resultado, recurrían a tribunales para exigir acceso a sus antecedentes en la esperanza de poder transparentar las razones por las cuales no habían sido calificadas. A la vez, el

20 Ley 19.992, art. 15.

21 Art 8 inc. 2 Constitución Política de la República. Una ley de quórum calificado debe ser aprobada o modificada por una mayoría absoluta de todos los diputados y senadores entonces en ejercicio: no basta con que sea apoyada por una simple mayoría de quienes estén presentes en la Cámara respectiva durante su votación.

mismo INDH empezó a pedirle aclaraciones a la Contraloría respecto de sus propias facultades y deberes. En 2011, un primer dictamen de Contraloría reafirmó el carácter secreto del archivo Valech I, dando a entender que el deber de recopilación, sistematización y resguardo que le correspondía al INDH debe interpretarse como mera conservación física.²² En 2012, el tema generó tensión entre el INDH y los tribunales. Integrantes de la Tercera Sala de la Corte Suprema insistían en que el INDH debía entregar los antecedentes que se le solicitaban. La Sala aducía el hecho de que se estaba actuando a instancias de una parte peticionaria titular del mismo testimonio buscado. Consideró, además, que un requerimiento del máximo tribunal debía prevalecer por sobre el contenido de una mera disposición transitoria. Finalmente, la Corte desistió del requerimiento.²³ En el intertanto, un nuevo pronunciamiento de Contraloría endureció la posición del secreto con respecto a ambos acervos. Declaró que Valech II compartiría, para esos efectos, el mismo carácter secreto que Valech I.²⁴ Finalmente, en junio de 2014, se dio un giro en lo que respecta a Valech II (solamente). Un tercer pronunciamiento —que había sido solicitado a Contraloría por el INDH en 2013— reconoció una diferencia entre las dos comisiones.²⁵ La Contraloría opinó que lo explícito del secreto en relación a Valech I, además del carácter de quorum calificado de la ley que lo dispuso, imposibilitaba un levantamiento de las prohibiciones respectivas, salvo por medio de legislación.²⁶ Con relación a Valech II, en efecto se declaró inhabilitada para pronunciarse, pero en términos que permitían al INDH interpretar que la misma prohibición no rige.

Por tanto, los ministros en visita para causas de DDHH actualmente pueden solicitar, y el INDH en la actualidad los entrega, antecedentes sobre personas sobrevivientes de tortura si estos emanan del acervo de Valech II. Sobre Valech I aún pesa una prohibición absoluta. Esta situación es evidentemente insatisfactoria desde el principio básico de igualdad, siendo que hoy, una persona sobreviviente de tortura tiene la posibilidad de ver sus antecedentes Valech puestos directamente en conocimiento de un tribunal solamente si fue calificada por Valech II. La discrepancia, además, augura mayores dificultades si alguna vez se diera paso a una investigación de oficio de la tortura que no pasara por la expresa voluntad de la persona sobreviviente. De producirse semejante investigación, sería seguramente insostenible seguir diferenciando entre los antecedentes por un motivo tan arbitrario como su

22 Dictamen 77.470, 12 de diciembre de 2011.

23 Ver antecedentes en *Informe 2014*.

24 Dictamen 60.303, 1 de octubre de 2012.

25 Dictamen 41.230, 10 de junio de 2014.

26 Solamente se concedía que las tareas de 'sistematización' conferidas al INDH podrían requerir intervención más robusta que una simple custodia física.

fecha de presentación. Un proyecto de ley que daría carácter público a los antecedentes respectivos fue presentado el 11 de septiembre de 2014 por diputados ligados a la Comisión de DDHH, el Partido Comunista, y sectores independientes, pero permanece en primer trámite constitucional.²⁷

Cabe señalar que la posibilidad, necesaria, de proveer justicia por los crímenes de tortura, no descansa exclusivamente en los mencionados archivos. Hay quienes ya han hecho uso de su derecho personal de transmitir los mismos antecedentes aportados, ante una u otra Comisión, a los tribunales. Además de los informes Rettig y Valech I, existen decenas de causas actualmente abiertas en tribunales, y numerosas otras fuentes oficiales y no oficiales, que dan cuenta de la sistematicidad de la práctica de la tortura, ofreciendo por tanto múltiples pistas a seguir. El caso *García Lucero*, fallado contra Chile en la Corte IDH en 2013, aludía por ejemplo, a los archivos de la Oficina de Exonerados Políticos, donde descansan miles de testimonios que dan cuenta de tortura y otros crímenes graves. La Corte sugirió que en la medida que el Estado le ha reconocido la calidad de exonerado político a una persona –en base a un relato donde narra episodios de tortura– ya existiría una denuncia hecha ante una entidad oficial.²⁸ Conversaciones con personas cercanas al trabajo de tribunales dejan de manifiesto que al Poder Judicial le preocupan las implicancias prácticas de tener que abordar miles de nuevas causas en materia de DDHH. A la vez, se confidencia que –de suceder aquello– tendría mayores posibilidades de éxito un ingreso único de denuncias, acompañado por antecedentes sistematizados, permitiendo el abordaje por región, zona o incluso por recinto de tortura, que un universo configurado en base a querellas individuales. En ese caso, los archivos oficiales de los organismos de seguridad de la época, dando cuenta de los nombramientos de personal, serían de mayor utilidad. Se observa, a la vez, que las determinaciones de Contraloría señaladas anteriormente, al parecer han establecido que es el INDH el organismo que cuenta, en la actualidad, con la autorización para acceder a los antecedentes de ambas comisiones, y no los tribunales.

4. JUSTICIA

4.1. Actuaciones del sistema regional

4.1.1. Caso FACH audiencias abril

El 22 y 23 de abril de 2015, la Corte IDH conoció en audiencia pública el caso de *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros contra Chile*. También denominado el “caso FACH” o “caso AGA” –que fue presen-

27 Boletín 9598-17, 11 de septiembre de 2014.

28 Corte IDH, *García Lucero y Otras*, op. cit., párrs. 124 a 141.

tado ante la Corte por la CIDH en abril de 2014— dice relación con las torturas practicadas en 1973 contra un grupo de ex oficiales constitucionalistas, leales al depuesto gobierno, así como la falta de anulación posterior de los ficticios cargos y condenas dictados, en la época, en contra de ellos por consejos de guerra. Se prevé que el resultado, desconocido al cierre de esta edición, podría ser desfavorable al Estado. De ser así, constituiría la octava condena contra Chile en la instancia, y la tercera en materia de responsabilidades pendientes en relación a violaciones cometidas en tiempos de dictadura.

4.1.2. Informe de cumplimiento caso García Lucero

El 17 de abril de 2015, la Corte IDH emitió una supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *García Lucero y Otras contra Chile*. El caso alegaba un inadecuado resguardo de los derechos a justicia y reparación de un sobreviviente directo, y su grupo familiar, quienes aún residen fuera de Chile después de haber sido exiliados. En octubre de 2013, se concluyó, en un fallo adverso a Chile (*Informe 2014*). En su nuevo Informe, la Corte IDH dio por cumplidas por parte del Estado sus obligaciones de publicar la sentencia original y de extender indemnización por daño moral. Consignó como pendiente el cumplimiento del derecho a la justicia, y pidió un nuevo informe al respecto para fines de junio de 2015. Al cierre de esta edición no se contaba con nuevos antecedentes.

4.2. Actuaciones de tribunales nacionales

4.2.1. Composición de tribunales nacionales y coordinación de causas de DDHH

Comentamos en el *Informe 2014* el accidentado proceso de reemplazo del entonces ministro coordinador, Hugo Dolmetsch, por el ministro Sergio Muñoz, actual Presidente de la Corte Suprema. Se ha ido percibiendo el impacto del cambio en varios ámbitos. Actores cercanos a las causas le atribuyen la notable aceleración del ritmo de resoluciones finales comentada en otras secciones del presente capítulo. En lo particular, el día 14 de abril de 2015, el Pleno de la Corte Suprema designó al ministro Muñoz como ministro en visita de los demás ministros en visita de Santiago, en atención a una preocupación por retrasos en la tramitación de causas pendientes. La medida permite al ministro agregar una función de supervigilancia a su anterior competencia para pedir informes de avance. Ahora se encuentra facultado para conocer los expedientes que los ministros tengan a su cargo y sugerir formas de avanzar. Sin duda ha contribuido la experiencia propia del ministro en la investigación de dicho tipo de causas. En su discurso inaugural para 2015, pidió “calidad con prontitud” para cerrar las causas en un plazo razonable sin perder profundidad en las investigaciones.

Con este fin, a los ministros en visita se les han ofrecido recursos adicionales, a la vez que se han ido concentrando las funciones investigativas en 26 ministros, contrastado con los 33 que operaban a fines del mismo periodo del *Informe 2014*. Santiago actualmente cuenta con siete ministros, mientras otras regiones tienen un máximo de dos. Dicha distribución se condice con que, de la totalidad de causas abiertas –1.055 en total a fines de julio, según el poder judicial– 460 pertenecen a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, seguido por San Miguel, con 204. La concentración de funciones ha recibido el beneplácito de la mayoría de los actores interesados consultados por el Observatorio, ya que ha sido realizada de modo consultativo –acorde, en ese sentido, con los preceptos del Relator Especial de la ONU en cuanto a darles participación real a sobrevivientes y familiares en el diseño de estrategias para una eficaz investigación– y se ha buscado dejar las causas en manos de ministras y ministros realmente comprometidos con el avance de ellas.

Los únicos reparos registrados por el Observatorio al respecto concernían al impacto adverso que algunos deducen en la calidad de la respuesta a cada requerimiento judicial por parte de los detectives de la Policía de Investigaciones, quienes deben ejecutar en el día a día las nuevas diligencias decretadas. También se advierte la necesidad de evitar una cultura de resolución abreviada de causas sin agotar todas las posibles aristas y/o dar con el destino final de las víctimas aun desaparecidas. En relación a ello, si bien es positivo ver ministros saliendo a terreno, haciendo uso activo de sus facultades de inspección ocular, exhumación y búsqueda, puede llegar a ser contraproducente que al Servicio Médico Legal se le encargue tareas de búsqueda sin contar con antecedentes o información precisa.

El ministro coordinador ha avanzado también con un proyecto de memoria histórica del Poder Judicial, construyendo un catastro de causas resueltas en el máximo tribunal desde 2000 (que rondarían las 190, según registros del Observatorio) y digitalizando los expedientes respectivos. Se prevé la construcción de un buscador en línea para permitir trabajar con esos antecedentes, si bien no está claro si dicha herramienta esté destinada o no al uso público. Otra importante innovación, detrás de la cual se deduce la mano del ministro, es la decisión, a fines de 2014, de trasladar demandas civiles a la Sala Penal de la Corte Suprema, donde encuentran una mayor receptividad (ver sección Justicia Civil, a continuación).

4.2.2. Novedades y tendencias en los procesos judiciales

Entre julio de 2014 y junio de 2015, la Corte Suprema emitió 44 fallos definitivos relacionados con violaciones masivas a los derechos

humanos cometidas en tiempos de dictadura.²⁹ Es menester destacar que ello representa un aumento significativo en comparación con los dos periodos anteriores a este *Informe*, en que se emitieron, respectivamente, 12 fallos (*Informe 2014*) y 4 fallos (*Informe 2013*). Aquello parece confirmar una aceleración en la resolución de causas, necesaria para combatir la así llamada “impunidad biológica”, producida por el envejecimiento de muchos ex agentes de la dictadura, testigos y sobrevivientes. Dicha aceleración tiene sus orígenes en la manifiesta diligencia del actual ministro coordinador y algunos ministros en visita; sumado a los constantes esfuerzos de querellantes, sus abogados, y los actores auxiliares del sistema de Justicia, de cuyas labores depende el avance investigativo de las causas. Si bien las partes involucradas se muestran conformes con el aumento en el ritmo de resoluciones, existen inquietudes que se agrupan en torno, primero, a la necesidad de agotar todas las posibles diligencias antes de cerrar un sumario y, segundo, a la preocupación que a familiares les produce el hecho de que se determinen responsabilidades penales sin dar con el destino final de las víctimas.

Cuadro 1: Número de sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema entre julio de 2010 y junio de 2015, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura, en cinco periodos estadísticos.

	Julio 2010 – junio 2011	Julio 2011 – junio 2012	Julio 2012 – junio 2013	Julio 2013 – junio 2014	Julio 2014 – junio 2015
Número de procesos DDHH finalizados en la Sala Penal de la Corte Suprema	23	18	4	12*	44**

* Una de ellas solamente respecto a responsabilidades civiles (caso homicidio calificado de Juan Soto Cerda y otros, arista penal ya resuelta por la misma Sala con anterioridad).

** Cuatro de ellas respecto a demandas civiles, sin arista penal asociada, elevadas a la Sala Penal según auto acordado de diciembre 2014.

De las 44 sentencias emitidas en el periodo estadístico actual, 40 son por responsabilidades penales y cuatro por responsabilidades civiles exclusivamente. De las causas que incluyen alguna arista penal, 23 corresponden a sentencias por secuestros calificados (desaparición forzada), 11 a homicidios calificados (ejecuciones), 3 a secuestro y/o

29 Al igual que en ediciones anteriores del *Informe*, se preserva una periodización de julio a junio para efectos de comparabilidad estadística, si bien se consideran, en el análisis cualitativo, novedades relevantes ocurridas entre julio 2015 y el cierre de edición (a mediados de agosto).

apremios ilegítimos, y una, a homicidio simple. Dos sentencias involucraron, en una misma causa, secuestros calificados y homicidios calificados.

Cuadro 2: Detalle de las sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2014 y junio de 2015, inclusive, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura.

Causa	Fecha fallo	Rol.
1) Apremios ilegítimos en contra de Guacolda Raquel Rojas Pizarro, sobreviviente*	14/07/2014	3058-2014
2) Homicidios Calificados de Raúl Pellegrin Friedmann y Cecilia Magni Camino	4/8/2014	6373-2013
3) Secuestro calificado de Muriel Dockendorff Navarrete	21/08/2014	4911-2013
4) Homicidio calificado de Luis Fidel Arias Pino	02/09/2014	1813-2014
5) Secuestros calificados de los hermanos Mario Fernando Peña Solari y Nilda Patricia Peña Solari	04/09/2014	4300-2014
6) Región Aysén: Episodios Puerto Cisnes, Puerto Aysén, Villa Los Torreones, y Coyhaique (homicidios y secuestros calificados)	04/09/2014	1790-2014
7) Homicidio simple de Marcos Reyes Arzola	16/09/2014	15507-2013
8) Secuestro calificado de Miguel Woodward	30/09/2014	4240-2014
9) Secuestro calificado de María Cecilia Labrin Saso	9/10/2014	17.037-2013
10) Secuestro calificado de Carlos Guerrero Gutiérrez	16/10/2014	4549-14
11)) Secuestro calificado de Claudio Enrique Contreras Hernández	16/10/2014	4550-14
12) Secuestros calificados y homicidios calificados de Trabajadores de El Toro y El Abanico	23/10/2014	17.030-13
13) Homicidio calificado de Ramón Martínez González	10/11/2014	21177-2014
14) Secuestros calificados de Juan Maino, Elizabeth Rekas, y Antonio Elizondo	13/11/2014	2931-2014
15) Secuestro calificado de Pedro Raúl Merino Molina	15/12/2014	22.266-14
16) Homicidio calificado de Ricardo Aldo Solari Longo	23/12/2014	11.983-14

17) Caso Quebrada Honda Homicidios calificados de Tránsito Del Carmen Cabrera Ortiz, Miguel Ángel Catalán Febrero y Héctor Manuel Lepe Moraga	29/12/2014	24.887-14
18) Secuestro calificado de Juan Newton Larrín Morales Saavedra	31/12/2014	22.334-14
19) Secuestro de Patricio Cristián Santana Boza, sobreviviente	21/01/2015	23677-2014
20) Secuestro calificado de Juan Meneses Reyes	12/01/2015	11964-2014
21) Homicidio calificado de Néstor Artemio Iván González Lorca: Caso Marchigüe	26/01/2015	21971-2014
22) Secuestro calificado de Juan Ernesto Ibarra Toledo	28/01/2015	30163-2014
23) Secuestro calificado de Ruth María Escobar Salinas	29/01/2015	31425-2014
24) Secuestro calificado de Sergio Fernando Ruiz Lazo	09/02/2015	21.589-2014
25) Secuestros calificados de José Orlando Flores Araya y Rodolfo Valentín González Pérez	26/02/2015	22.343-2014
26) Secuestro calificado de Sergio Alberto Riveros Villavicencio	13/03/2015	29214-2014
27) Secuestro calificado de Agustín Eduardo Reyes González	31/03/2015	22652-2014
28) Caso Los Ocho de Valparaíso (secuestros calificados)	13/04/2015	20288-2014
29) Caso Uruguayos: Ariel Arcos y otros (secuestros calificados)	13/04/2015	21384-14
30) Homicidio calificado de Germán Eduardo Muñoz Flores (Caso Cerro San Cristóbal)	13/04/2015	28736-14
31) Apremios ilegítimos contra Sergio Aguiló Melo, sobreviviente	20/04/2015	27177-2014
32) Secuestro calificado de Fernando de la Cruz Olivares Mori	20/04/2015	22645-2014
33) Homicidio calificado de Carlos Alberto Sepúlveda Palavecinos	22/04/2015	23324-2014
34) Demanda civil: Indemnización por secuestro calificado de Bernardo Meza Rubilar: episodio Central El Abanico (primera demanda civil vista en Sala Penal)	28/04/2015	23441-2014

35) Secuestro calificado de Alfonso Chanfreau Reyes	29/04/2015	24.558-2014
36) Secuestro calificado de Pedro Acevedo Gallardo	29/04/2015	22.979-2014
37) Homicidio de Luis Hilario Barrios Varas	11/05/2015	25.657-14
38) Demanda civil: Indemnización por errónea identificación de los restos de Óscar Osvaldo Marambio Araya	14/05/2015	32076-2014
39) Secuestro calificado de Gloria Lagos Nilsson**	14/05/2015	32161-2014
40) Homicidios calificados de Ana María Puga Rojas y Alejandro de la Barra Villarroel	19/05/2015	25.656-14
41) Causa Conscriptos de Arica: Homicidios calificados de Juan Francisco Peña Fuenzalida y Sergio Amador Pantoja Rivera	19/05/2015	27.960-2014
42) Demanda civil: Indemnización por secuestro calificado de Miguel Ángel Becerra Hidalgo	20/05/2015	25.671-14
43) Demanda civil: Indemnización por homicidio calificado de Paulina Aguirre Tobar	20/05/2015	23.583-2014
44) Secuestros calificados de Máximo Gedda Ortiz y Alejandro Arturo Parada González	25/05/2015	1665-15

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por fallos judiciales.

** Fallo considerado en la sección narrativa del Informe 2014, pero no en sus análisis estadísticos, por haberse emitido fuera del periodo estadístico pero antes del cierre de edición respectivo.*

*** Causa penal con arista civil, cuya arista penal quedó a firme en la Corte de Apelaciones. Solamente la arista civil fue elevada a la Corte Suprema, por oposición del CDE a la concesión de la indemnización civil.*

4.2.2.1. Justicia Penal

En el periodo, se dieron las primeras condenas masivas de agentes de la DINA. En enero y febrero de 2015, tres contundentes sentencias fueron dictadas por distintos episodios de la “Operación Colombo”, todas en primera instancia, afectando entre 22 y 78 ex agentes. Setenta y nueve ex agentes, tratándose en muchos casos de los mismos individuos, fueron condenados, el 27 de marzo, en el *caso de Pedro Poblete Córdoba*. El periodo también produjo las primeras condenas afflictivas por el solo delito de remoción, el 22 de junio, con las condenas, en primera instancia, de 5 años 1 día contra tres militares en el caso Calama. En diciembre se emitió lo que, de mantenerse, sería la primera sentencia custodial contra una ex agente mujer. Teresa Osorio Navarro está entre siete ex agentes de la CNI condenados en primera instancia a 10 años 1 día, sin beneficios, por el homicidio de Augusto Carmona.

El día 10 de marzo se cerró sumario en el caso Víctor Jara, con 12 procesados. En abril, las cortes estadounidenses aceptaron enjuiciar en EEUU a Pedro Barrientos, chileno residente en EEUU, requerido por su presunta participación en la misma causa. En otra causa con vínculos internacionales, se dictó el 2 de febrero la sentencia inicial en el *caso de Charles Horman y Frank Teruggi*, estadounidenses detenidos en el Estadio Nacional. Dos personas fueron condenadas, aunque solamente una a pena efectiva.

En agosto se dictaron sentencias condenatorias finales en el caso de Eugenio Berríos, químico y ex agente civil de la DINA quien abandonó el país en compañía de agentes de inteligencia militar en 1991 y fue hallado muerto, cuatro años más tarde, en Uruguay. El crimen ocurrió fuera del rango temporal de lo que los tribunales caratulan como “causas DDHH”. No obstante, hay una vinculación directa con lo sucedido durante la dictadura, ya que su salida forzosa del país (y posterior asesinato), tenía su origen en el temor de lo que podría haber revelado a la Justicia chilena sobre el uso de armas químicas por parte de la DINA, en el contexto del juicio por el crimen de Orlando Letelier. Un total de 13 ex militares chilenos y uruguayos fueron condenados por el caso, entre ellos el ex fiscal militar Fernando Torres Silva y el ex general Hernán Ramírez Rurange, quien era director de la Dirección de Inteligencia Nacional del Ejército, DINE en 1991, cuando Berríos fue sacado del país. Poco antes de ingresar a la cárcel —a cumplir la sentencia de 20 años 2 días que le había sido impuesta— Ramírez Rurange se suicidó.

4.2.2.1.1. Prescripción gradual y atenuantes

Los *Informes* anteriores han dado cuenta de una práctica surgida, desde aproximadamente 2012, en la Corte Suprema en relación a la prescripción gradual. La Sala Penal empezó a desistir de invocarla en casos de desapariciones (secuestros calificados), en atención a la ausencia de una fecha de consumación del delito, pero siguió aplicándola en casos de ejecuciones políticas (homicidios). Su efecto, en estos casos, ha sido de reducir las penas finales.³⁰ Si bien esta tendencia ha continuado parcialmente en el periodo que nos convoca (ver *caso Región Aysén*, del 9 de septiembre de 2014), existen también variaciones. En el tercer fallo del presente periodo, se ve un revés en el caso del secuestro calificado de Muriel Dockendorff, ya que la Corte aplica la prescripción gradual, aun tratándose de una desaparición. Pero se observa una reducción de la frecuencia de la concesión de prescripción gradual en casos de homicidios calificados. De los 13 fallos sobre este tipo de crimen, se desiste

30 Ver por ejemplo *Informe 2014*, p. 41.

del uso de la concesión en seis de ellos, en el periodo analizado.³¹ Las excepciones se deben a la aceptación mayoritaria, en esos fallos, de que la imprescriptibilidad que el derecho internacional establece por crímenes de lesa humanidad debe extenderse tanto a la prescripción gradual como a la prescripción misma.

Debemos concluir que en esta materia, si bien se vislumbran algunos resultados positivos en casos de homicidios calificados, la jurisprudencia continúa siendo vacilante en cuanto a la naturaleza jurídica de la figura de la prescripción y su no aplicabilidad a crímenes de lesa humanidad. Estas vacilaciones de los tribunales, al respecto, se deben en parte a discrepancias sobre si la prescripción gradual debe o no clasificarse como un atenuante. Para mayor detalle sobre las aplicaciones de atenuantes en el periodo, ver sección Agentes, a continuación.

4.2.2.1.2. Delito de asociación ilícita

El 2 de septiembre de 2014, la Corte Suprema ratificó (Rol. 1813-2014), una sentencia inferior en el *caso del homicidio de Luis Arias Pino*, en 1975. Se transformó en el segundo fallo del máximo tribunal que condena por el delito de asociación ilícita a ex agentes de la DINA.³² Reafirmó condenas de 15 años por homicidio calificado, y de 3 años por asociación ilícita, contra cuatro acusados. Se consideró que los hechos de la causa constituyeron crímenes de lesa humanidad, por ende son imprescriptibles y no sujetos a amnistía. La Corte Suprema hizo suyo el argumento desarrollado por la Corte de Apelaciones, según el cual la estructura misma de la DINA, una organización internamente jerarquizada, hace que se configure el delito de asociación ilícita.

4.2.2.1.3. Recalificación de homicidio calificado a homicidio simple

Desde 2013 se observa una tendencia de calificar ejecuciones políticas, consignadas como tales en el Informe Rettig, como meros homicidios simples.³³ La Corte Suprema hizo lo mismo, el 16 de septiembre de 2014, en el *caso del homicidio de Marcos Reyes Arzola*, cuando ratificó la argumentación de la Corte de Apelaciones de Santiago de que no se podía hablar de la existencia de un crimen de lesa humanidad, por ser un homicidio simple. La Corte Suprema agregó que: “no cualquier

31 Homicidio calificado de Luis Fidel Arias Pino, 02/09/2014, Rol. 1813-2014. Región Aysén: Episodios Puerto Cisnes, Puerto Aysén, Villa Los Torreones, y Coyhaique, 04/09/2014, Rol. 1790-2014. Secuestros calificados y homicidios calificados de Trabajadores de El Toro y El Abanico, 23/10/2014, Rol. 17.030-13. *Caso Quebrada Honda* 29/12/2014, Rol. 24.887-14. *Caso Cerro San Cristóbal*, 13/04/2015, Rol. 28736-14. Homicidio calificado de Carlos Alberto Sepúlveda Palavecino, 22/04/2015, Rol. 23324-2014. Homicidios calificados de Ana María Puga Rojas y Alejandro De la Barra Villarroel, 19/05/2015, Rol. 25.656-14.

32 El primero corresponde a la sentencia de la Corte Suprema por los homicidios de Carlos Prats y Sofía Cuthbert, Rol. N° 2596-2009, 8 de julio de 2010. En instancias inferiores, existe también la decisión de primera instancia del ministro en visita Jorge Zepeda en el episodio “Colonia Dignidad”, causa Rol. N°2182-1998, 9 de abril de 2014.

33 Ver *Informe 2014*, p. 41.

homicidio puede ser considerado como delito de lesa humanidad sino que solamente el asesinato, el que en nuestra doctrina y jurisprudencia es conocido como homicidio calificado”. Es preocupante que una recalificación de homicidio calificado a homicidio simple, aun cuando fuera procedente por los hechos, sea considerada como impedimento automático a que un crimen revista carácter de lesa humanidad. La combinación de la recalificación con esta particular interpretación suele redundar en el sobreseimiento definitivo por prescripción. Fue la suerte corrida por el *caso del homicidio de José Miguel Vargas Valenzuela*, sobreseído por prescripción a nivel de Apelaciones, el 1 de junio de 2015, ratificando la decisión del ministro Mario Carroza de que no se trataba de un crimen de lesa humanidad.

La Corte Suprema falló en el sentido contrario, en mayo 2015, en el *caso del homicidio de Luis Barrios Vargas*, asesinado por carabineros en 1973, supuestamente por no responder a un control efectuado en el horario de toque de queda. Es relevante considerar que Luis Barrios era sordo y sin capacidad verbal, lo cual afectó su capacidad de responder a los interrogativos de los policías, quienes lo agredieron hasta matarlo. La Corte de Apelaciones de Santiago había desestimado el carácter de lesa humanidad, sobreseyendo por prescripción. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que sí se trataba de un crimen de lesa humanidad y remitió el expediente a la Corte de Apelaciones para un nuevo pronunciamiento.

4.2.2.1.4. Judicialización del crimen de tortura

Como ha sido señalado reiteradamente en *Informes* anteriores, existe un bajo nivel de judicialización del crimen de tortura. Ello se debe en parte a la ausencia, hasta la fecha, del reconocimiento de parte del Estado chileno de sus obligaciones de oficio en relación a la tortura, que, al igual que los demás crímenes de lesa humanidad, conlleva el mandato a todos los Estados de perseguir de modo enérgico y protagónico su investigación y sanción, sin que esto descanse exclusivamente en el deseo o capacidad de las y los sobrevivientes de iniciar acciones de manera particular. Producto de este desconocimiento, no existe una entidad pública en Chile que se haga cargo de los derechos de justicia y reparación de las víctimas que sobrevivieron a la tortura. Aquella es la situación que, en el *Informe 2014*, denominamos como el “desamparo jurídico de los sobrevivientes” y que no fue rectificadas tras la reciente huelga de hambre de grupos de ex presos políticos, a pesar de la activa disposición, manifestada en reiteradas oportunidades por el mismo Programa, de asumir responsabilidades en esta área.

Por consiguiente, mientras no exista una adecuada decisión y política estatal al respecto, los niveles de judicialización de graves crímenes cometidos contra víctimas sobrevivientes, siguen siendo bajos. De los 44 fallos finales contabilizados en el periodo de este *Informe* (hasta

junio 2015) solo 3 de ellos fueron iniciados por víctimas.³⁴ Dos de estos fallos establecen condenas por el delito de “apremios ilegítimos”, y el otro por el delito de secuestro simple. Esto corresponde a una línea nueva de causas en que sobrevivientes judicializan no solamente la tortura, sino también el secuestro o la detención ilegal que fue practicada en su contra. En estos tres casos, si bien se determina que se trata de crímenes de lesa humanidad, que por ende son imprescriptibles e inamnistiables, y, además, se reconoce la supremacía que la Constitución le otorga a los preceptos del derecho internacional, las penas aplicadas son muy bajas –entre 61 días y 3 años de presidio– permitiendo la concesión de beneficios. La penalidad insuficiente es característica de la inadecuada tipificación y penalización del delito constitutivo de tortura en el Código Penal de la época, donde aparece consignado bajo el eufemismo de “tormentos y apremios ilegítimos”.

En el caso de apremios ilegítimos (tortura) cometidos contra Guacolda Rojas, es llamativa la aplicación de la prescripción gradual, permitiendo la dictación de una pena de solo 541 días a Miguel Krassnoff. En el caso del sobreviviente y actual diputado Sergio Aguiló Melo, si bien no se aplica la prescripción gradual, las penas consideran la atenuante de irreprochable conducta anterior, permitiendo sentencias muy bajas y la subsecuente concesión del beneficio de libertad vigilada o remisión condicional, a todos los condenados. Asimismo, la recalificación del delito en el caso del sobreviviente Patricio Santana Boza es preocupante: si bien en primera y segunda instancia se condenó por secuestro calificado, la Corte Suprema definió el delito como secuestro simple, tomando en cuenta la duración de la retención (inferior a 90 días), y considerando las torturas únicamente como agravante (y no como un crimen adicional). En consecuencia, a pesar de reconocer que se trata de un delito de lesa humanidad, las penas impuestas no superan los 3 años.

Se dio un paso importante en diciembre de 2014 cuando cuatro mujeres, Alejandra Holzapfel, Nieves Ayress, Soledad Castillo y Nora Brito, interpusieron la primera querrela criminal que califica derechamente a la violencia sexual como forma de tortura. Si bien hay querrelas anteriores por sobrevivientes mujeres que denuncian violencia sexual, se entiende que el presente pleito sería el primero que busca que las cortes acepten directamente la tipificación de esta conducta como tortura. Poco después, el 8 de enero de 2015, Lelia Pérez, activista de Villa Grimaldi, interpuso una querrela criminal en contra de 8 ex agentes –entre ellos Edwin Dimter, apodado como el “Príncipe del Estadio Chile” (y presunto torturador de Víctor Jara, que fue asesinado

34 *Caso Guacolda Raquel Rojas Pizarro*, Rol. 3058-2014, 14 de julio de 2014; *Caso Patricio Cristián Santana Boza*, Rol. 23677-2014, 21 de enero de 2015; *Caso Sergio Aguiló Melo*, Rol. 27177-2014, 20 de abril de 2015, todas de la Corte Suprema.

en ese recinto)– por secuestro de menor, violación, abusos deshonestos, torturas y asociación ilícita, cometidas en su contra cuando tenía apenas 16 años de edad.

4.2.2.2. Justicia civil

4.2.2.2.1. Demandas civiles asociadas a juicios penales

En el periodo, se afirma la tendencia de acoger demandas civiles en la Sala Penal del máximo tribunal, ratificando así los ineludibles deberes del Estado en materia de reparaciones por crímenes cometidos por sus propios funcionarios. En efecto, de las 28 causas penales del periodo que contienen una arista civil, en un 90% (26 de las 28) se obtuvo un resultado favorable para los demandantes. Además, en los últimos 3 años ese porcentaje ha subido considerablemente, acogiéndose con mayor frecuencia las demandas. La Corte Suprema incluso ha restituido la indemnización civil cuando esta haya sido denegada en instancias inferiores, como hizo en el *caso de Néstor González*, fallado el 27 de enero de 2015. Esta tendencia radica en la interpretación progresista que la Sala da tanto al derecho internacional, donde se deduce la obligación que tiene el Estado de garantizar el derecho a la reparación íntegra, como al derecho interno, donde se entiende que no resulta coherente diferenciar entre el aspecto penal y el aspecto civil de una misma causa, desestimando el segundo por prescripción, pero acogiendo el primero por reconocer la imprescriptibilidad. Adicionalmente, rechaza el argumento del Consejo de Defensa del Estado, CDE, de que la persona que haya hecho uso de sus derechos a reparación por vía administrativa –recibiendo, por ejemplo, la así llamada “pensión Valech”– se vería inhabilitada para demandar al Estado. Para refutar eso la Sala suele sostener, siguiendo a los ministros Brito y Juica, que el ser o haber sido titular de reparaciones pecuniarias, tales como pensiones o asistencia, no constituye una renuncia al derecho a reparación del daño moral ocasionado. Ver sección siguiente, sobre demandas civiles, para una mayor exposición de estos argumentos, que creemos constituyen la más avanzada y consistente jurisprudencia actualmente existente en los tribunales domésticos de la región en estas materias.

Ahora bien, dichos argumentos suelen ser mayoritarios en vez de unánimes en la Sala, dependiendo de su composición en la fecha de los juicios. Además, si bien en la mayoría de estos fallos finalmente se acogieron las acciones civiles, existen dos excepciones. El primero de ellos es el caso de los homicidios calificados de Raúl Pellegrin y Cecilia Magni, donde la Sala Penal rechazó la parte de la arista civil de la querrela que iba dirigida contra el Fisco por incompetencia del tribunal. Al denegar, además, la petición de una orden de indemnización particular contra los imputados, argumentó tanto la absolución dictada a favor de estos en la arista penal de la causa –un argumento evidentemente

atendible— como la prescripción de la acción civil. Ello a pesar de que la Corte tomó una medida bastante excepcional en insistir en la naturaleza homicida de las muertes, que tanto la defensa como algunas instancias inferiores habían sindicado como posiblemente accidentales.

El *caso de Muriel Dockendorff* fue el segundo en que no se concedió una indemnización solicitada en paralelo a una condena penal. La Corte confirmó condenas a seis integrantes de la DINA por desaparición forzada, pero rechazó la acción civil argumentando la incompetencia del tribunal y el *litis pendiente*. La frase se refiere a la existencia de una causa paralela en que otro tribunal ha sido llamado a resolver sobre idéntica materia. En este caso, se refería a una demanda civil que ya había sido interpuesta con independencia de la querrela criminal y que fue rechazada, en primera instancia el 10 de enero de 2011, por considerar que no se había acreditado debidamente el daño moral.

Estos dos fallos desfavorables se explican principalmente por las características particulares de las causas mencionadas, en que principios jurídicos establecidos pesaban en contra de las exigencias. En términos generales, por tanto, la jurisprudencia de la Corte Suprema claramente se inclina hacia la hipótesis de cobros indemnizatorios, al menos con respecto a las responsabilidades estatales (del Fisco). El reconocimiento de que no resulten aplicables las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes es particularmente bienvenido. Pero es decepcionante la insistencia del CDE en oponerse a toda demanda civil, desconociendo el reconocimiento hecho en esta materia por el máximo tribunal así como, por implicación, las responsabilidades estatales supuestamente ya asumidas por las Comisiones de la Verdad.

4.2.2.2.2. Demandas civiles autónomas (independientes de acciones penales)

En el *Informe 2013*, se describió el trato dispar dado a las demandas civiles entre la Sala Penal y la Sala Constitucional de la Corte Suprema.³⁵ A modo de ejemplo, se indicó que de los 68 casos conocidos por la Sala Penal hasta junio de 2013, 27 acogieron la indemnización civil, mientras que en la Sala Constitucional, la Corte rechazó persistentemente la indemnización. Las demandas civiles en ese entonces llegaban a una u otra de las mencionadas Salas según si iban asociadas a una causa penal simultánea por el mismo hecho —elevándose estas a la Sala Penal en el caso de llegar a etapa de casación— o fueran interpuestas de modo autónomo, sin estar asociadas directamente a una causa penal por el mismo hecho. En este segundo caso, en etapa de casación, las causas se elevaban más bien a la Sala Constitucional, donde recibían en forma consistente una recepción negativa.

35 *Informe 2013*, p. 42.

Frente a esta evidente discrepancia de criterios, la necesidad de armonizar la jurisprudencia de la Corte Suprema había llevado, en primer lugar, a la emisión de un pronunciamiento del Pleno al respecto. Dicho pronunciamiento fue desfavorable a las y los demandantes, al preferir la tesis de la prescripción. No obstante, la Sala Penal prefirió continuar otorgando indemnización en causas subsiguientes, por cuanto el desacuerdo persistía. Es grato poder informar que la discrepancia parece haber sido finalmente resuelta a favor del reconocimiento de los derechos de familiares y sobrevivientes a una reparación plena. Ello porque un auto acordado de la Corte Suprema, dictado el 26 de diciembre de 2014, modificó la distribución de las materias que conoce cada sala, canalizando a la Sala Penal toda materia pendiente que se eleva desde el antiguo sistema penal, con independencia de la naturaleza penal, civil o administrativa del tema de la controversia. El efecto práctico ha sido conferir a la Sala Penal el conocimiento de toda demanda de indemnización por violaciones a los derechos humanos que se eleve a casación.³⁶ El impacto positivo del auto acordado, que empezó a regir desde el 1º de enero de este año, se hizo notar a partir de la primera causa con dichas características, que fue elevada, vista el 28 de abril de 2015 y relacionada al secuestro calificado de Bernardo Meza Rubilar (Rol. 23441-2014). La Sala Penal confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones, en el sentido de revocar la decisión no favorable de primera instancia, procediendo a condenar al Fisco al pago de \$240.000.000 a los seis hijos de la víctima, como indemnización por el daño moral causado. A esta primera resolución se le habían sumado cinco más, hasta el cierre de la presente edición. Por tanto, en lo que va de 2015, son seis las demandas civiles autónomas (sin arista penal) que han sido vistas en casación por la Sala Penal, en vez de la Sala Constitucional, de la Corte Suprema. En todas ellas se ha condenado al Fisco a pagar la indemnización exigida.

El 14 de mayo de 2015, en Rol. 32076-2014, el máximo tribunal reafirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones que ordenaba al fisco indemnizar por concepto de daño moral la suma de \$10.000.000 al hermano de Oscar Osvaldo Marambio Araya, a raíz de la errónea identificación de sus restos por el Servicio Médico Legal, en 1996. Adicionalmente, en las sentencias pronunciadas el 20 de mayo de 2015 –en relación a responsabilidades civiles por el secuestro de Miguel Ángel Becerra Hidalgo (Rol. 25.671-14), y por el homicidio de Paulina Aguirre Tobar (Rol. 23.583-14) – se concedieron indemnizaciones de \$145.000.000 a diversos familiares de Miguel Ángel, y

36 Ver la letra B n°1 del Auto Acordado del 26 de diciembre de 2014, según el cual la Sala Penal conocerá "De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia penal, tributaria y civil relacionada a una causa vigente del antiguo sistema procesal penal".

de \$100.000.000 al padre de Paulina. Finalmente, el 21 de julio, se emitieron otras dos demandas. En la primera (Rol. 4265-2015), relacionada con la desaparición de Arturo Vega González, en el marco del denominado *caso Lago Ranco*, el fisco deberá pagar \$300.000.000 a algunos de los hermanos de Arturo. En la segunda (Rol. 29567-2014), se condenó al Fisco a pagar \$260.000.000 a la cónyuge e hijos de Fidel Bravo Álvarez, ejecutado político. En los dos casos ya hubo una resolución anterior de una causa penal por los mismos crímenes, con condenas en ambos a los agentes responsables.

Un análisis detallado de las sentencias revela que la Sala Penal rechaza el argumento de la supuesta incompatibilidad de indemnizaciones con medidas anteriores –la así denominada “excepción de pago”– en los siguientes términos:

“Los beneficios pecuniarios que contempla la Ley N° 19.123 [que establece pensiones Rettig y otras medidas económicas y simbólicas] tienen una naturaleza asistencial y por ende no privan a las víctimas de instar por la reparación efectiva de todo daño sufrido. Por lo demás, la normativa invocada por el Fisco [Ley 19.123] no contempla en su texto incompatibilidad alguna con la indemnización que en este proceso civil se persigue y no es procedente suponer que ella se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de atentados a los derechos humanos”.³⁷

Agrega, en el caso de Paulina Aguirre, que si bien medidas administrativas puedan constituir una parcial reparación a daños patrimoniales, el “dolor, sufrimiento y angustia”³⁸ de familiares privados de sus seres queridos, constituyen un daño moral que debe ser atendido.

En rechazo al argumento de que las acciones civiles deben considerarse prescritas, por computarse más de cuatro años de tiempo transcurrido desde el crimen generador de la obligación (según tesis del CDE), o bien desde la publicación del Informe Rettig en donde se hayan constatado los crímenes respectivos y el papel del Estado en ellos (según tesis de la Corte de Apelaciones) el tribunal supremo considera que:

“No resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Inter-

37 Corte Suprema, Causa Rol. n°23441-2014, Secuestro calificado de Bernardo Meza Rubilar, considerando 9°.

38 *Ibíd.*

nacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile³⁹, y agrega que “la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material”⁴⁰.

En la especie, la Corte descansa en principios del derecho interno y constitucional chileno, entre ellos los que establecen, respectivamente, que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (Constitución Art. 5 inciso 2) y que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución” (Art. 6).

La larga lista de convenios, tratados y principios internacionales relevantes es encabezada por la Convención Americana de los DDHH, en sus arts. 1.1 y 63.1; y le siguen, según el caso, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Art 27 (“El Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales”); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2.3 (“Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violadas podrá interponer un recurso efectivo”); el Reglamento de La Haya de 1907 (“La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será condenada, si hubiere lugar, a pagar una indemnización”); y el documento de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Res. 2005/35 (“Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”). Todos, menos los últimos dos mencionados, constituyen tratados o instrumentos a los que Chile ha dado su asentimiento libre y soberano, al firmarlos y ratificarlos.

4.3. Agentes (victimarios)

Al 28 de julio 2015, el Programa de DDHH informó que 1.149 ex agentes de la dictadura habían sido en algún momento, desde el año 2000 en adelante, procesados, condenados y/o apesados por su participación en crímenes de represión. La cifra incluye a quienes ya han cumplido sus sentencias, y a los que fallecieron en algún momento durante el periodo. A su vez, 96 personas⁴¹ se encontraban recluidas

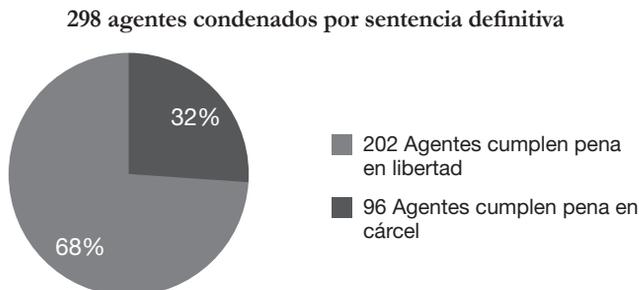
39 Ibid., considerando 13°.

40 Corte Suprema, Causa Rol. n°25.671-14, Secuestro calificado de Miguel Ángel Becerra Hidalgo, considerando n°7.

41 Fuente: Gendarmería de Chile, dato canalizado al Programa de DD.HH. del Ministerio del

por dichos crímenes, mientras que 202 de ellas cumplían su pena en libertad. Al menos 4 agentes habían sido liberados durante el periodo, ya fuese por beneficios o por cumplimiento de condenas.⁴²

Gráfico 1. Agentes condenados por sentencia definitiva, datos a junio de 2015.



Fuente: Programa de Derechos Humanos, Ministerio del Interior. Datos a junio del 2015

Si bien el nivel de datos suministrados por Gendarmería no permite desglosar, como se ha hecho en oportunidades anteriores, por centro de reclusión, todo indica que la habitual concentración de dichos agentes en Punta Peuco, acentuada tras el cierre, en 2013, del penal Cordillera, se mantiene. Los agentes que cumplen condena en otros recintos, como son los centros penitenciarios penales de regiones, suelen hacerlo por haber pertenecido a las filas regulares de Carabineros y/o por petición propia, para facilitar la recepción de visitas familiares cuando estos residan en regiones distintas a la Metropolitana. De mantenerse a firme el número considerable de nuevas penas efectivas emitidas en el periodo en instancias inferiores, la capacidad actual del recinto especial Punta Peuco se verá ampliamente superada, si se pretenden mantener las actuales condiciones superiores en cuanto al espacio personal con que cuenta cada recluso.

4.3.1. Sentencias condenatorias

Tal como se ha comentado en la sección anterior, para efectos de comparación estadística se contabilizan, (en el periodo julio 2014 a junio 2015, inclusive) 44 fallos de la Corte Suprema que afectan responsabilidades criminales y/o civiles. En estos 44 fallos, se dictaron un total de 159 condenas criminales, 132 de ellas efectivas (de presidio) y 27 permitiendo cumplimiento alternativo (penas no privativas de libertad).

Interior y Seguridad Pública, 28 de julio de 2015.

42 No obstante, dos de ellos fueron condenados nuevamente a penas de cárcel. Ver cuadro a continuación.

Hubo además, 26 absoluciones y 6 sobreseimientos por muerte. La totalidad de las condenas, absoluciones y sobreseimientos afectó a un total de 103 ex agentes.⁴³ 48 de los 97 de estos ex agentes aún vivos fueron condenados a presidio efectivo. De estos 48, 32 recibían condena de pena efectiva o por primera vez, o bien sin encontrarse reclusos por otros crímenes al momento de las condenas recientes. A este número relativamente elevado de nuevos condenados se debe el apreciable alza en la cifra total de ex agentes reclusos al cierre de edición, que actualmente asciende a casi un centenar. Durante los dos periodos anteriores (*Informe 2013*, *Informe 2014*) se había mantenido en alrededor de 60 personas la cifra de ex agentes reclusos.

Otros 14 de los 48 ex agentes condenados a penas aflictivas en el periodo ya se encontraban presos por otros crímenes similares, y 2 más ya habían estado encarcelados anteriormente⁴⁴, por cuanto el universo total de perpetradores alguna vez reclusos por graves violaciones en Chile aumentó en 32 personas, como resultado del trabajo judicial del año. Corresponde al número de nuevos encarcelamientos más alto durante los cinco periodos consecutivos en los que el Observatorio tiene registros. El número de procesos finalizados en la Corte Suprema, con respecto al periodo anterior del *Informe*, se cuadruplicó, triplicándose, a la vez, el número total de condenas impuestas.

Quizás más significativo que el alza en sí es el hecho de que aproximadamente más de un 80% de las condenas del periodo actual son a presidio efectivo (penas de cárcel). Este porcentaje representa una cifra históricamente alta, dado que el porcentaje de condenas efectivas de otros periodos del *Informe* no supera el 50% (*Informe 2011*, 40%; *Informe 2012*, 27%; *Informe 2013*, 45%; *Informe 2014*, 37%). Estos datos son evidencia empírica de una notoria mejora en la proporcionalidad de las penas impuestas en relación a la suma gravedad de los crímenes,⁴⁵ producto de la cual 34 reclusos ya deben haber hecho, o bien lo harán, ingreso o reingreso a centros penitenciarios. Aquello aumentaría en un 50% el total nacional de reclusos vinculados a estas causas.

43 El total de condenas y absoluciones de un periodo siempre excede el número de agentes involucrados, siendo que buena parte de los agentes procesados o condenados lo son en más de una causa.

44 Estos son los casos de Luis Guillermo Carrera Bravo, quien terminó de cumplir su condena anterior en diciembre de 2014, y Nelson Alberto Paz Bustamante, a quien se le otorgó la libertad en enero de 2015. A este último se le volvió a condenar a presidio efectivo en marzo del mismo año, pero se contabiliza dentro de esta categoría debido a que se encontraba en proceso de libertad—ordenado por la Corte Suprema—al momento del fallo que lo vuelve a condenar.

45 No obstante, se observa con preocupación que una serie de fallos finales emitidos por la Corte Suprema en agosto de 2015, fuera del periodo estadístico aquí analizado, vuelven a la práctica de conceder prescripción gradual para imponer penas no aflictivas.

Cuadro 3: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por violaciones a los derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparados entre cinco periodos del Informe

	Julio 2010 – junio 2011	Julio 2011 – junio 2012	Julio 2012 – junio 2013	Julio 2013 – junio 2014	Julio 2014 – junio 2015
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema	23	18	4	12	44*
Total de absoluciones	12	12	0	10	26
Total de condenas	84	49	11	49	159**
- Número de estas condenas imponiendo pena efectiva de cárcel	34	13	5	18	132***
- Número de estas condenas permitiendo cumplimiento alternativo	50	36	6	31	27
Total de agentes involucrados en estos procesos	64	48	11	53	103
- Número de estos agentes condenados en, por lo menos, una causa	52	40	11	43	71

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y fallos judiciales.

** 4 de ellos en materia civil.*

*** Una de las condenas (Homicidio de Luis Hilario Barrios Varas Rol. 25.657-14) fue remitida a la Corte de Apelaciones para nuevo pronunciamiento, siendo que la Corte Suprema rectificó su calificación desde homicidio simple a homicidio calificado constitutivo, además, de crimen de lesa humanidad. Revertido de esta manera el sobreseimiento por prescripción impuesto en instancias inferiores, corresponde que el tribunal de origen dicte una nueva sentencia.*

**** Dos de las nuevas penas afflictivas (penas de cárcel) implican el encarcelamiento por segunda vez a agentes que habían logrado ser liberados de condenas anteriores por recursos de amparo. (Nelson Alberto Paz Bustamante, ordenándose su libertad en enero de 2015 por la Corte Suprema, y Luis Guillermo Carrera Bravo, cuya condena anterior se cumplió en diciembre de 2014).*

4.3.2. Detalle de concesión de beneficios y atenuantes

Es importante relevar, en particular, los patrones de aplicación actual del atenuante de irreprochable conducta anterior (art. 11 n°6 del Código Penal). El uso proporcional de este atenuante parece ir en aumento,

incluso cuando se toma en cuenta el alza en los números totales de causas resueltas en los periodos para los que se tienen datos (*Informes 2013, 2014, y 2015*). En el periodo actual, más de 80% de las condenas impuestas aplicadas admitió este atenuante para rebajar las penas, y no existe ningún caso de concesión de atenuantes donde la irreprochable conducta no haya sido uno de los patrones aplicados. Con ello se contrarrestaron, en parte, los efectos positivos en la proporcionalidad de las penas causados por el desistimiento gradual de la aplicación de la prescripción (sin perjuicio de que los efectos de ambos factores son desiguales, ya que la prescripción conlleva un mayor descuento en el tiempo de reclusión de las sentencias). La concesión solo de irreprochable conducta anterior, sin concurrir otro atenuante, resultó en una pena no efectiva en menos de uno de cada cinco de sus aplicaciones. Sin embargo, donde concurría además otro atenuante, el efecto acumulativo siempre fue una pena no efectiva.

El beneficio de la irreprochable conducta anterior es aplicable en teoría a quien es condenado ante tribunales sin haber ostentado, al momento del crimen, otra condena previa. Su espíritu está claramente destinado a fomentar la no reincidencia, o bien a promover la rápida rehabilitación de personas cuyo comportamiento delictivo ha sido evidentemente fuera de carácter. Esa consideración es difícilmente justificada ante aquellos que cometieron reiterados delitos agravados por la mayor crueldad y gravedad imaginables, y cuya falta de prontuario al momento de ser condenado se debe, en los hechos, al manto de impunidad con el que lograron cubrir sus pasos. Es la situación, por ejemplo, de casi la totalidad de los integrantes de la antigua cúpula de la DINA, a quienes se les concedió nuevamente este atenuante en el periodo, a pesar de encontrarse, en su mayoría, ya detenidos por docenas de crímenes similares. También le fue concedido al notorio agente de la DINA, y actual prófugo de la justicia, Ricardo Lawrence Mires, condenado en abril de 2015 por primera vez a una pena aflictiva en el caso de la desaparición de Alfonso Chanfreau.

Es relevante señalar además, en el marco de la discusión sobre secretos e incentivos realizada al inicio del presente capítulo, que de tratarse de beneficios que puedan concederse en propiedad a personas cuya participación en determinado hecho delictivo fue efectivamente secundaria o menor, las figuras aplicables serían más bien las de colaboración sustancial para esclarecer el delito (Código Penal Art. 11 N° 9), y/o de esfuerzos sinceros para reparar el daño causado (Código Penal Art 11 N° 7). El uso de la primera de estas figuras se mantiene en un nivel muy modesto para los dos periodos sobre los que se tienen datos (ver cuadro 3), mientras que no se cuentan con antecedentes sobre aplicaciones de la segunda.

Llama la atención las 3 aplicaciones, en el actual periodo, del atenuante de “fuerza irresistible o miedo insuperable” (Código Penal Art 10 N° 9),

aplicado a situaciones como las que algunos ex conscriptos, en testimonios recientes, han asegurado haber vivido, en que habrían sido obligados bajo amenaza de perder sus vidas, a participar en, o mantener silencio sobre, crímenes atroces. Asimismo, detectamos dos instancias, en el periodo, del uso como atenuante del principio de la obediencia debida.⁴⁶ Estos ejemplos no hacen más que revelar que el sistema judicial regular existente, está perfectamente preparado para aplicar criterios flexibles respecto de personas que actuaron bajo compulsión y/o cuentan con información y la entregan, como es debido, ante los requerimientos de la justicia. No se percibe, por tanto, alguna imperante necesidad de plantear la concesión de compensaciones adicionales o mecanismos extra judiciales.

Cuadro 4: Concesión de atenuantes y beneficios en fallos definitivos de la Corte Suprema en causas por violaciones a derechos humanos cometidas entre 1973 y 1990, comparada entre cinco periodos

Clasificación	Tipo de atenuante o beneficio	Número de Aplicaciones(*)				
		Julio 2010 – junio 2011	Julio 2011 – junio 2012	Julio 2012 – junio 2013	Julio 2013 – junio 2014	Julio 2014 – junio 2015
Atenuantes	Prescripción gradual (art. 103 Código Penal (CP))	70	30	6	22	22
	Irreprochable conducta anterior (art. 11 no. 6 CP)	83	36	8**	41**	122
	Colaboración sustancial (art. 11 no. 9 CP)	Sin datos	Sin datos	Sin datos	4	6
	Fuerza irresistible o miedo insuperable (art.10 no. 9 CP)	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	3
	Huida o desobediencia (de la víctima) ante intimaciones de detenerse (art. 411 Código de Justicia Militar, CJM)	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	1
	Obediencia debida*** (art. 214 CJM)	Ninguna conocida	Ninguna conocida	Ninguna conocida	Ninguna conocida	2

46 Es relevante mencionar que el conocido precedente del juicio de Nuremberg, en orden de no reconocer la validez de la defensa de obediencia debida en casos de crímenes aberrantes, se limita a situaciones de ‘manifiesta’ ilegalidad o ilegitimidad de la orden obedecida. Además, rechaza la validez de dicha defensa como eximente de responsabilidad penal; no así, su concesión como posible atenuante de la pena aplicable.

Beneficios	Libertad vigilada	45	30	6	17	14
	Remisión condicional	5	8	0	10	9
	Entregado a la custodia de un pariente, por enfermedad	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos	1

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y fallos judiciales.

** A individuos (por cuanto pueda haber múltiples aplicaciones dentro de un mismo fallo).*

*** Fe de erratum: La diferencia entre las cifras aquí proporcionadas y las que aparecían en las ediciones originales de los Informes 2013 y 2014 se debe a un error de registros, descubierto en 2014 y aquí rectificado en relación a esos dos periodos. Las cifras originalmente publicadas subestimaban las aplicaciones del beneficio en los periodos mencionados.*

**** Aplicada en los casos Puerto Aysén, episodio homicidio de Julio Cárcamo, Rol. 1790-2014, 4 de septiembre de 2014, y secuestro calificado de Miguel Woodward, Rol. 4240-2014, 30 de septiembre de 2014.*

4.3.3 Cumplimiento de penas y beneficios intrapenitenciarios

Chile, a diferencia de algunos otros países, no cuenta con un sistema de supervisión judicial de cumplimiento de penas, por cuanto este aspecto del sistema de Justicia es potestad exclusiva de Gendarmería. El ministro o tribunal que impuso la pena original no es notificado, ni puede intervenir, cuando un recluso es trasladado de penal, o se le concede un beneficio posterior a la imposición de su sentencia (“beneficios intrapenitenciarios”). En la circunstancia de cumplimiento de penas alternativas, el tribunal de origen interviene solo si existe alguna infracción, tal como el no cumplimiento de la obligación de firmar en el caso de la remisión condicional de la pena.

Esta desvinculación entre los tribunales y el sistema penitenciario contribuye a una relativa opacidad sobre el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad, porque es muy difícil que el público en general, e incluso otros actores institucionales, se enteren de modificaciones que pueden ir desde la concesión de salida dominical hasta la liberación anticipada. Esta opacidad ha dado origen en el pasado a situaciones límites, tales como el encuentro repentino, de parte de un familiar o sobreviviente, con un perpetrador que creía preso (ver *Informes* anteriores, en particular el caso de Odlanier Mena, comentado en el *Informe 2012*). También abre la posibilidad de incentivar fugas de parte de quienes, estando encarcelados y teniendo pendientes nuevas condenas privativas de libertad, salen antes de tiempo de sus condenas iniciales sin que se alcance a pedir su prisión preventiva.

En el periodo actualmente bajo estudio, los agentes Alejandro Sáez Mardones, Miguel Muñoz Uribe y Nelson Paz Bustamante, acudie-

ron a recursos legales buscando la consecución o restitución de beneficios de salida dominical, libertad condicional y reducción de pena. Paz Bustamante –condenado por el secuestro calificado de Álvaro Barrios Duque, y procesado a su vez en otras causas– interpuso un recurso de amparo en contra del Ministerio de Justicia, cuando le fue negado por esta cartera el beneficio de reducción de pena. A fines de enero de 2015 la Corte Suprema concedió el recurso, razonando que el Ministerio de Justicia no tiene facultades para impedir o revertir estas concesiones.⁴⁷ De paso, se declaró que los beneficios intrapenitenciarios no pueden ser denegados en atención al carácter del crimen cometido. Esta decisión de la Corte representó un revés para una campaña emprendida en los últimos años por algunas agrupaciones de derechos humanos y parlamentarios, buscando obligar al cumplimiento pleno de penas impuestas por crímenes de lesa humanidad. A pocas semanas de ganar su recurso, Paz Bustamante fue nuevamente condenado a una pena efectiva; situación que pone en relieve el peligro de fuga que suscita la concesión de libertad anticipada a agentes con múltiples causas pendientes.

Sáez Mardones, por su parte, es uno de los pocos agentes actualmente cumpliendo prisión perpetua, por el triple homicidio en 1985 de José Manuel Parada, Manuel Guerrero y Santiago Nattino (el así llamado “caso Degollados”). También purga condena por el asesinato de Carlos Contreras Maluje, y es acusado en múltiples otros secuestros de personas desaparecidas. No obstante, en febrero de 2015, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de protección interpuesto por el ex agente en contra de una revocación del beneficio de la salida dominical que le había sido concedido en el año 2013.⁴⁸ Recuperó, entonces, el beneficio. A mayor abundamiento, en julio de 2015 ganó en la Corte de Apelaciones de Santiago, junto con otro agente (Miguel Muñoz Uribe), un recurso que favorecía a ambos con la concesión de libertad condicional.⁴⁹ Nuevamente se argumentó, con éxito, que el cumplimiento formal de los requisitos mínimos de postulación –tales como el paso del tiempo de sentencia y la ausencia de anotaciones de conducta negativas– prevalecía por sobre cualquier consideración respecto a la gravedad o naturaleza del delito, así como el estado de arrepentimiento o conciencia demostrado por el recluso; consideraciones que serían, además, inadmisibles. La decisión fue ratificada por la Corte Suprema el 12 de agosto, bajo Rol. 9331-2015, en un fallo dividido.

47 Corte Suprema, *Ratifica el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago que acogió un recurso de amparo presentado por Nelson Paz Bustamante*, 26 de enero de 2015.

48 Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Recurso de protección a favor de Alejandro Sáez Mardones*, 11 de febrero de 2015.

49 Recurso de protección N° 49.159-2015, 10 de julio de 2015.

4.3.4. Evolución en el tiempo de perfiles y números de agentes procesados y condenados

Según cifras suministradas por la Brigada Investigadora de Delitos contra los DDHH de la PDI (Brigada DDHH), entre el año 2010 y el presente,⁵⁰ la procedencia por ramo o afiliación en las fuerzas de orden y seguridad de ex agentes actualmente procesados o condenados, se ha mantenido relativamente estable en el tiempo. Entre 2010 y 2014 inclusive, la proporción de este universo compuesto por ex integrantes del Ejército no ha bajado de un 44% ni ha subido más allá del 45%. Después se encuentra Carabineros, desde cuyas filas proceden el 33% de los afectados. Les siguen, en orden, la Armada (entre siete y ocho por ciento); civiles⁵¹ y la Fuerza Aérea (ambos con aproximadamente seis por ciento); la PDI (nunca más de tres por ciento) y Gendarmería, con un solo ex funcionario acusado a lo largo del periodo. Se desconoce si la información precedente refleja de manera fiel el relativo involucramiento de cada servicio en crímenes represivos, pero al menos sugiere que la persecución penal ha sido consistente en el tiempo, sin cambios de enfoque desde una institución o rama a otra.

Las principales alzas en la cantidad de individuos procesados y condenados se concentran en 2013 (con un aumento de 13% con respecto al año anterior), y en lo que va del año 2015 (con un aumento notable, de 19%, en tan solo medio año, donde se pasó de 962 personas (a fines de 2014) a 1.149 (a fines de junio de 2015)). La Brigada atribuye la primera alza al impacto rezagado de la gran cantidad de nuevas querellas presentadas en 2011 por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, y de causas iniciadas por la fiscal judicial Beatriz Pedrals (Ver *Informe* 2012). El aumento brusco en 2015, que se prevé continuará, se debe claramente a la agilización de las causas, ya comentada.

4.3.5. Agentes prófugos de la justicia

No se conocieron, en el periodo, novedades respecto de dos personas consignadas en el *Informe 2014* como residentes en el extranjero en situación de rebeldía ante la Justicia chilena. Se trata de Adriana Rivas, ex agente de la DINA, procesada, y actualmente residente en Australia; y de Hartmut Hopp, ex dirigente de Colonia Dignidad, contra quien pesa una condena por abusos sexuales a menores, quien se escapó a Alemania a pesar de estar supuestamente sujeto a medidas cautelares. A nivel nacional, se tienen noticias de al menos seis personas más que

50 Informe de la Jefatura Nacional de Delitos contra DD.HH, preparado en julio 2015 para presentación ante la Cámara de Diputados, suministrado al Observatorio por la Brigada DD.HH.

51 Categoría que, hasta donde se ha podido averiguar, incluye a empleados civiles de servicios de inteligencia represivos.

se dieron a la fuga durante el periodo, cinco de ellas al ser condenadas a penas efectivas (penas de cárcel), y la otra, al ser procesada. A la fecha de cierre de esta edición, solamente tres de ellas habían sido capturadas. La captura más reciente fue la de Daniel Cancino Varas, ex agente de la DINA y ex oficial de la PDI. Cancino fue detenido por actuales agentes de la misma PDI, miembros de la Brigada de DDHH, el 1 de agosto de 2015. Llevaba casi siete meses prófugo, desde que no compareció a principios de año para iniciar una sentencia de cárcel, impuesta el 16 de octubre de 2014, por el secuestro de Carlos Guerrero. El caso de Cancino causó particular preocupación por sus antiguos vínculos con la policía, así como por tener familiares aún en servicio activo. Luego de su captura fue ingresado directamente a Punta Peuco, donde ya cumple su sentencia. Con su reclusión el número de agentes encarcelados por esos delitos subió brevemente a 97, porque el fallecimiento, días después, del agente Manuel Contreras dejó la cifra nuevamente en 96. Antes de Cancino fue encontrado Alejandro Astudillo Adonis, quien fue capturado el 2 abril de 2015, luego de ser buscado siete meses por una sentencia impuesta en agosto de 2014 por homicidios calificados. En junio fue detenido Patricio Kellet Oyarzún, fugado durante seis meses frente a acusaciones de tortura y secuestro. Fue consignado a prisión preventiva mientras prosigue el caso en su contra.

Los tres condenados por crímenes cometidos durante la dictadura que siguen en situación de fuga son Walter Klug Rivera, condenado por la Corte Suprema, en octubre 2014, a 10 años en el *caso Centrales El Toro y El Abanico*; Rubén Fiedler Alvarado, condenado a 5 años 1 día en el *caso Los Ocho de Valparaíso*, en abril de 2015; y Ricardo Lawrence Mires, fugado desde fines de abril de 2015, sentenciado por la desaparición de Alfonso Chanfreau y por otra causa más. Lawrence es quizás el más notorio de los tres, al ser el agente más cercano a la cúpula de la DINA que hasta entonces no había recibido sentencia de cárcel. Redes ligadas a sectores de derechos humanos están abocadas a ayudar en la localización de los fugados, y en las páginas web de los sitios Londres38.cl y Villagrimaldi.cl, entre otros, se pueden ver imágenes fotográficas de ellos. Fuentes de prensa cuestionaron, en abril, la competencia del actuar policial al respecto. A la fecha de cierre de esta edición, dos de los fugados por causas de DDHH sí figuraban en la galería de “buscados por orden judicial” que la PDI mantiene en su página web (www.policia.cl); aunque una de las imágenes corresponde a Cancino, ya capturado. Un cuarto ex agente, el mayor (R) Arturo Silva Valdés, se declaró en rebeldía el 13 de agosto ante su condena en el caso Berríos, conexo con las causas de DDHH aquí consignadas. Se rumoreaba, además, que otro agente del mismo caso estaría inubicable. Silva Valdés fue aprehendido el 4 de septiembre, en Santiago, por oficiales de la Brigada de DDHH de la PDI. La categoría de búsqueda

que se libra para estas personas depende a la vez de la emisión de órdenes judiciales de arraigo, detención o captura en su contra. De todos modos, quien vea o sepa del paradero de alguno de ellos debe contactar a la policía al teléfono 134.

Consultado sobre la problemática, el Ministro Coordinador de Causas de DDHH, Sergio Muñoz, concordó que si bien es un tema que debe preocupar siempre a la Justicia, no debiera ser una preocupación “excesiva” en lo particular.⁵² Señaló los altos costos personales que la decisión de fugarse implica para este perfil de condenados, así como los procedimientos que actualmente existen para su ubicación, y la discreción que los tribunales tienen para ordenar prisión preventiva ante el requerimiento fundamentado de una parte querellante o bien frente a otro índice objetivo que sugiera el peligro de fuga. Se confirmó, no obstante, que existe una característica estructural en el sistema de notificación de condenas, el cual permite que quien vea ratificada en la Corte Suprema una condena en su contra pueda conocer la sentencia, antes de ser citado para comparecer ante el tribunal de origen. Aquello se produce porque, al ser redactado y firmado un fallo de la sala respectiva de la Corte Suprema, el documento es retenido en la Secretaría por un plazo de tres días, ante la posibilidad de alguna rectificación. Solamente entonces, el expediente es liberado y devuelto al tribunal de origen para que este dicte el cúmplase. En relación a las causas de DDHH, investigadas aún por el procedimiento escrito antiguo, este paso puede necesitar además el traslado físico de contundentes expedientes a regiones. Solo entonces, el ministro en visita puede disponer la citación u otra forma de requerimiento para la presentación de los sujetos involucrados.

Durante este lapso, es posible que el imputado y/o su representante legal conozca en detalle el contenido de la resolución, porque el fallo es público, y se publica apenas es firmado e ingresado en la Secretaría de la Corte Suprema. Es, por tanto, notificado en el sistema electrónico del Poder Judicial, y en el Estado Diario de la Corte Suprema, el mismo día de su emisión. Los procuradores y abogados más asiduos, siempre atentos a las novedades en las causas que representan, pueden, por tanto, enterarse con perfecta legitimidad de un fallo adverso para sus clientes, apenas se produzca. En causas que se elevan ya con penas contundentes confirmadas en Corte de Apelaciones, el incentivo para considerar eludir a la justicia es mayor. En ese sentido, dos positivas prácticas de la Corte, como es la creciente aplicación de penas efectivas, más la práctica activa de la transparencia, generan un potencial coste colateral que no alcanza a contrarrestar sus múltiples

52 Categoría que, hasta donde se ha podido averiguar, incluye a empleados civiles de servicios de inteligencia represivos.

virtudes. Al parecer está en manos de los ministros y los respectivos querellantes, por tanto, evaluar la pertinencia de pedir la prisión preventiva cuando corresponda. Cabe recordar que el peligro de fuga es, precisamente, uno de los legítimos motivos para el uso de esta figura, que nunca debe ser concebida como un castigo anticipado o alternativo.

4.3.6. Enlaces con las FFAA y el “pacto del silencio”

En relación a persistentes rumores sobre la canalización extraoficial de comunicaciones entre tribunales y las instituciones de las Fuerzas Armadas,⁵³ el ministro Muñoz fue tajante en señalar que bajo su mandato, ni la Secretaría de la Corte Suprema ni la oficina de coordinación de causas de DDHH cuenta con un enlace designado en las filas castrenses, como tampoco ha impartido instrucciones a los ministros sobre el particular. Explicó, no obstante, que es lícito y a veces recomendable que ministros en visita coordinen con autoridades locales de las Fuerzas Armadas, para requerimientos de información pertinente a investigaciones que se llevan a cabo sobre el tema, así como también para algunas gestiones, como pueden ser, por ejemplo, la comparecencia para notificación y/o inicio de cumplimiento de sentencia de quien, a pesar de estar retirado de las filas, aún reside en una villa militar. Aspecto que siempre queda en la competencia de los jueces, quienes son soberanos al respecto.

A mediados de agosto trascendió que el Ministerio de Defensa ya había decidido institucionalizar la canalización de los requerimientos de información que los ministros en visita, u otras autoridades competentes, puedan tener ante las FFAA sobre el periodo que abarca desde 1973 a 1990. El Ministerio nombró al jubilado ministro Alejandro Solís, quien en su tiempo de ministro en visita fue quien resolvió el mayor número de causas de DDHH, para encabezar una nueva unidad que se abocará a la canalización de requerimientos judiciales de antecedentes desde las FFAA, y/o a la averiguación directa de las razones que se esgrimen en el caso de recibirse una respuesta negativa o nula. Se busca dar prueba de la voluntad de agotar los esfuerzos destinados a la búsqueda de información que pueda existir en las instituciones armadas. Ante el juicio negativo emitido por fuentes incluyendo el diario *La Tercera* ante al anuncio,⁵⁴ cabe señalar, primero, que la iniciativa es de larga data, y segundo, que responde a deseos expresados por los tres actores involucrados —las fuerzas armadas, el poder judicial y el

53 Ver *Informe 2014* y Mónica González, CIPER Chile.cl: “Las presiones que desató el encarcelamiento del hermano del jefe del Ejército por DD. HH”, 12 de marzo de 2014.

54 *La Tercera*, Editorial: “Nueva Unidad de Derechos Humanos en Defensa”, 21 de agosto de 2015, sindicó el anuncio como una reacción precipitada a debates suscitados por el así llamado “caso Quemados”.

Ministerio— para mejorar tanto la pertinencia del contenido como la modalidad de presentación de las peticiones, en aras de fomentar una mejor tramitación y más oportuna respuesta a estas. Se señala, por ejemplo, que la falta de conocimiento detallado del mundo no castrense, y por ende actores del sistema judicial, sobre las estructuras y procedimientos militares, puede impedir la formulación de interrogativos acertados, situación que la asesoría experta disponible en el Ministerio puede ayudar a subsanar. Además la iniciativa representa, a juicio del Observatorio, un correcto y bienvenido recordatorio del papel que juega el poder político civil como fuente, en todo sistema democrático, de supervisión del actuar castrense.

4.3.7. Muerte de Manuel Contreras

El 7 de agosto de 2015 falleció Manuel Contreras, ex jefe de la DINA, policía política de la dictadura de Pinochet. Durante los primeros años de la dictadura, a partir de 1973, la DINA fue el brazo derecho de Pinochet y el principal organismo encargado de ejecutar una política de exterminio clandestino de opositores del régimen. Sus agentes, bajo el mandato de Contreras, armaron centros clandestinos de tortura, desaparición, y aniquilamiento. Apresado por primera vez en 1995 por el asesinato, en Washington, EEUU, de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt, Contreras tuvo que enfrentar la justicia nuevamente en 2004, cuando fue condenado, por el ministro Alejandro Solís, por la desaparición de Miguel Ángel Sandoval. Sujeto desde entonces a decenas de procesamientos y condenas, Contreras falleció en un hospital militar, condenado, según registros del Observatorio, a penas actuales e históricas confirmadas de 537 años y 203 días de prisión. Considerando, además, las múltiples condenas en primera o segunda instancia, procesamientos o encausamientos vigentes en su contra, Contreras murió enfrentando más de 600 años de cárcel por sus crímenes. No obstante, falleció ostentando aún su grado de General (R) del Ejército.

La posibilidad de introducir por ley la degradación de grados y honores a ex militares responsables de graves violaciones cometidas en el pasado enfrenta una complicación jurídica, relacionada con la prohibición de la retroactividad, cada vez que las relevantes disposiciones del Código de Justicia Militar actual solamente hacen referencia explícita a las circunstancias que ameritan degradación de militares en servicio activo. No obstante, el tema dejó de ser un problema de capacidad, adquiriendo más bien la apariencia de una escandalosa falta de voluntad, cuando el actual comandante en jefe del Ejército, el General Humberto Oviedo, defendió ante la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados, la permanencia de retratos fotográficos del condenado y difunto ex agente en lugares de honor al interior de recintos castrenses.

4.4. Otros actores relevantes

En otros *Informes* hemos dedicado secciones específicas a las labores de importantes agencias auxiliares, como son el Programa de DDHH y la Brigada de DDHH de la PDI. En la presente edición, hemos optado más bien por integrar apreciaciones sobre su trabajo a las demás secciones del *Informe*. Agradecemos la notable disposición que han tenido las referidas instituciones a suministrar datos e información para el presente *Informe*, así como para facilitar un proyecto de investigación académico, aún en curso, sobre el tratamiento de casos de desaparición forzada. Se agradece a la vez, la disposición y autorización otorgadas por el ministro Presidente de la Corte Suprema, y de los ministros en visita respectivos.

4.4.1. El Ejecutivo y la promesa de legislar sobre el Decreto Ley de Amnistía

La derogación, anulación, o superación de los efectos del DL de Amnistía de 1978 ha sido solicitada y recomendada por numerosos actores nacionales e internacionales, incluyendo el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte IDH, en el fallo Almonacid (ver *Informes* desde 2006 a la fecha). El 10 de diciembre de 2014, el entonces ministro del Interior, Rodrigo Peñailillo, dio a conocer un proyecto de reforma constitucional que declarararía la imprescriptibilidad e inamnistiability de los crímenes y delitos de lesa humanidad que a futuro puedan suceder, además de un proyecto de ley que adecuaría la normativa interna existente con el derecho internacional. Aquello debería significar el postergado cumplimiento de una promesa realizada durante la primera administración de la Presidenta Bachelet (2006-2010), de acatar el fallo adverso de la Corte IDH en el caso Almonacid.

Ambos proyectos fueron debidamente enviados al Senado el día 10 de diciembre de 2014, Día Internacional de los Derechos Humanos, como Boletín 9748-07 y 9733-07. El segundo de estos textos explica cuidadosamente que evita caer en el vicio de la retroactividad, ya que no hace sino fijar el correcto alcance y margen de interpretación que siempre debió tener la normativa. Su artículo único reza: “Fíjase el sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal y la pena que se establecen en los artículos 93 y 103 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción, o media prescripción, de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que, en conformidad al Derecho Internacional, constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes o delitos de guerra, perpetrados por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, durante el periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.” No

obstante, a la fecha de cierre de edición ambos proyectos aún aparecían como en primer trámite constitucional. La urgencia “suma” con que habían sido ingresados fue reducida a “simple”, el 7 de julio de 2015.

4.4.2. Subsecretaría de DDHH

La muy anhelada iniciativa de la Subsecretaría de Derechos Humanos, comentada arriba y en *Informes* anteriores, se encontraba, al cierre de edición, en tercer trámite constitucional luego de haber sido aprobada por unanimidad por la Cámara de Diputados el 12 de agosto de 2015, en versión modificada (ver boletín no. 8207-07 (S)). En el Informe acompañante, con fecha 21 de julio de 2015, la Comisión de DDHH y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados dio cuenta de las modificaciones introducidas durante la etapa de comisión, cuando se recibieron comentarios desde el INDH y de agrupaciones y sitios de memoria, apuntando, en particular, a la necesidad de mantener a salvaguarda las funciones del actual Programa de DDHH y de explicitar responsabilidades para futuras calificaciones de casos de víctimas y sobrevivientes. Entre los puntos más relevantes del proyecto en su actual versión, se incluyen la propuesta de un comité interministerial, y la elaboración de un Plan Nacional de DDHH que debería priorizar, *inter alia*, la investigación y sanción de crímenes de lesa humanidad; la “preservación de la memoria histórica”⁵⁵ de violaciones cometidas en tiempos de dictadura; la reparación, y la promoción del cumplimiento de las sentencias del sistema regional y universal de DDHH.

4.4.3. Unidad de Identificación del Servicio Médico Legal continúa trabajo pericial

Aportando al cumplimiento estatal de los derechos a la verdad y a la justicia, el Servicio Médico Legal, SML, ha continuado con su importante labor de identificación de restos de personas detenidas desaparecidas. En su página web informan la confirmación, en el periodo reciente, de las identificaciones de 158 personas.⁵⁶ El 1 de julio de 2014, el ministro Leopoldo Llanos y el director del SML, doctor Patricio Bustos, dieron a conocer a familiares la confirmación de la identidad de Joaquín Walker Arangua, cuyos restos fueron encontrados en 1990. A fines de octubre de 2014, el ministro Miguel Vásquez confirmó la identificación, por medio de técnicas ADN, de los restos de Jaime Barrios Meza y Claudio Jimeno Grendi, militantes socialistas detenidos el día del golpe en el Palacio de La Moneda. Sus restos fueron hallados, en 2001, en el recinto militar Fuerte Arteaga, habiendo sido ocultados

55 Boletín 8207-07 (S), op.cit.

56 SML.ci: “Listado de personas víctimas de violaciones a los derechos humanos identificadas por el Servicio Médico Legal”. Se deduce, si bien no se explicita, que se trata de resultados desde 2006, año en que el Servicio fue reorganizado en razón de errores anteriores.

en la operación clandestina conocida como “Operación Retiro de Televisores”. La identificación de Ricardo Ramírez, Jacobo Stoulman, y Matilde Pessa, tres personas detenidas desaparecidas en Argentina pero cuyos restos fueron hallados en Chile, fue dada a conocer en mayo de 2015. Ricardo Ramírez se encontraba en Buenos Aires en función de su militancia en el Partido Comunista chileno. El matrimonio Stoulman Pessa, sin militancia política conocida, fue detenido el 16 de mayo de 1976 en un aeropuerto de Buenos Aires, para ser posteriormente devuelto de manera clandestina a Santiago como parte del “Plan Cóndor”. Luego de 38 años, sus hijas Jenny, Sara y Alejandra, pudieron finalmente sepultar a sus padres.

El 16 de septiembre de 2014 se entregaron los restos de Jorge Cavado Aguilera, asesinado el 4 de octubre de 1973. El 16 de marzo de 2015, por orden de la ministra Emma Díaz, se exhumaron los restos de Julio Riffo Figueroa y René Bravo Aguilera, ambos fallecidos el 21 de septiembre de 1981. Sus muertes son investigadas en el caso Neltume. También en marzo, el SML entregó los restos del ex diputado socialista Luis Espinoza Villalobos, ejecutado en 1973, a su hijo, el actual diputado Fidel Espinoza.⁵⁷ En julio de 2015, se notificaron dos identificaciones. La primera fue de Jorge Muñoz Mella, un joven estudiante de 18 años al momento de su desaparición, cuyos restos fueron encontrados en 1991 en el Patio 29. Habían sido identificados en aquel entonces, por errores de peritaje, como los de Carlos Fonseca, otra víctima. La segunda identificación fue de fragmentos óseos pertenecientes a José Saavedra González, quien fue víctima de la Caravana de la Muerte, en el episodio Calama. Dichos fragmentos forman parte de otro episodio en que se han rectificado, a partir de 2014, errores históricos en la identificación de fragmentos alguna vez encontrados en las cercanías de Calama (ver *Informe* 2014.)

5. REPARACIONES, MEMORIALIZACIÓN Y MEMORIA HISTÓRICA

En su Informe sobre el derecho a la verdad, la CIDH valoró y celebró el aporte de organizaciones de la sociedad civil en todas las dimensiones de la justicia transicional, entre ellas, la memorialización. A la vez, subrayó la necesidad de iniciativas estatales,⁵⁸ haciendo mención al Museo de la Memoria y los DDHH como ejemplo de un aporte estatal chileno al deber de prevención y no repetición. En ese sentido han de valorarse diversas iniciativas públicas, privadas, y mixtas que se han producido en Chile. Entre ellas figuran proyectos de memoria

57 La Nación.cl: “SML entrega al diputado Fidel Espinoza los restos de su padre fusilado en 1973”, 6 de marzo de 2015.

58 CIDH, op. cit., Capítulo III sección C.

ideados por la sociedad civil que cuentan con un apoyo estatal directo desde el Programa de DDHH del Ministerio del Interior y/o, a través suyo, desde los ministerios respectivos. Estos proyectos constituyen un aporte al deber de reparación simbólica y contribuyen a la verdad y a las garantías de no repetición, siempre que el mensaje de reconocimiento que conllevan sea respaldado de manera consistente en otras dimensiones del actuar estatal, tales como la postura tomada ante las reivindicaciones de reparación que llegan a los Tribunales de Justicia.

5.1. Memoriales y proyectos de memoria apoyados por el Programa de Derechos Humanos

A fines de 2014, el Programa de DDHH dio cuenta, en su balance anual, de los proyectos aprobados en el año en su área de Obras Simbólicas. Estos incluyen trabajos de recuperación y reconstrucción en Villa Grimaldi, el archivo de FASIC, el memorial de Talca, y la Casa de Memoria de Valdivia. También se apoyó la construcción de una página web y una exposición itinerante sobre Colonia Dignidad, y un memorial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.⁵⁹ En abril de 2015, el Programa auspició el estreno del documental “Habeas Corpus”, sobre la historia de la Vicaría de la Solidaridad. Nuevos proyectos involucran a las organizaciones históricas de derechos humanos CODEPU y FASIC, y el archivo oral del sitio de la memoria Villa Grimaldi. El Programa también colaboró con la Corporación Estadio Nacional Memoria, en obras que incluían la iluminación de un sector de escotillas del Estadio con el lema “Un pueblo sin memoria es un pueblo sin futuro”. La obra fue vista por millones de televidentes internacionales durante la Copa América, celebrada en Chile en junio de 2015.

En enero de 2015, la Cámara de Diputados aprobó por 50 votos la preparación de una política pública explícita dirigida a los sitios de memoria, requiriendo la protección y proyección de actuales y futuros sitios que conmemoran graves violaciones. La iniciativa redundó en una mesa estatal para preparar una propuesta en que participa el Programa. También existe una red de la sociedad civil, que reúne unos 30 sitios de memoria a nivel nacional.

5.2. Nuevos memoriales

La obligación de reparación que pesa sobre cualquier Estado donde se hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos, incluye la realización de acciones de reparación simbólica, entre las que se cuentan la edificación de memoriales a lo largo de país. En septiembre de 2014, la Presidenta Bachelet encabezó la inauguración de un memorial a desaparecidos o ejecutados de la Agrupación Nacional de

59 Ver listado completo en el Balance 2014 del Programa, <http://www.ddhh.gov.cl>.

Empleados Fiscales, ANEF, ubicado en su sede capitalina, el Edificio Tucapel Jiménez. En la ocasión, la Presidenta reconoció que “todavía tenemos tareas pendientes en materia de verdad, justicia y reparación (...) avanzamos (...) pero no al ritmo que la sociedad y los familiares de las víctimas nos exigen”.⁶⁰ El 10 de septiembre se inauguró en el Liceo Gabriela Mistral un memorial a tres ex alumnos desaparecidos. El Liceo 7 de Ñuñoa conmemoró a doce detenidos y ejecutados políticos que figuran entre sus ex alumnos. El 14 de septiembre, Joan Jara, viuda de Víctor Jara, inauguró un mural en su honor a las afueras del Cementerio Metropolitano de Santiago. El Día Internacional de los Derechos Humanos, 10 de diciembre, se inauguraron 21 placas en Punta Arenas, recordando a los ejecutados políticos de la región de Magallanes. En marzo del 2015, se inauguró la placa “Memorial de la Justicia y la Dignidad”, en homenaje a 70 detenidos desaparecidos y ejecutados políticos en la provincia Cordillera, entre ellos, tres ciudadanos uruguayos.

5.3. Solicitudes de nuevos sitios de memoria

En Santiago, una agrupación de ex presos políticos exige la recuperación del ex centro de detención Tres Álamos, o al menos, el desistimiento de su actual uso como un centro de reclusión estatal de menores. Exigencias similares se produjeron en 2014 y 2015 en torno al ex centro de detención capitalino ubicado en la calle Irán de la comuna de Macul, conocido como la “Venta Sexy”. Presiones para construir un memorial en los “Hornos de Lonquén”, conmemorando a 15 campesinos de la localidad Isla de Maipo muertos y enterrados en ese lugar, ya habrían dado fruto en la forma de un proyecto liderado por el Ministerio de Bienes Nacionales. El predio de la ex Colonia Dignidad, colonia chilena-alemana donde además de colaborar con la represión dictatorial se practicaban abusos contra los mismos colonos, actualmente no cuenta con indicación ni memorial que recuerde las violaciones a los derechos humanos allí practicadas. No obstante, en mayo de 2015, el ministro Jorge Zepeda dictó un fallo inédito en que acompañó la condena de ex miembros de la DINA y un miembro de la ex Colonia con la recomendación de que el Estado construya un memorial en las inmediaciones del lugar.

5.4. Campaña “Verdad y Justicia a 41 años del Golpe”

La Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, y la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, en septiembre de 2014, iniciaron la campaña “Verdad y Justicia Ahora”. En la víspera de la conmemoración del golpe del 11 de septiembre, agrupacio-

60 La Nación.cl: “Bachelet pide a ‘civiles o militares’ entregar información en violaciones a DDHH”, 8 de septiembre de 2014.

nes de derechos humanos realizaron una marcha hasta el Memorial del Cementerio General de Santiago. Mientras tanto, el diario *La Tercera* publicó un texto en que miembros en retiro de las Fuerzas Armadas y Carabineros rechazan el encarcelamiento de sus ex compañeros de filas. Denunciaron que, según su perspectiva: “quienes combatieron y crearon las condiciones que nos dieron la seguridad y orden (...) han sido condenados sin el debido proceso y faltando a principios jurídicos universales”.⁶¹ El 11 de septiembre de 2014, se presenció, en la capital, la habitual romería a la estatua del Presidente Allende, seguida por velatones en diversos sitios de memoria. En el acto oficial del Palacio de La Moneda se emitió un llamado a quienes tengan información relevante sobre crímenes aún no resueltos, a que la entreguen. El 30 de septiembre de 2014, se recordaron los 40 años del asesinato del ex Comandante en Jefe del Ejército, General Carlos Prats, y de su esposa Sofía Cuthbert, en el exilio en Buenos Aires, crimen cometido por agentes de la dictadura. Durante el acto, que fue encabezado por la Presidenta Bachelet y el ex comandante en jefe del Ejército Oscar Izurieta, se le realizó un homenaje en el Campo Militar en San Bernardo, que pasó a llamarse “Carlos Prats”.

5.5. Otras políticas de reparación simbólica

5.5.1. Las herencias de la dictadura: proyectos y prohibiciones

En noviembre de 2014, la diputada comunista Karol Cariola presentó un proyecto de ley, titulado “Ninguna calle llevará tu nombre”, que prohibiría el homenaje o exaltación de la dictadura. No obstante, el 5 de febrero de 2015, el proyecto recibió un informe desfavorable desde la Corte Suprema, aludiendo a errores en derecho y diseño. En diciembre se informó de una iniciativa para quitarle el nombre de Pinochet a una condecoración castrense conocida, desde 1997, como la ‘Medalla Comandante en Jefe del Ejército Capitán General Augusto Pinochet Ugarte’. La medalla es entregada a egresados de la Escuela Militar que representen a la tercera generación de su familia por integrar las filas de la rama castrense. La propuesta cambiaría el título a “Medalla Comandante en Jefe del Ejército”. En junio de 2015, el ministro de Defensa dio a conocer una nueva normativa prohibiendo la ostentación de medallas y distinciones alusivas al golpe militar. La iniciativa aparentemente tuvo origen en el uso de la medalla “11 Sep. 1973” por varios altos mandos de la Armada en un evento oficial, a pesar de haber sido supuestamente suprimida al inicio de la transición democrática.⁶²

61 *La Nación*.cl: “Polémico inserto de militares en *La Tercera* desata furia en redes sociales”, 10 de septiembre de 2014.

62 *La Nación*.cl: “Defensa anuncia prohibición de medallas alusivas al Golpe Militar de 1973”, 12 de junio de 2015.

A pesar de estos esfuerzos por dejar atrás las herencias de la dictadura, el diputado UDI Ignacio Urrutia solicitó un minuto de silencio en la Cámara de Diputados, el 10 de diciembre de 2014, al cumplirse el octavo aniversario de la muerte del ex dictador. A principios de agosto de 2015, su colega Jorge Ulloa insistía, en las vísperas de la muerte de Manuel Contreras, que el susodicho se merecía un funeral con plenos honores militares. En los hechos, el ex agente, quien murió el 7 de agosto, fue cremado en presencia de unos pocos familiares, en una ceremonia completamente privada.

5.5.2. Educación en Derechos Humanos, una exigencia actual para un mañana mejor

Tanto el Informe Rettig como el Informe Valech proponen, en sus considerandos finales, priorizar la educación en derechos humanos. El Informe Valech señala que: “Esta educación debe contribuir a enaltecer el respeto de los derechos humanos; (y) promover el valor de la justicia, de la observancia de la ley y de la igualdad ante ésta”.⁶³ Conforme a dichas pretensiones se inició, en abril 2015, una campaña ciudadana llamada “Más educación en derechos humanos”, a raíz del estreno del documental “Habeas Corpus”, filme en que se relata la historia de los trabajadores de la Vicaría de la Solidaridad.

El Museo de la Memoria y los Derechos Humanos ha llegado a ser uno de los sitios más trascendentales de memoria y reflexión en Chile, desde su inauguración en 2010. Ya cuenta con un promedio anual de 163.000 visitantes. Ello significa un promedio de 13.500 personas mensuales, entre las que se cuentan alrededor de 3 mil estudiantes escolares. 70% de estos son de la enseñanza media, y 30% de la enseñanza básica.⁶⁴ El Museo mantiene convenios con municipalidades y universidades; desarrolla, desde 2012, cursos para las escuelas de oficiales y sub oficiales de Carabineros y de la PDI; y también colabora con el Ministerio de Educación. El área educativa del Museo fomenta actividades en distintas regiones del país, aportando capital humano y contenido desde su colección. Durante 2015, desarrolló una importante muestra y actividades de extensión en Canadá, donde se encuentra una significativa comunidad chilena producto del exilio.

5.5.3. Proyectos ley en derechos humanos y memoria

En materia legislativa, además de los proyectos detallados anteriormente, la Comisión de DDHH de la Cámara de Diputados ha trabajado proyectos que pretendían, entre otras metas, establecer el carác-

63 Informe de la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura (“Comisión Valech”) 2004. p. 631.

64 Basado en un número total de 650.818 visitas entre los años 2011 y 2014. Fuente: datos suministrados por el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos al Observatorio, en junio de 2015.

ter público de los antecedentes Valech, modificando la Ley 19.992.⁶⁵ Se ingresó, además, una propuesta para modificar el Código Penal, proponiendo una nueva tipificación del delito de desaparición forzada de personas, y estableciendo agravantes pero también atenuantes para quienes entreguen información. La iniciativa fue presentada por la diputada Clemira Pacheco, junto a un proyecto de tipificación de tortura.⁶⁶ Por otra parte, la diputada Alejandra Sepúlveda presentó un proyecto que busca reconocer la privación injustificada de bienes inmuebles durante la dictadura a organizaciones comunitarias, asentamientos campesinos, cooperativas, etc.⁶⁷ En abril de 2014, a instancias del sitio de memoria Londres 38, se planteó la revocación de la medida que exime a las Fuerzas Armadas y Defensa de la obligación de entregar sus registros institucionales históricos al Archivo Nacional. Es importante notar que las posibilidades de éxito de estos proyectos dependen en gran medida de su posible patrocinio por el Ejecutivo.

RECOMENDACIONES

En base a las observaciones desarrolladas a lo largo del presente capítulo, se recomienda al Estado:

1. Crear una instancia permanente de calificación de víctimas y sobrevivientes.
2. Avanzar con toda celeridad en la conformación de la Subsecretaría de DDHH, y el Plan Nacional de DDHH, y dotar, mientras tanto, al Programa de DDHH del Ministerio del Interior de ampliación de funciones y recursos para que asuma, en coordinación con sobrevivientes, la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación.
3. Dejar de oponerse, por medio del Consejo de Defensa del Estado a las indemnizaciones civiles solicitadas a través de los tribunales de justicia y a la prescripción de las violaciones en materia civil, y restituirle la urgencia al proyecto de reforma constitucional que aborda este tema.
4. Tomar medidas tendientes a la degradación y retiro de beneficios y honores militares a condenados por violaciones a los DDHH e instar a las FFAA a que obren para que se cumpla este objetivo.
5. Estudiar la pertinencia de que personas actualmente cumpliendo condenas por violaciones graves a los DDHH cumplan sus penas

65 Camara.cl: Boletín N° 9598-17, 11 de septiembre de 2014.

66 Camara.cl: Boletines N° 9589-17, 11 de septiembre de 2014 y N° 9818-17, 17 de diciembre de 2014.

67 Camara.cl: Boletín N° 9927-17, 11 de marzo de 2015.

en cárceles regulares; revisar si corresponde o no la extensión de beneficios intrapenitenciarios a dichas personas, además de velar por el estricto cumplimiento de los requisitos actuales en relación a estas concesiones, en particular en lo que respecta a la toma de conciencia y reconocimiento del daño causado.

6. Nivelar el actual acceso judicial a los antecedentes Valech, y estudiar con debida precaución y consideración la conveniencia de las alternativas, beneficios y consecuencias de admitir algún limitado acceso público a esa misma información.
7. Cumplir con lo requerido y recomendado por la Corte IDH en los casos Almonacid y García Lucero (ver *Informes* anteriores), en particular en lo referente a la disolución de los efectos del Decreto Ley de Amnistía, y la provisión de verdad, justicia y reparaciones plenas para los afectados en estos y otros casos similares.
8. Reponer la suma urgencia a los proyectos de ley actualmente en trámite que persiguen ese fin.
9. Agilizar, otorgándoles o restituyéndoles la debida urgencia, los demás proyectos de ley actualmente en trámite que aportan al fomento y garantía de los derechos a la verdad, a la justicia, la reparación y la no repetición de las violaciones a los derechos humanos.

LA REFORMA LABORAL Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS*

* Capítulo elaborado por Karla Varas Marchant y César Toledo Corsi, con la colaboración de los ayudantes: Felipe Berríos, Carlos Cassaneli, Jorge Fernández, Fernando Gibson, Lennia Mejías y Juan Vásquez.

SÍNTESIS

El 29 de diciembre de 2014, el Poder Ejecutivo ingresó al Parlamento su anunciada reforma laboral bajo el título: “Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo”.

El mundo del trabajo estaba expectante. La gran pregunta que rondaba en los pasillos de las grandes sedes sindicales era si la reforma laboral pondría fin al Plan Laboral heredado de la dictadura militar,¹ o por el contrario, constituiría, una vez más, un simple retoque al modelo de relaciones colectivas imperante.

Aumentar la cobertura de la negociación colectiva; fortalecer la organización sindical reconociéndoles titularidad para los fines de la negociación; establecer mecanismos de extensión de beneficios a los no afiliados sin incurrir en prácticas antisindicales; promover el diálogo; equiparar la asimetría de poder existente en la relación laboral para que trabajadores y empleadores puedan negociar con igualdad de medios al interior de la empresa; encauzar el conflicto laboral por mecanismos pacíficos de regulación de controversias; fortalecer la capacidad operativa de la Dirección del Trabajo, fueron los objetivos que se plasmaron en el mensaje presidencial que dio inicio al debate legislativo de la tan esperada reforma laboral.

La lectura de esos objetivos auspiciaba el entierro del Plan Laboral. Los más inocentes ya sacaban sus copas de champagne para festejar que a 25 años del retorno a la democracia por fin Chile daba uno de los pasos más significativos en materia de reforma laboral.

No hubo que esperar mucho para darse cuenta que no era la reforma esperada por los trabajadores. Rápidamente escondieron sus copas, ajustaron sus discursos y se comenzó a levantar una voz disidente ante la reforma pro empresarial impulsada por el gobierno. Lejos de los ob-

1 El Plan Laboral de 1979 está compuesto por los siguientes decretos leyes: Decreto Ley 2.756 de 1979 sobre organizaciones sindicales; Decreto Ley 2.758 de 1979 sobre negociación colectiva y, Decreto Ley 2.757 sobre asociaciones empresariales.

jetivos anunciados, la letra chica del proyecto dejaba al descubierto las verdaderas intenciones del Ejecutivo: hacer pequeños ajustes y dejar intacto el modelo sindical de empresa, con una negociación colectiva sobrerregulada y un derecho de huelga limitado e ineficaz.

Ahora bien, en un escenario, como el actual, en que la cooptación de las decisiones políticas por el poder económico ha olvidado cualquier pudor, la crítica al contenido del proyecto de reforma laboral, se acrecienta aún más. La inocuidad de una reforma laboral de las dimensiones de la actual, no puede soslayar la crítica motivada por dicha cooptación.

PALABRAS CLAVES: Reforma laboral, Sindicatos, Negociación colectiva, Huelga

INTRODUCCIÓN

El fin de la dictadura militar para muchos significó un renacer, un volver a empezar. El mundo del trabajo no estaba ajeno a ese sueño, sobre todo porque las políticas impuestas por el régimen de facto revestían una particular crudeza: se adecuó el trabajo a la ideología de libre mercado por medio de la flexibilización del mercado laboral y la despolitización del mundo sindical.

Estábamos ante un gran desafío, especialmente en materia de sindicación, negociación colectiva y huelga.

La primera reforma laboral –postdictadura– que incidió en las relaciones colectivas de trabajo data del año 1991 y derivó en la publicación de las leyes 19.049 sobre centrales sindicales y 19.069 sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva. Posteriormente, el año 2001, se publica la Ley 19.759 que entre otras materias, redujo los quórum para constituir sindicatos y estableció la denominada norma promocional de reducción de quórum en aquellas empresas donde no existe sindicato vigente.

Ambas reformas solo significaron ajustes o retoques al modelo impuesto por la dictadura militar y lamentablemente no marcaron el antes y el después que tanto añoraba el mundo sindical.²

A esas alturas estaba claro que el camino para lograr un cambio de modelo en materia de relaciones colectivas de trabajo era difícil, principalmente porque los defensores del modelo vigente habían cooptado a la clase política.

A continuación, procederemos a analizar el proyecto de reforma laboral que se encuentra en segundo trámite constitucional a la luz de los estándares internacionales, dividiendo nuestro estudio en 3 grandes

2 Para la ex Directora del Trabajo, María Ester Feres Nazarala, las reformas laborales que se han planteado desde 1990 a la fecha, no han sido reformas estructurales al Plan Laboral de la dictadura, defraudándose así a los y las trabajadoras del país y al movimiento sindical. María Ester Feres Nazarala, *Presentación sobre proyecto de reforma laboral*, Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la H. Cámara de Diputados, 6 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.camaradediputados.cl>.

áreas: organizaciones sindicales y tutela de la libertad sindical; derecho a negociar colectivamente y derecho de huelga. Respecto del derecho de huelga, para los efectos del análisis de los estándares internacionales, nos remitiremos al *Informe 2014*, específicamente al capítulo, “La huelga: un derecho fundamental.”

1. ORGANIZACIONES SINDICALES Y TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL ANTE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

1.1. Organizaciones sindicales

Desde la perspectiva de las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) vinculantes para el Estado de Chile, la libertad sindical es un derecho fundamental de amplio contenido, que suele sintetizarse en el reconocimiento del derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, sumando (aunque el derecho de huelga participa de tal naturaleza) el derecho a una tutela efectiva del ejercicio de dichos derechos.

En el presente capítulo daremos cuenta sintéticamente del derecho de sindicación y de la tutela de la libertad sindical a partir de su contenido según las referidas normas internacionales del trabajo, para luego explicar si dicho estándar internacional se aviene y de qué modo, con las normas legales propuestas por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, en el actual proyecto de reforma del Código del Trabajo.

El derecho de sindicación integra varios derechos, a saber:

- a. El derecho de constitución sin autorización previa: no deben existir distinciones de ninguna especie al momento de constituir un sindicato, ni exigirse autorización previa para tal efecto. Tiene una dimensión individual y colectiva, dependiendo de si el titular del derecho es un trabajador, un empleador individualmente considerado o una organización sindical. Este derecho encuentra múltiple reconocimiento en las NIT, a saber, en el art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Decreto promulgatorio 778 de 30.11.1976, publicado en el Diario Oficial el 29.04.1989); en el art. 8.1.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Decreto promulgatorio 326 de 28.04.1989, publicado en el Diario Oficial el 27.05.1989); en el art. 16.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Decreto promulgatorio 873 del 23.08.1990, publicado en el Diario Oficial el 05.01.1991). Asimismo, en el Convenio 87 de la OIT³ se consagra también

3 Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, adoptado en la 31° Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, el 09.07.1948.

la libertad de constitución al establecer en su artículo 2° que: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”.

- b. El derecho de afiliación sindical: supone que los trabajadores, los empleadores⁴ y sus respectivas organizaciones, son libres de adherir a la o las organizaciones o agrupaciones que deseen y encuentra consagración, entre otras NIT, en el art. 2 del Convenio 87 de la OIT; en el art. 8 N°1 a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el art. 22.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho también se reconoce en su dimensión colectiva, al garantizarles a las organizaciones de trabajadores y de empleadores el derecho de afiliarse a federaciones y confederaciones, así como organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores.⁵
- c. El derecho a la desafiliación y a la no afiliación: a diferencia del derecho de afiliación positiva, las NIT no reconocen explícitamente las dimensiones negativas de la libertad sindical.⁶ Ahora bien, el Comité de Libertad Sindical de la OIT en sus decisiones ha establecido, desde una perspectiva, que la admisibilidad de las cláusulas de seguridad sindical en virtud de convenciones colectivas fueran dejadas a la elección de los Estados ratificantes (Recopilación 2006, párrafo 364) y, desde otra mirada, y basándose en la declaración de la Comisión de Relaciones de Trabajo de la Conferencia Internacional del Trabajo en 1949, ha estimado que una legislación que establece el derecho a no sindicarse o a no permanecer en un sindicato no constituye una violación de los Convenios 87 y 98 OIT (Recopilación 2006, párrafo 367). Por último, el mismo comité, en sus decisiones, distingue entre cláusulas de seguridad sindical permitidas por la ley y las impuestas por la ley, dado que únicamente estas últimas tienen como resultado un sistema de monopolio sindical contrario a los principios de libertad sindical (Recopilación 2006, párrafo 363).
- d. Derecho a la personalidad jurídica del sindicato: supone el derecho de la organización sindical a ser reconocida como sujeto de derecho sin mayores trabas. El artículo 7° del Convenio 87 de la OIT, dispone: “La adquisición de personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya natu-

Entró en vigor para Chile el 1° de febrero de 2000.

4 Para el caso que asuma que los empleadores son titulares de la libertad sindical.

5 Art. 5 del Convenio 87 OIT.

6 Geraldo Von Potobsky y Héctor Bartolomei, *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 250.

raleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.”

- e. El derecho de las organizaciones sindicales a establecer sus propios fines: deriva de la autonomía sindical, encontrando como norma basal, de acuerdo a su contenido implícito, el artículo 10 del Convenio 87 de la OIT, según el cual, todo sindicato tiene por objeto fomentar y defender los intereses de quienes lo conforman.
- f. El derecho de la organización a elegir libremente a sus representantes: implica, como advierte Sergio Gamonal, que la elección de los representantes se realice “sin injerencia del Estado y con la única limitación de respetar el principio democrático.”⁷
Este derecho, encuentra también su justificación en el artículo 3.1. del Convenio 87 de la OIT.⁸, al disponer que: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho (...) de elegir libremente sus representantes...”
- g. El derecho de las organizaciones sindicales a darse su propia reglamentación: el reconocimiento normativo preciso sobre esta dimensión de la libertad sindical lo encontramos en el artículo 3.1. del Convenio 87 de la OIT, donde se dispone que: “las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos.”
- h. Libertad colectiva de disolución: encuentra reconocimiento explícito en el artículo 4° del Convenio 87 de la OIT, según el cual “las organizaciones de trabajadores y empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.”
Las normas insertas en tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes, son precisas en su reconocimiento⁹ y de acuerdo a este estándar deben ajustarse las normas internas, así como las interpretaciones que de las mismas se realicen.

1.2. Tutela de la libertad sindical

El Convenio 98 de la OIT contiene diversas normas que tutelan el ejercicio de la libertad sindical. Así, se garantiza que todos los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de

7 Sergio Gamonal Contreras, *Derecho Colectivo de Trabajo*, Santiago, Legal Publishing, segunda edición, 2011, p. 95.

8 Respecto de esta libertad, debe tenerse presente el contenido del Convenio 135 de la OIT sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, vigente para el Estado chileno.

9 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8.1.a, consagra el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de estas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Una norma similar contiene el artículo 5° del Convenio 87 de la OIT, al disponer: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.”

discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Entre otras formas posibles, la discriminación se puede manifestar si se pone como condición para mantener el empleo de un trabajador, que no se afilie a un sindicato, que deje de ser miembro de un sindicato o se le despida, o perjudique en cualquier otra forma, a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas laborales. Asimismo, se dispone que las organizaciones sindicales de trabajadores y empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración, así como todo acto de injerencia sindical (arts. 1 y 2 del Convenio 98 OIT). Además, este Convenio exige a los estados miembros la creación de organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el derecho de sindicación (art. 3 Convenio 98).

Claramente las normas OIT exigen que los mecanismos de protección de la libertad sean adecuados.

De un modo específico, el Convenio 135 de la OIT protege a los representantes sindicales, es decir, a las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, sea que se trate de representantes sindicales, es decir, nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos, o de representantes electos, esto es, libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.¹⁰

En el mismo orden, el artículo 1° del mismo Convenio, dispone que:

“Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.” Por último, en el artículo 2° se dispone que, los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, teniendo en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada y que la concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa.¹¹

10 Así se dispone en el artículo 3° del Convenio 135 de la OIT.

11 Así se dispone en el artículo 2° del Convenio 135 de la OIT.

2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

La negociación colectiva es un derecho reconocido internacionalmente que está consagrado en los principales tratados de derechos humanos ratificados por Chile.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8.1 establece que los Estados Partes deben garantizar el derecho de sindicación de toda persona, *para promover y proteger sus intereses económicos y sociales*.

Se trata de uno de los aspectos más relevantes de la libertad sindical, ya que da vida a una de las finalidades específicas de la organización sindical: “la organización de una adecuada defensa de los intereses legítimos de cada sector de la producción y de sus integrantes”.¹²

A nivel interno, la negociación colectiva constituye un derecho fundamental de los trabajadores que tiene reconocimiento constitucional (artículo 19 n° 16, inciso 5°).

El instrumento internacional más relevante sobre la materia y que está ratificado por nuestro país es el Convenio N° 98 de la OIT, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, el cual dispone que los Estados Partes deben estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, (en adelante CLS) deja en claro la importancia del derecho de negociación colectiva cuando señala: “El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y empleadores deberían tener el derecho a organizar sus actividades y formular su programa”.¹³

Otro convenio importante, pero que no ha sido ratificado por nuestro país, es el N° 154 sobre negociación colectiva. A diferencia del Convenio N° 98, consagra una definición del derecho a negociar colectivamente, establece sus fines y señala cuáles son las medidas concretas que

12 Justino Jiménez de Arechaga, *La libertad sindical*, Montevideo, 1980, p. 31, citado por Oscar Ermida Uriarte, *Sindicatos en libertad sindical*, 2° ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 45.

13 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 881, p. 189.

deben adoptar los Estados Partes para los efectos de fomentar la negociación colectiva. En su artículo 2, se define a la negociación colectiva como “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

En cuanto a las medidas concretas de fomento a la negociación, el referido convenio precisa que deben tener por objeto:

1. Que la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;
2. Que la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;
3. Que sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;
4. Que la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;
5. Que los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

De la lectura de estas medidas queda claro por qué nuestro país no ha procedido a la ratificación de dicho convenio. Como tendremos la oportunidad de ver en las siguientes secciones, tanto el sistema actual de negociación colectiva como el propuesto por el proyecto de reforma laboral, mantienen un modelo de negociación radicado en la empresa, con excesivas y rigurosas reglas de procedimiento que terminan por obstaculizar el proceso y con una escasa valoración de la autonomía colectiva.

No obstante lo anterior, Chile, al ser miembro de la OIT, y tal como lo plantea el apartado segundo de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998,¹⁴ debe hacer

14 El punto segundo de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, señala que: “todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución,

realidad el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, compromiso que aun seguirá pendiente tras aprobarse el proyecto de reforma laboral que está en actual tramitación legislativa.

Para los efectos de sistematizar nuestro estudio, el análisis del derecho de negociación colectiva lo realizaremos en base a los principales aspectos que son abordados por el proyecto de reforma laboral.

a. Nivel de la negociación colectiva

En lo que respecta al nivel de la negociación, la Recomendación 163, sobre fomento de la negociación colectiva, dispone en su artículo 4.1, “que en caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”.

En otras palabras, no se restringe el derecho a negociar colectivamente a un determinado nivel, por ejemplo, la empresa, sino que por el contrario, se establece que la negociación colectiva pueda desarrollarse a cualquier nivel.

Ahora bien, dada la diversidad de niveles en la que pudiera desarrollarse la negociación colectiva, cabe preguntarse ¿quién o quiénes deben determinar el nivel en el cual se va a desarrollar un determinado proceso de negociación colectiva? Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante CEA-CR), ha señalado que la elección del nivel de la negociación debería corresponder a los propios interlocutores, ya que están en una inmejorable posición para decidir cuál es el más adecuado para llevarla a cabo. Incluso, podrían crear un sistema mixto de acuerdos marco, complementados por convenios en el ámbito local o acuerdos de empresa.¹⁵

En la misma línea, el CLS ha indicado que: “En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el Art. 4 del Convenio número 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa del Trabajo”.¹⁶

los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: i) la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; ii) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; iii) la abolición efectiva del trabajo infantil, y iv) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

15 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, *La negociación colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, 2000, p. 30.

16 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 988, p. 210.

Teniendo en cuenta, entonces, que el principio general en esta materia es que las partes de manera libre y voluntaria decidan el nivel en el cual van a negociar, cuando la negociación colectiva es desarrollada en varios niveles, la Recomendación 163, sobre fomento a la negociación colectiva, establece en su artículo 4.2, que las partes negociadoras son las que deben velar porque exista coordinación entre ellas.¹⁷

b. Titularidad sindical para efectos de la negociación colectiva

El principio general sentado por los órganos de control de la libertad sindical de la OIT respecto de los sujetos de la negociación colectiva, es que son, por una parte, los empleadores o sus organizaciones, y por otra, las organizaciones de trabajadores, admitiéndose la posibilidad de que representantes no sindicales de los trabajadores interesados celebren negociaciones colectivas única y exclusivamente cuando no exista organización sindical.

En concordancia con lo anterior, el convenio 154 postula que la existencia de representantes no sindicales de los trabajadores no debe utilizarse en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas. Por lo tanto, cuando en una misma empresa existan sindicatos y representantes no sindicales elegidos por los trabajadores, se deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados.¹⁸

Por su parte, la recomendación número 91 sobre contratos colectivos, en su artículo 2.1 dispone que: “A los efectos de la presente recomendación, la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.

El CLS, teniendo en cuenta el contenido de estos instrumentos, ha subrayado que la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores por encima de las organizaciones representativas, cuando las mismas existen, puede ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores.¹⁹

En un caso concreto subrayó que los arreglos directos entre un empleador y un grupo no sindicado de trabajadores, existiendo un sindi-

17 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., p. 32.

18 *Ibid.*, párr. 945, p. 202.

19 *Ibid.*, párr. 944, p. 201.

cato en la empresa, no promueve la negociación colectiva en el sentido del artículo 4 del convenio número 98.²⁰

Asimismo, señala que la posibilidad de que los delegados del personal, que representen al 10 por ciento de los trabajadores, celebren convenios colectivos con el empleador, aun en el supuesto de que existan ya una o varias asociaciones laborales, no fomenta la negociación colectiva.²¹

Según se desprende de los instrumentos de la OIT, la titularidad del derecho de negociación colectiva ampara a las organizaciones de trabajadores en general, las cuales incluyen, como han precisado los órganos de control, a los sindicatos de base, las federaciones y las confederaciones.

Sin embargo, ante la ausencia de organización sindical, los órganos de control de la OIT, han admitido la legitimidad de las coaliciones transitorias de trabajadores, las cuales, a través de sus representantes, están habilitadas para iniciar procesos de negociación colectiva con su empleador o grupo de empleadores.

c. Trabajadores cubiertos por la negociación

El principio general que rige en esta materia, es que la aplicación de los convenios vinculados con el estímulo y fomento de la negociación colectiva, resultan aplicables tanto en el sector privado, como en las empresas nacionalizadas y organismos públicos.²²

En consecuencia, el derecho a negociar colectivamente es de alcance universal –trabajadores privados y públicos– y solo podría verse restringido (admitiéndose incluso la exclusión), respecto del personal de las fuerzas armadas y de policía y de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Por lo tanto, una exclusión genérica de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público, es contraria a los principios de libertad sindical. Como se ha dicho, solo podría excluirse del ejercicio de este derecho, a los funcionarios que ejercen actividades propias de la Administración del Estado, tales como funcionarios de los ministerios y demás organismos comparables.²³

En el mismo contexto, la Comisión del Servicio Público, en los trabajos preparatorios del convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, confirmó la interpretación según la cual “los parlamentarios, magistrados y otras autoridades públicas que ocupan cargos de carácter político por elección o por nombramiento no están incluidos dentro del concepto de personas empleadas por la

20 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., p. 14.

21 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 947, p. 202.

22 *Ibid.*, párr. 885, p. 190.

23 *Ibid.*, párr. 887, p. 191.

administración pública, y por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación del convenio 151”.²⁴

El CLS, refiriéndose a categorías particulares de trabajadores, ha señalado que no pueden excluirse del derecho a negociar colectivamente a los trabajadores del sector privado, los funcionarios de la administración de autobuses y del agua, los empleados de empresas públicas o nacionalizadas, de correos y telecomunicaciones, de empresas comerciales e industriales del Estado, del banco nacional, de la radiotelevisión, de los marinos no residentes en el país, de los docentes, de los técnicos de la aviación civil, de las zonas francas de exportación, al personal que se desempeña en el sector del control de la navegación aérea,²⁵ las personas empleadas en los hospitales públicos,²⁶ como tampoco al personal temporero ni al personal empleado en actividades sin fines de lucro, sea que se financien con fondos públicos o semipúblicos.²⁷

Resolviendo una queja presentada por la Federación Nacional de Sindicatos de Supervisores Rol A y profesionales de la Empresa Codelco Chile, respecto a los trabajadores cubiertos por el derecho a negociar colectivamente, el CLS recordó que “salvo en el caso de organizaciones que representan categorías de trabajadores que puedan quedar al margen del ámbito de aplicación del Convenio N° 98, como las Fuerzas Armadas, la policía y los funcionarios públicos empleados en la administración del Estado, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva tiene un alcance general y de él deben disfrutar todas las demás organizaciones de trabajadores en el sector público y en el privado. En estas condiciones, recordando el principio según el cual “los trabajadores temporarios deberían poder negociar colectivamente” [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 906], y al tiempo que observa que tanto el Poder Ejecutivo como Codelco se limitaron a señalar que se respeta plenamente el derecho a la negociación colectiva en la empresa, sin referirse a los alegatos concretos el Comité pide al Gobierno “que tome las medidas necesarias, inclusive legislativas si fuere necesario, para garantizar que las organizaciones de trabajadores respectivas puedan negociar colectivamente en nombre de todos los trabajadores, incluso de aquellos con contrato de carácter temporal, por obra o por servicios, así como de los que ocupan cargos de superintendentes o directores”.²⁸

24 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., p. 21.

25 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 885, p. 190. *Ibid.*, párr. 902, p. 193.

26 *Ibid.*, párr. 903, p. 193.

27 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., pp. 20-21.

28 Informe número 371, marzo 2014, caso número 2963 (Chile). Disponible en: <http://www.ilo.org>

d. Las materias a negociar

De conformidad con los Convenios números 98 y 154, y la recomendación número 91, el contenido de la negociación colectiva está centrado en la determinación, por un cierto periodo de tiempo, de las condiciones de trabajo y empleo y en la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y entre organizaciones de empleadores y de trabajadores.

Ahora bien, la tarea difícil es determinar los alcances de tales condiciones y relaciones. Al respecto, la CEACR ha sostenido que la utilización de los términos “condiciones de trabajo y empleo” otorgan a las partes plena libertad para determinar, dentro de los límites de las leyes y del orden público, el contenido de esos acuerdos, pudiendo convenir todo tipo de cláusulas relativas a las cuestiones de trabajo y de vida, comprendiéndose dentro de ellas medidas sociales de diversa índole.²⁹

En consecuencia, la noción de condiciones de trabajo y empleo es amplia, y tal como lo han indicado los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, las partes tienen plena libertad para regular el contenido de la negociación. Dicho contenido no debe entenderse limitado únicamente a las condiciones de trabajo tradicionales (jornada de trabajo, horas extraordinarias, descanso, salarios, etc.), sino que además cubre materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo, como, por ejemplo, las promociones, traslados, supresiones de puestos sin previo aviso, etc.³⁰

Sin que se trate de una enumeración taxativa, el CLS ha sostenido que las cuestiones que pueden ser objeto de negociación colectiva incluyen temas como: el tipo de convenio colectivo que se ofrezca a los trabajadores, los alcances de ese convenio y la clase de acuerdos que se puedan negociar en el futuro; los salarios, prestaciones y subsidios, duración del trabajo, vacaciones anuales, criterios de selección en caso de despidos, otorgamiento de facilidades a los sindicatos, entre otros. En razón de lo anterior, el CLS estima que la legislación no debe excluir del ámbito de la negociación determinadas materias, ni mucho menos establecer penas económicas o sanciones severas en caso de incumplir las disposiciones del código.³¹

En el mismo sentido, la CEACR ha señalado que son contrarios a los principios de la convención número 98, los preceptos legislativos que excluyen de la negociación colectiva ciertas materias que atañen en particular a las condiciones de empleo, estimando que las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la

29 Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Guido, op. cit., p. 23.

30 *Ibid.*, pp. 23-24.

31 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 913, p. 195.

gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones, son a menudo incompatibles con el Convenio.³²

De todos modos, esta amplitud de los temas o materias que pueden ser objeto de negociación, encuentra su límite en que debe existir una conexión clara entre las temáticas a negociar y las condiciones de trabajo y empleo. Los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, han permitido que se excluyan dentro de los temas negociables las facultades derivadas del poder de dirección del empresario, como por ejemplo, la asignación de tareas o la contratación. Asimismo, han señalado que resulta concordante con los principios de la libertad sindical la prohibición de ciertos contenidos fundada en razones de orden público, como por ejemplo, las cláusulas discriminatorias, de seguridad sindical o las que disminuyan los beneficios o derechos consagrados en la legislación laboral.³³

En cuanto a los temas negociables relativos a las relaciones entre las partes, los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, han estimado que no solo se refieren a cláusulas vinculadas con las garantías y facilidades sindicales, sino que también a todas las formas de consulta, comunicación y cooperación entre las partes y los medios que establezcan para la resolución de conflictos.³⁴

e. El principio de buena fe en la negociación

Para el desarrollo armonioso de las relaciones laborales, los órganos de control de la libertad sindical han señalado que es de vital importancia la obligación de negociar de buena fe.³⁵ En otras palabras, la negociación colectiva podrá funcionar eficazmente solo si es dirigida con absoluta buena fe por las dos partes.³⁶

El CLS, concretizando este principio, ha sostenido que:³⁷

1. Tanto los empleadores como los sindicatos deben hacer todo lo posible para alcanzar un acuerdo;³⁸
2. Para mantener una relación de confianza entre las partes, se deben celebrar negociaciones verdaderas y constructivas;
3. Empleadores y sindicatos deben evitar todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones;

32 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., p. 24.

33 *Ibid.*, p. 24.

34 *Ibid.*, p. 245.

35 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 934, p. 199.

36 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., p. 33.

37 *Ibid.*, pp. 33-34.

38 El deber de negociar de buena fe y realizar esfuerzos para concluir un acuerdo, ha sido reforzado por la CEACR cuando las negociaciones se realizan en el sector público o servicios esenciales, ya que en estos casos generalmente los sindicatos tienen prohibido el ejercicio del derecho de huelga. *Ibid.*, p. 34.

4. Los empleadores deben reconocer a las organizaciones sindicales representativas para los efectos de la negociación;
5. Los acuerdos deben ser de cumplimiento obligatorio para las partes, y
6. Se deben aplicar los acuerdos de buena fe.

Respecto del cumplimiento obligatorio de los convenios y su aplicación de buena fe, el CLS ha precisado que: “La negociación colectiva implica un proceso de concesiones mutuas y una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos negociados, al menos mientras dure el convenio, ya que este es el resultado de compromisos contraídos por ambas partes sobre ciertas cuestiones, y de renuncia a determinadas exigencias de negociación, con el fin de obtener otros derechos considerados como más prioritarios por los sindicatos y sus miembros. Si estos derechos, a cambio de los cuales se han hecho concesiones en otros puntos, pueden cancelarse unilateralmente, no podría haber ninguna expectativa razonable de estabilidad en las relaciones laborales, ni confianza suficiente en los acuerdos negociados”.³⁹ El CLS ha sostenido, también, que “una disposición legal que permite al empleador modificar unilateralmente el contenido de los acuerdos colectivos previamente pactados, u obliga a negociarlos nuevamente, es contraria a los principios de la negociación colectiva”.⁴⁰

Finalmente, en relación con la aplicación de los convenios, el CLS ha señalado que “la falta de aplicación del convenio colectivo, incluso de manera temporal, supone una violación del derecho de negociación colectiva, así como del principio de negociación de buena fe”.⁴¹

f. Mecanismos destinados a facilitar la negociación colectiva

Los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, reconociendo que la negociación colectiva puede prepararse o facilitarse por diversos medios, han aceptado las formas tradicionales de intervención de terceros —a saber, conciliación, mediación y arbitraje— siempre que tengan el carácter de voluntarias y sean aceptadas por las partes. Se entiende que tales medidas tienen una función de apoyo a la negociación.

Ahora bien, si la legislación las impone sistemáticamente a partir de cierto periodo, ya no tendrán una función de apoyo o facilitadora de la negociación, sino que por el contrario, entorpecerán o incluso limitarán la autonomía colectiva de las partes, en mayor o menor medida, en función de las características y la regulación legal de estas instituciones.⁴²

39 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 941, p. 201.

40 *Ibid.*, párr. 942, p. 201.

41 *Ibid.*, párr. 943, p. 201.

42 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, *op. cit.*, p. 37.

Es por ello que el CLS ha señalado: “Si bien ciertas reglas y prácticas pueden facilitar el desarrollo de la negociación colectiva y contribuir a promoverla, y si algunas medidas pueden facilitar a las partes el acceso a ciertas informaciones, por ejemplo, sobre la situación económica de su unidad de negociación, sobre los salarios y condiciones de trabajo en unidades vecinas y sobre la situación económica general, todas las legislaciones por las que se instituyen organismos y procedimientos de mediación y conciliación destinados a facilitar la negociación entre co-partícipes sociales deben salvaguardar la autonomía de las partes implicadas en la negociación. Por todo lo anterior, en lugar de conferir a las autoridades públicas poderes de asistencia activa, es más conveniente tratar de convencer a las partes implicadas en la negociación que por su propia voluntad deben tener en cuenta las razones capitales relacionadas con las políticas económicas y sociales de interés general que el gobierno ha mencionado”.⁴³

g. El arbitraje obligatorio

Uno de los mecanismos de intervención administrativa más drásticos es la imposición del arbitraje obligatorio cuando las partes no alcanzan un acuerdo o cuando ha transcurrido un cierto número de días desde que la huelga se ha hecho efectiva.

Sobre el tema, el principio general que han afirmado los órganos de control de la libertad sindical es que “la imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el convenio número 98”.⁴⁴ Ello por cuanto el arbitraje obligatorio siempre se opondrá al carácter voluntario de la negociación colectiva, ya que la solución no emanará de la voluntad de ambas partes, sino que de un tercero al que no han recurrido conjuntamente.⁴⁵

En consecuencia, el arbitraje obligatorio será contrario al principio de negociación colectiva voluntaria cuando:⁴⁶

1. Sea impuesto por la autoridad administrativa;
2. Sea impuesto a solicitud de una de las partes del conflicto.⁴⁷

43 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, op. cit., párr. 933, p. 199.

44 *Ibid.*, párr. 992 y 993, p. 211.

45 Bernard Gernigon, Alberto Otero, Horacio Guido, op. cit., p. 39.

46 *Ibid.*, p. 39.

47 La CEACR ha considerado que es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos, el arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes. Ello, sólo resulta admisible cuando se trate de la firma del primer convenio colectivo, ya que la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, por lo que puede considerarse como un mecanismo y procedimiento que facilita la negociación colectiva. *Ibid.*, p. 40.

A pesar de lo anterior, el CLS ha declarado admisible el arbitraje obligatorio –por iniciativa de las autoridades, de una sola de las partes o por mandato legislativo– en los siguientes casos: crisis nacional aguda, conflictos dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen poder en nombre del Estado (ya que tienen prohibido negociar); o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea, aquellos cuya interrupción pueden poner en peligro la vida, salud o seguridad de la persona en toda o parte de la población.⁴⁸

h. Extensión de los convenios colectivos

En cuanto a la extensión de los beneficios contenidos en los convenios colectivos a los trabajadores no afiliados, el principio general sentado por los órganos de control de la libertad sindical es la de su admisibilidad, siempre y cuando se trate del convenio negociado por la organización sindical más representativa.

La Recomendación número 91, sobre los contratos colectivos, establece lo siguiente:

5.1) Cuando ello fuera pertinente –y habida cuenta a este respecto del sistema de contratos colectivos–, se deberían adoptar las medidas que determine la legislación nacional y que se adapten a las circunstancias propias de cada país, para extender la aplicación de todas o ciertas disposiciones de un contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato.

5.2) La legislación nacional podrá supeditar la extensión de un contrato colectivo, entre otras, a las condiciones siguientes: a) el contrato colectivo debería comprender desde un principio el número de empleadores y de trabajadores interesados que, según la opinión de la autoridad competente, sea suficientemente representativo; b) la solicitud de extensión del contrato colectivo debería, por regla general, formularse por una o varias organizaciones de trabajadores o de empleadores que sean parte en el contrato colectivo; c) debería darse una oportunidad a los empleadores y a los trabajadores a quienes vaya a aplicarse el contrato colectivo para que presenten previamente sus observaciones.

A juicio del CLS, “cuando la extensión del convenio se aplica a los trabajadores no afiliados de las empresas cubiertas por la convención colectiva, dicha situación no plantea en principio problemas de contradicción con los requisitos de la libertad sindical, en la medida en que ha sido la organización más representativa la que ha negociado en nombre

48 *Ibid.*, p. 41.

de la totalidad de los trabajadores y no se trata de empresas con una pluralidad de establecimientos (en que la decisión de extensión debería corresponder a las partes)”⁴⁹

En el mismo sentido ha sostenido que “la extensión de un convenio a todo un sector de actividad en contra de las opiniones manifestadas por la organización que representa a la mayoría de los trabajadores cubiertos por el convenio ampliado puede limitar el derecho a la libre negociación colectiva de dicha organización mayoritaria; con ese sistema pueden extenderse los convenios en que se recogen disposiciones susceptibles de empeorar las condiciones de trabajo de la categoría profesional de trabajadores en cuestión”.⁵⁰

3. EL PROYECTO DE REFORMA LABORAL VERSUS LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Con fecha 29 de diciembre del año 2014, por medio de mensaje de la Presidenta de la República, se da inicio a la discusión de la llamada reforma laboral “Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo”.

Se trataba de uno de los grandes proyectos del gobierno de la Presidenta Bachelet que el mundo sindical esperaba con ansias.

La lectura de sus fundamentos auspiciaba una gran reforma. El reconocimiento de que la organización de los trabajadores a través de sindicatos es esencial para enfrentar la desigualdad y generar una mejor distribución de las riquezas; que son los sindicatos los organismos legítimos de representación de los intereses de los trabajadores; el efecto democratizador de la reforma; la regulación institucional del conflicto reconociendo de manera plena los derechos fundamentales de todas las partes y a la negociación colectiva como una herramienta de participación, de reconocimiento social de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, que favorece la productividad de las empresas. Asimismo, la constatación que nuestro ordenamiento legal presenta múltiples trabas y dificultades para que los procesos de negociación colectiva puedan llevarse de manera constructiva, principalmente porque no se garantiza la igualdad de las partes y porque está entrampada en una regulación extremadamente formal y rígida, que antes de fomentar los acuerdos, los dificulta.

Sin embargo, la hermosa declaración de principios expresada en el mensaje presidencial, posteriormente no se ve reflejada en los conteni-

49 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párr. 1052, p. 224.

50 *Ibid.*, párr. 1053, p. 224.

dos del proyecto ni en su articulado. Más bien se perpetúa un modelo de negociación colectiva formal y rígido, estructurado en base a la trilogía de negociación reglada, no reglada y semi reglada, con fases y etapas que antes de facilitar un acuerdo lo obstaculizan, y lo que es peor, con una excesiva intervención de la autoridad administrativa. Respecto del supuesto equilibrio que debe existir entre las partes para lograr una negociación exitosa, los autores del proyecto tampoco lo plasman en su articulado, ya que si bien eliminan el reemplazo de trabajadores en huelga –principal traba para otorgar eficacia a este derecho fundamental, única herramienta de presión de los trabajadores que les permite alcanzar un cierto grado de equilibrio– crean la institución de los servicios mínimos universales, es decir, con la reforma son los propios trabajadores los que deben proveer a la empresa de personal para garantizar su funcionamiento y mantener la producción en términos que no cause daño a sus “bienes materiales, instalaciones o infraestructura”.

En fin, el proyecto de reforma laboral está lleno de trampas y engaños, ya que no está a la altura de los fundamentos sustentados por el Ejecutivo, y lo que es todavía peor, no se hace cargo de las demandas históricas que han sido esgrimidas desde el mundo sindical, especialmente la consagración de la negociación por rama de actividad.

A continuación analizaremos los principales contenidos de la reforma a la luz de los estándares internacionales que fueron expuestos precedentemente.

3.1. En cuanto a las organizaciones sindicales

Se reitera con estas reformas el criterio según el cual los sindicatos de base gozan de estatutos diferentes. Aquellos que responden a los sindicatos primitivamente dispuestos en el Plan Laboral, como sucede con el sindicato de empresa, interempresa y de trabajadores eventuales o transitorios, son destinatarios naturales (con sus pro y contras) de sus normas, lo que incluye, en el ámbito que estamos analizando, la concesión del derecho a reducir la jornada para destinarla a labores sindicales. El proyecto de ley modifica el nombre de los permisos sindicales que pasan a llamarse horas de trabajo sindical, así como aumenta de 1 a 3 las semanas que directores y delegados sindicales pueden destinar anualmente para actividades de formación y capacitación sindical, pero tales derechos no se le reconocen a aquellos representantes de sindicatos no individualizados de modo expreso por la legislación y que pudieron constituirse por medio de la Ley 19.759, de 2001. Tampoco a estos sindicatos innominados por la ley se les concede la posibilidad de participar en negociaciones colectivas vinculantes para los respectivos empleadores. De esta forma el legislador mantiene el sistema de relaciones colectivas laborales al nivel de la empresa y dentro de ese ámbito no hay plena garantía de actividad sindical para todo sindicato constitui-

do de acuerdo a la ley, generando un desincentivo para el surgimiento de estas organizaciones. Un sindicato de base de carácter territorial o de carácter profesional, por más alta tasa de afiliación que tenga, no podrá representar a sus bases en instancias formales de negociación colectiva y, tal como lo hemos analizado, tampoco sus representantes gozarán de algún derecho conferido por la ley en su calidad de dirigentes sindicales.

Ni siquiera en dos de los tipos de sindicatos especialmente contemplados por la legislación –como son los interempresa y eventuales o transitorios– gozan de un ámbito de actuación afín a sus necesidades de defensa de intereses comunes, ni en la ley vigente ni en la propuesta del Ejecutivo. Así, al sindicato de trabajadores eventuales se le reserva la más inocua de las actuaciones sindicales externas: la negociación colectiva voluntaria y sin derecho a huelga. En cuanto al sindicato interempresa de trabajadores, si bien podrá representar a sus socios en una negociación de empresa y por ello vinculante (la actual ley exige manifestación favorable a la negociación por la contraparte dentro de 10 días siguientes a la notificación del proyecto de contrato colectivo), no se le permite que pueda representar, al mismo tiempo y en un mismo proceso de negociación colectiva, a socios que laboren para más de un empleador. Pero en este caso, la lesión a la libertad sindical no se ha limitado a ello. En la versión original del proyecto de ley, se establecía como requisito para formar parte de la comisión negociadora de un sindicato interempresa, que el trabajador fuera subordinado del empleador a quien se le hubiere notificado el proyecto de contrato colectivo. Como gran avance, mediante una indicación posterior, se permitió la participación, pero tan solo de un dirigente, ajeno a la subordinación de la contraparte, en dicha comisión.

3.2. En cuanto a la tutela de la libertad sindical

La tutela de la libertad sindical heterónoma tiene en Chile dos expresiones. Por una parte está el fuero –del que gozan los dirigentes y delegados sindicales, los que participan de la constitución de ciertos sindicatos, aquellos que forman parte de un proceso de negociación colectiva reglada y los candidatos a dirigentes sindicales– cuya sanción legal consiste en la aplicación de una multa por la Inspección del Trabajo. Y, por otra parte, la sanción de las prácticas que atentan contra la libertad sindical, pero que, a diferencia del fuero, está orientada a proteger el ejercicio de la libertad sindical en el más amplio sentido y no solo la estabilidad en el empleo.

A pesar que ambas tutelas resultan plenamente complementarias en beneficio de una tutela efectiva de la libertad sindical, a partir de una doctrina de la Corte Suprema (dominante en particular a partir de 2008) que se traduce en que la Inspección del Trabajo al sancionar con

una multa al empleador que violenta el fuero sindical queda imposibilitada para, posteriormente, denunciar la práctica antisindical (en caso de ineficacia de la multa cursada) por atentar ello contra el principio de *non bis in ídem*. La Dirección del Trabajo, desde el mismo 2008, dispuso como instrucción la de abstenerse de cursar multas por vulneración del fuero con connotación sindical, sometiendo obligatoriamente toda denuncia administrativa de este tipo a los trámites propios de una denuncia por vulneración de derechos fundamentales, incluyendo el trámite de mediación. En 2011 la Dirección del Trabajo, tratándose de casos de denuncia por fuero de los delegados sindicales y de fuero retroactivo de constitución de sindicatos, pasó a admitir la facultad de multar la vulneración de esa tutela a la libertad sindical, pero tales instrucciones dejaron a ese organismo fuera de toda posibilidad de una denuncia por prácticas antisindicales.

La jurisprudencia de los tribunales al conocer de denuncias por estas prácticas, desde fines de la década pasada, ha tendido a limitar su ámbito de protección al exigir elementos constitutivos de las mismas ajenos a los explícitamente contemplados por la ley. Entre tales elementos se considera con especial intensidad, la intencionalidad, culpa o dolo en la conducta agresora de la libertad sindical, la especial gravedad y el carácter no ocasional de la práctica antisindical.

En lo que atañe al fuero, la reforma legal propuesta contiene una norma con consecuencias previsiblemente devastadoras para la tutela efectiva de la libertad sindical. Nos referimos a la que sanciona como práctica antisindical el utilizar los fueros que contempla el Código del Trabajo de mala fe o con abuso del derecho. Con esta norma, la tutela del fuero pierde su rasgo característico: la certeza. En adelante, no le bastará a un trabajador titular del fuero haber reunido los requisitos legales para adquirirlo, sino que deberá estar atento a que en el ejercicio de esa protección legal no pase a llevar lo que otros (empleadores, sobre todo) interpreten como un ejercicio de mala fe o abuso de su derecho al fuero.

Por otra parte, se incorpora también como práctica antisindical el “negarse a reincorporar en sus funciones a un dirigente sindical aforado, frente al requerimiento de un fiscalizador de la Inspección del Trabajo.” Esta norma supone un llamado a la Dirección del Trabajo a cambiar sus instrucciones sobre el fuero sindical, volviendo a posibilitar procedimientos de fiscalización y multa frente a su vulneración. Sin embargo, desde otra óptica, al no hacer referencia específica a la multa como parte del requerimiento, sienta las bases para mantener sin aplicación la posibilidad de cursar multas por infracción del fuero sindical tal como lo previene la ley.

En cuanto a la sanción de las prácticas antisindicales, además de lo recién señalado (en que se mezclan ambas tutelas de un modo tal, que lejos de potenciarse, disminuyen su margen de aplicación) las modificaciones propuestas por el proyecto de ley, descansan en lo siguiente:

a.- Expresamente se admiten dentro de las prácticas antisindicales las omisiones. Lo anterior, si bien parece de interés frente a eventuales criterios jurisprudenciales que se apeguen a la mera literalidad de la ley (la que solo contemplaba las prácticas antisindicales como acciones), lo cierto es que la jurisprudencia siempre ha asumido las omisiones como formas posibles de antisindicalidad, contribuyendo a este criterio el que algunas de las conductas especialmente descritas por la ley como prácticas antisindicales consisten precisamente en omisiones;

b.- como ya se ha referido (pero ahora se lo analiza desde otra perspectiva), se incorpora como práctica antisindical el “negarse a reincorporar en sus funciones a un dirigente sindical aforado, frente al requerimiento de un fiscalizador de la Inspección del Trabajo”, lo cual merece críticas desde el punto de vista de la técnica legislativa, puesto que la no taxatividad de las prácticas antisindicales denota el absurdo de la decisión de intentar precisar prácticas antisindicales específicas. Peor aún, si tomamos en cuenta que esta política a favor de la descripción masiva de tipos específicos de antisindicalidad ha significado proteger a quienes no son titulares de la libertad sindical, generan una extrapolación de elementos de esos tipos y terminan asumiéndose como propios de la conducta genérica antisindical (como sucedió con la exigencia del elemento subjetivo o intencionalidad o dolo de las prácticas antisindicales). Precisamente el proyecto, para dar cuenta de la inocuidad de ese elemento subjetivo en las prácticas antisindicales, en vez de hacerlo en la misma definición de prácticas antisindicales, optó por eliminar la presencia de expresiones que denotan esa exigencia de elemento subjetivo en los tipos específicos de conductas antisindicales que así lo establecen.

Dentro de esta misma técnica se inscribe en la tipificación, como práctica antisindical, el “otorgar unilateralmente a trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que los hubieren negociado, los mismos beneficios pactados por estas en un instrumento colectivo”. Igualmente lo hace (aunque se trata de una modificación de una ya existente) la norma propuesta según la cual se asume como antisindical el “no descontar o no integrar a la organización sindical respectiva, las cuotas o aportes sindicales, ordinarios o extraordinarios que correspondan pagar por los afiliados o la cuota o aporte convenido en un acuerdo de extensión de conformidad al artículo 323, cuando este proceda.”

Pero la nueva tipificación de antisindicalidad más cuestionable que plantea la reforma (y a la que ya nos hemos referido parcialmente), es aquella que castiga el “utilizar los derechos sindicales o fueros que establece este Código, de mala fe o con abuso del derecho”. Sancionar el ejercicio de derechos sindicales por abusar de los mismos o ejercerlos de mala fe, ejercerá un poderoso efecto de inhibición precisamente del ejercicio de la libertad sindical, a lo que contribuye el que, tal como se

diera cuenta en el anterior *Informe 2014*, el sindicato chileno rara vez cuenta con asistencia jurídica que le permita acceder a la Justicia, quedando subordinado a las decisiones que pudiera adoptar la Dirección del Trabajo. Esto último supone, desde ya, una desventaja respecto de su contradictor natural en el ámbito laboral: baste con recordar que la Dirección del Trabajo carece de la legitimidad para exigir judicialmente indemnizaciones en favor de los sindicatos.

Por último, se modifica la norma que sanciona el despido antisindical, esto es, el caso del despido de un trabajador que, no encontrándose aforado, es despedido con ocasión del ejercicio de su derecho a la libertad sindical. La norma contenida en el proyecto de ley resulta más restrictiva que el texto anterior, pues de una norma a la que le bastaba que una práctica antisindical hubiere implicado un despido de un trabajador no aforado, se pasa a una que exige que la conducta sea una represalia del ejercicio de la actividad sindical.

De todo lo señalado es posible concluir que las modificaciones propuestas en el proyecto de ley en materia de derecho de sindicación y tutela de la libertad sindical, se alejan de la protección efectiva de la libertad sindical a la que apuestan las normas internacionales del trabajo.

3.3. En cuanto a la negociación colectiva

3.3.1. El nivel de la negociación

El proyecto de reforma laboral mantiene el modelo de negociación colectiva a nivel de empresa, lo cual obedece a una estrategia política clara: impedir que el mundo sindical se convierta en un actor político y social relevante dentro del sistema democrático.

En palabras de la ex Directora del Trabajo, María Ester Feres Nazarala, el proyecto de reforma laboral mantiene, actualiza y legitima los fundamentos del Plan Laboral, especialmente al enclaustrar forzosamente la negociación colectiva en la empresa, cuestión que tiene como objetivo “impedir la conformación del sindicalismo como un actor social, de representación de intereses colectivos; como un actor socio político relevante en toda democracia participativa y como agente distributivo, central para combatir la tremenda desigualdad de ingresos que avergüenza al país y que la población tan claramente condena”.⁵¹

Se trata de lo que el profesor Ugarte ha denominado como la construcción de un modelo de negociación colectiva periférica e irrelevante, ya que al estar radicada en la empresa, se hace inaccesible para la mayor parte de los trabajadores.⁵² Ello por una razón bien sencilla: la mayor parte de nuestros trabajadores es empleado en empresas de

51 María Ester Feres Nazarala, *Presentación sobre proyecto de reforma laboral*, op. cit., 4.

52 José Luis Ugarte Cataldo, *Proyecto de agenda laboral: un paso a ninguna parte*, presentación para la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados, realizada el 3 de marzo de 2015. Disponible en: <http://www.camaradediputados.cl>

menor tamaño donde ni siquiera existe la posibilidad legal de formar un sindicato.⁵³

En definitiva, el proyecto de reforma laboral tiene una incidencia marginal para la gran mayoría de los trabajadores al mantener inalterada la médula o corazón del Plan Laboral de la dictadura: la radicación de la negociación colectiva en el nivel más bajo de la estructura productiva, es decir, en la empresa.

En efecto, de acuerdo a la definición que entrega el artículo 303 del proyecto de reforma, la negociación colectiva es un derecho que se ejerce respecto del empleador, y si bien se señala que puede tener lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, ello no es más que una mera declaración de principios ya que se trata de una negociación que no es vinculante para la contraparte y que no conlleva el ejercicio del derecho de huelga, por tanto, equivale a la imposición de la voluntad empresarial.

Lo mismo sucede con la regulación que contiene el proyecto de reforma laboral respecto de la negociación de sindicatos interempresas (Título V, Capítulo I, artículos 363 y siguientes), ya que no es más que una negociación de empresa, cuestión que se desprende fehacientemente de la redacción contenida en el artículo 364 titulado: Requisitos para la negociación colectiva del sindicato interempresa. Para presentar un proyecto de contrato colectivo en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliados no inferiores a los quórum señalados en el artículo 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa.

Ya nos decía Oscar Ermida que la radicación del sindicato, y por ende, de la negociación, en la empresa, es una decisión política totalmente inadecuada para países cuyas empresas son, en general, de mediana o pequeña dimensión, porque —en tales circunstancias— resultan proclives a la atomización y debilitamiento del movimiento sindical.⁵⁴

Recordemos que ha sido la propia CEACR la que hace varios años pide al gobierno chileno que tome medidas para modificar o derogar diversos artículos del Código del Trabajo, entre ellos, el artículo 334 bis, que dispone que para el empleador será voluntario o facultativo negociar con el sindicato interempresa.⁵⁵ En la Recomendación N° 163 sobre negociación colectiva (punto 4.1) la CEACR señala: “En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de

53 El quórum mínimo para la formación de un sindicato es de 8 trabajadores.

54 Oscar Ermida Uriarte, *Sindicatos en libertad sindical*, op. cit., p. 84.

55 Observación (CEACR), Adopción: 2013, Publicación: 103ª reunión CIT (2014), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Chile.

la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”.

3.3.2. La titularidad sindical para efectos de negociación

En este aspecto, el proyecto de reforma laboral contiene una innovación respecto a la regulación actual donde grupos de trabajadores (coaliciones transitorias) pueden negociar de forma paralela a los sindicatos.

En efecto, el artículo 303 inciso 5° del proyecto de reforma laboral establece que: “En todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán negociar, según las normas previstas en el artículo 315 de este Código, grupos de trabajadores unidos para ese efecto”.

A simple vista parecería que nuestro país cumple el estándar internacional sobre la materia, pero un análisis más minucioso nos permitirá concluir que ello no es así.

De acuerdo a los criterios sostenidos por los órganos de control de la libertad sindical, examinados en el capítulo anterior, representantes no sindicales de trabajadores no afiliados a alguna organización sindical, pueden celebrar negociaciones colectivas, siempre y cuando no exista organización sindical.

Entonces, para los efectos de habilitar a los grupos negociadores, el principio general es que no exista organización sindical, por tanto, el proyecto de reforma laboral aún está lejos de dicho estándar, dado que se habilita a que grupos negociadores actúen en empresas donde existiendo sindicatos, estos no cumplen los quórum para negociar.

Por lo tanto, la celebrada titularidad sindical que ha anunciado el gobierno no respeta los estándares internacionales, y lo que es aún más nefasto, sigue constituyendo una competencia desleal para los sindicatos, quienes se verán afectados por conductas antisindicales de los empresarios. Estos podrán alterar los quórum a través de despidos antisindicales, habilitando de ese modo a los grupos de trabajadores para emprender procesos de negociación colectiva, desincentivando con ello la centralidad del sindicato.

Por lo demás, ha sido la propia CEACR la que ha señalado al gobierno chileno que solo se puede permitir negociar colectivamente a los grupos de trabajadores unidos para este efecto, únicamente en aquellas empresas donde no exista sindicato vigente, pero como ya hemos visto, el Proyecto de reforma laboral permite los grupos negociadores en aquellas empresas donde existe un sindicato vigente que no cumple los quórum para negociar.⁵⁶

56 Observación (CEACR). Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). Chile.

3.3.3. **Ámbito de aplicación de la negociación colectiva**

El proyecto de reforma laboral sigue restringiendo el ámbito de aplicación de la negociación colectiva a las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación.

Por tanto, quedan fuera del ejercicio del derecho de negociación colectiva:

1. Los trabajadores públicos;
2. Las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio;
3. Las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos.⁵⁷

No obstante lo anterior, muchos dirán que en relación con la cobertura de la negociación colectiva la reforma sí da un paso adelante, ya que se eliminan las restricciones que recaían sobre los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se desempeñen en obras o faenas transitorias y de temporada.⁵⁸

Pero el referido avance no es tal. Primero, porque en relación con la exclusión que recae respecto de los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, la incorporación que propone la reforma laboral como sujetos habilitados para negociar es marginal, principalmente debido a que las micro, pequeñas y medianas empresas pueden excusarse de negociar con este tipo de trabajadores, y segundo, porque en lo referido a la negociación colectiva de los sindicatos de trabajadores eventuales y transitorios, el proyecto de reforma laboral los excluye del ejercicio de los derechos de fuero de negociación colectiva y huelga, por ende, no se está consagrando un derecho de negociación colectiva efectiva.

Recordemos que el principio general en esta materia es el alcance universal del derecho a negociar colectivamente, es decir, para la OIT, tanto los trabajadores públicos como privados deben gozar de este derecho fundamental, admitiendo únicamente que puedan ser excluidos los funcionarios de las Fuerzas Armadas y policía y los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

En razón de lo anterior, la CEACR hace varios años ha solicitado al gobierno chileno que tome medidas para modificar o derogar los

57 Artículo 304 del proyecto de reforma laboral.

58 Artículo 305 del proyecto de reforma laboral.

siguientes artículos vinculados con los trabajadores cubiertos por la negociación colectiva:

1. El artículo 1 donde se dispone que el Código no se aplica a los funcionarios del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial;
2. El artículo 82 que establece que “en ningún caso las remuneraciones de los aprendices podrán ser reguladas a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”;
3. El artículo 305, el cual establece que los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena o de temporada no podrán negociar colectivamente;
4. El artículo 304 que no permite la negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que las leyes especiales la prohíban, ni en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendarios, hayan sido financiadas en más de un 50 por ciento por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.⁵⁹

En cuanto a los trabajadores agrícolas, la CEACR ya había advertido que el Código del Trabajo regula un procedimiento semireglado de negociación que no tiene el carácter de vinculante, por lo que no da lugar al derecho de huelga. Frente a ello la Comisión recordó que “el derecho de huelga es un corolario indisoluble del derecho de sindicación el cual solo puede verse restringido en el caso de los servicios esenciales (aquellos cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población) y en el caso de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. En estas condiciones, observando que los trabajadores agrícolas no se encuentran enmarcados en ninguna de estas dos categorías, la Comisión pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para garantizar en la legislación y en la práctica que los trabajadores agrícolas puedan gozar del derecho de huelga”.⁶⁰

59 Observación (CEACR), Adopción: 2013, Publicación: 103ª reunión CIT (2014), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Chile.

60 Observación (CEACR), Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Chile.

3.3.4. Las materias de la negociación colectiva

El artículo 306 del proyecto de reforma laboral indica que son materias de la negociación colectiva aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas de trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo. Luego, coloca una serie de ejemplos en relación a las materias que pueden ser objeto de negociación, culminando con la indicación de aquellas materias que no pueden serlo, es decir, las que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

Es importante advertir que en relación con la actual redacción de las materias que pueden ser objeto de negociación, la reforma no plantea una modificación sustancial, ya que la negociación sigue recayendo genéricamente sobre condiciones comunes de trabajo y remuneración y se continúan excluyendo las materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa. Los ejemplos de los aspectos susceptibles de negociar tradicionalmente se han incorporado en los instrumentos colectivos, por lo que la reforma no introduce ningún avance al respecto.

En cuanto a los estándares internacionales, recordemos que en esta temática el principio general es que las partes gozan de plena libertad para determinar el contenido de sus acuerdos, pudiendo convenirse todo tipo de cláusulas relativas a cuestiones de trabajo y vida, incluyendo medidas sociales. En este sentido, los órganos de control de la libertad sindical han estimado que son materias susceptibles de negociar: la duración del trabajo, la extensión y pago de vacaciones anuales, los criterios de selección en caso de despido, etc.

No obstante, en el caso chileno, la negociación de criterios de selección en caso de despido es una materia que está dentro de las facultades propias de organización, dirección y administración de la empresa, prohibida en la negociación, aunque sea admitida por los órganos de control de la libertad sindical.

En relación a esto la OIT ha señalado que no resulta recomendable que la legislación excluya determinadas materias de la negociación colectiva, cuestión que nuestro legislador ha omitido.

Otro aspecto que merece críticas desde la perspectiva de la libertad sindical es la incorporación, dentro de las materias objeto de negociación, de los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

Se trata de pactos que pueden ser acordados en procedimientos de negociación colectiva reglada y no reglada, cuya duración máxima es de 3 años y que recaen sobre materias de especial importancia para los trabajadores, ya que alteran las reglas generales sobre distribución de jornada y descanso.

Recordemos que para los órganos de control de la libertad no es admisible la negociación de cláusulas que disminuyan beneficios legales, en este caso, la distribución máxima de la jornada, los descansos, el tope de horas extras y el pago de la jornada pasiva. En consecuencia, toda negociación que implique una pérdida de derechos en tales materias es ilegal a los ojos de la OIT.

Además, estos pactos registran la dificultad de que pueden ser negociados con organizaciones sindicales especialmente débiles (se exige para su concreción una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de trabajadores), lo que se podría traducir más que en una negociación, en la imposición de la voluntad empresarial. Por si fuera poco, estos pactos además pueden ser aplicados a trabajadores sin afiliación sindical, exigiéndose el mero acuerdo individual de los trabajadores (imposición) y la aprobación de la Inspección del Trabajo.

3.3.5. El principio de buena fe en la negociación colectiva

El proyecto de reforma laboral incorpora el principio de buena fe en la negociación colectiva vinculándolo con el cumplimiento de normas procedimentales, ya que se establece que: “Las partes deben negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento de las partes”.

Recordemos que desde la perspectiva internacional el principio de buena fe en la negociación colectiva no se reduce al cumplimiento de etapas, plazos y obligaciones, sino que esencialmente su consagración tiene por objeto que las partes lleguen a un acuerdo. En otras palabras, que la negociación tenga un sentido útil, sea verdadera, constructiva, y que los acuerdos alcanzados a través de ella sean de cumplimiento obligatorio para las partes, sin que puedan ser alterados de manera unilateral.

3.3.6. Mecanismos destinados a facilitar la negociación colectiva

Con el proyecto de reforma laboral, la intervención de la autoridad administrativa en el proceso de negociación colectiva aumenta exponencialmente.⁶¹

En efecto, además de la actual intervención a través de los buenos oficios, la autoridad administrativa podrá intervenir a través de las reuniones de asistencia técnica,⁶² la mediación voluntaria y obligatoria⁶³ y la mediación laboral de conflictos colectivos.

Ahora bien, no solo se trata de una intervención excesiva que desde ya trae el inconveniente de la falta de capacidad operativa de la autori-

61 Artículo 345 del proyecto de reforma laboral.

62 Artículos 346 y 353 del proyecto de reforma laboral.

63 Artículos 384 y siguientes del proyecto de reforma laboral.

dad administrativa, sino que además, no está acorde con los parámetros fijados por los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, conforme a los cuales la intervención de la autoridad administrativa en procesos de conciliación, mediación y arbitraje, debe tener el carácter de voluntaria y estar destinada a facilitar las negociaciones entre los interlocutores sociales.

Pues bien, la solicitud de reuniones de asistencia técnica, la mediación obligatoria (buenos oficios) y la mediación laboral de conflictos colectivos desvirtúan y vulneran el principio de negociación libre y voluntaria proclamado por la OIT, ya que operan por la mera solicitud de una de las partes (no de común acuerdo), y, además, en el caso de la mediación laboral de conflictos colectivos la autoridad administrativa puede intervenir de oficio.

Nuevamente entonces, nos encontramos con que el proyecto de reforma laboral contraviene de forma expresa los estándares internacionales fijados por los órganos de control de la libertad sindical de la OIT.

3.3.7. El arbitraje obligatorio

Si bien en la regulación que realiza la reforma respecto del arbitraje se consagra su carácter voluntario, ya que siempre debe operar de común acuerdo entre las partes, dicho carácter se pierde en los casos donde está prohibida la huelga (servicios esenciales) y cuando se haya determinado la reanudación de faenas.⁶⁴

Pero las normas internacionales del trabajo establecen que el arbitraje no debe ser impuesto obligatoriamente en caso de que las partes no logren alcanzar un acuerdo, y si bien, respecto de los servicios esenciales en sentido estricto del término se prevé la posibilidad de restringir e incluso prohibir el ejercicio del derecho de huelga, esa facultad está acotada a servicios de importancia trascendental: vida, salud y seguridad (sentido estricto), parámetro que no se respeta con el Proyecto de reforma laboral.

Cuando analicemos las reformas vinculadas al derecho de huelga, volveremos sobre estas dos instituciones.

3.3.8. Extensión de los convenios colectivos

La legislación actual contempla la figura de la extensión de beneficios como una prerrogativa del empleador, quien de manera unilateral puede hacer extensivo todos o alguno(s) de los beneficios que han sido negociados con el sindicato.⁶⁵

Se trata de un claro desincentivo a la sindicalización previsto y amparado por el legislador.

64 Artículo 389 del proyecto de reforma laboral.

65 Artículo 346 del Código del Trabajo.

El proyecto de reforma laboral, manteniendo la lógica de extensión de beneficios a los trabajadores no afiliados, introduce algunas modificaciones. Primero, exige que haya acuerdo de las partes del instrumento colectivo, y segundo, que los trabajadores a quienes se van a hacer extensivos todos o parte de los beneficios, manifiesten su conformidad con dicha extensión, obligándose a pagar la totalidad de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.⁶⁶

Esta nueva forma de hacer extensivos los beneficios del instrumento colectivo a los trabajadores no afiliados no respeta los estándares que han fijado los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, ya que no se exige ningún tipo o nivel de representatividad de la organización sindical que haya negociado, con lo cual se fomentará el sindicalismo amarillo o de empresa para acordar la extensión a los trabajadores no afiliados y de paso desincentivar la sindicalización.

Además, dichos acuerdos, al ser negociados con sindicatos amarillos, propenderán a no hacer obligatorio el pago de la totalidad de la cuota ordinaria a la organización sindical.

3.4. En cuanto al derecho de huelga

3.4.1. La prohibición del reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga

De acuerdo al proyecto de ley, se prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores en huelga. Las innovaciones respecto del texto actualmente vigente (art. 381 CT) consisten en la eliminación de las condiciones asociadas a la última oferta del empleador para proceder al reemplazo de los huelguistas, incluso desde el primer día de la huelga. En vez de prohibir, como hoy, el reemplazo de los trabajadores en huelga, se prohíbe el reemplazo de los puestos de trabajo de los trabajadores paralizados.

Respecto de la primera modificación, los alcances que se harán, más adelante, dicen relación con la posibilidad cierta de verse morigerados o derechamente anulados los efectos de dicha norma, por medio de las normas sobre servicios mínimos.

En cuanto a la segunda modificación, en las semanas inmediatamente siguientes no pareció generar mayores análisis (probablemente porque las escasas oportunidades en que hubo referencia a la relación entre reemplazo de funciones y de puestos de trabajo, se tomaron como similares)⁶⁷ asumiéndose que la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga debía entenderse en el amplio sentido de la ex-

66 Actualmente, los trabajadores a quienes se haga extensivo todo o parte de un instrumento colectivo, deben pagar el 75% de la cuota sindical ordinaria.

67 Así, en dictamen N°1.303/64, de 26.03.2004 de la Dirección del Trabajo.

presión.⁶⁸ Sin embargo, este tácito consenso terminó cuando, en un foro ante el mundo empresarial, el asesor del Ministerio del Trabajo, Roberto Godoy, declaró, frente a la diferencia entre puesto de trabajo y función, que el trabajador que sigue operando en la empresa, porque no pertenece al sindicato en huelga, puede mantener el ejercicio de su puesto de trabajo y, además, eventualmente desarrollar funciones de otros puestos de trabajo, concluyendo que no se está estableciendo la prohibición del reemplazo de una función.⁶⁹ Estas declaraciones bastaron para echar por tierra la esperanza de un real cambio en materia de reemplazo de huelguistas. La visión de Godoy da cuenta de un serio retroceso respecto del concepto de reemplazo de trabajadores en huelga, tal y como lo consigna la actual jurisprudencia de la E. Corte Suprema, para la cual “la prohibición del artículo 381 del Código del Trabajo comprende no solo la contratación de nuevos trabajadores, sino también el reemplazo de trabajadores en huelga con otros de la propia empresa”.⁷⁰

Por último, y sin perjuicio de lo ya señalado, cabe advertir que la reforma propuesta igualmente contempla implícitamente la posibilidad de reemplazo de los huelguistas. Se trata del caso en que el sindicato no provea el equipo de emergencia. En tal caso, la ley permite al empleador “adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos”, lo que, por cierto, incluye el reemplazo de los huelguistas.

De lo señalado se desprende que el proyecto de ley no sienta las bases de una genuina modificación respecto del reemplazo de huelguistas y, por lo tanto, no se logra superar el reproche permanente que recae sobre nuestra legislación, por apartarse de los criterios asentados por las normas internacionales del trabajo vigentes para Chile.

3.4.2. Los servicios mínimos

Uno de los errores y confusiones más graves del proyecto de reforma laboral del gobierno de Michelle Bachelet, está vinculado con la institución de los servicios mínimos. En primer lugar, porque son concebidos de forma independiente a los servicios esenciales, y en segundo lugar, porque los supuestos para su aplicación van más allá de la afectación a

68 De acuerdo al dictamen N°1.303/64, de 26.03.2004 de la Dirección del Trabajo, se entiende que la prohibición alcanza, entre otros, a los contratados directamente por el empleador, estudiantes en práctica, trabajadores de la misma empresa a quienes el empleador, haciendo uso de la facultad del art. 12 CT, hubiera cambiado de funciones con el objeto de suplir las de los trabajadores en huelga o, de trabajadores de la empresa a quienes el empleador hubiere cambiado de funciones y/o de lugar de trabajo, sin explicitar la facultad contenida en el art. 12 CT, o respecto de los cuales se verifique una mayor carga de trabajo, aumento de la jornada u horas extraordinarias o respecto de trabajadores en régimen de subcontratación.

69 Pulso.cl: “Ejecutivo otorga urgencia a Reforma Laboral y aumenta polémica con empresarios”, 1 de abril de 2015.

70 Sentencia dictada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, Rol. 15.293-14, 12 de mayo de 2015.

esferas jurídicas de terceros, confundiendo el conflicto que se deriva de la huelga abusiva, con el que nace a raíz de la colisión del derecho de huelga con los servicios esenciales.⁷¹

En efecto, el actual artículo 380 del Código del Trabajo que regula los servicios mínimos como uno de los límites al ejercicio del derecho de huelga, ha sido objeto de fuertes críticas, principalmente, por la amplitud de los supuestos que habilitan al empleador para exigir al sindicato o grupo negociador el personal indispensable para la ejecución de las faenas: daño a los bienes materiales de la empresa, a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales. La propuesta de modificación legal, sin hacerse cargo de tales defectos, desliga completamente la garantía del servicio mínimo del concepto de servicio esencial, incorporando una restricción al derecho de huelga que excede su campo de acción, toda vez que exige el establecimiento de servicios mínimos “estrictamente necesarios para proteger los bienes e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios”.

En consecuencia, se trata de una limitación excesiva que desborda el concepto de servicios esenciales en sentido estricto utilizado por la OIT, ya que pone el acento en el daño que una huelga pueda provocar a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la empresa, y que tal como se ha dicho en el debate legislativo, constituye un reemplazo de los trabajadores en huelga que debe ser suministrado por los propios trabajadores involucrados en el conflicto.⁷²

3.4.3. Prohibición de la huelga en los servicios esenciales

En materia de servicios esenciales, el proyecto mantiene el concepto amplio que ha sido objeto de reiteradas observaciones por parte de los órganos de control de la libertad sindical de la OIT,⁷³ al identificarlo con aquellos que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.⁷⁴

A su vez, sigue delegándose la calificación de las empresas que caen dentro del concepto de servicio esencial, a la resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Econo-

71 Artículo 359 del proyecto de reforma laboral.

72 Presentación realizada ante la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados por el profesor José Luis Ugarte Cataldo con fecha 3 de marzo de 2015, titulada “*Proyecto de agenda laboral: un paso a ninguna parte*”, pp. 15 y siguientes.

73 Karla Varas Marchant y César Toledo Corsi, “La huelga, un derecho fundamental”, *Informe 2014*, pp. 85-88.

74 Artículo 361 del proyecto de reforma laboral.

mía, Fomento y Turismo, la que debe realizarse cada dos años, dentro del mes de julio, con la diferencia que en el actual proyecto, debe ser efectuada previa solicitud fundada de parte y presentarse antes del 31 de mayo del año respectivo.

Esta calificación, de ser una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, a través de los tres ministerios individualizados, se transforma en un proceso contradictorio, donde ambas partes deben ser escuchadas, y donde además, se prevé un proceso cierto de reclamo para impugnar la incorporación o no de un determinado servicio en la resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo.

De la lectura de la modificación propuesta podemos derivar tres conclusiones importantes:

a. No implica un avance en torno a la configuración del concepto de servicios esenciales, ya que continuamos con una definición amplia y abstracta que tantas veces ha sido cuestionado por los órganos de control de la libertad sindical de la OIT.

b. Sí se registra un avance en lo relativo al proceso de designación de un determinado servicio o actividad en la categoría de esencial. Primero, porque deja de ser una calificación unilateral del poder ejecutivo, transformándose en un proceso contradictorio, donde alguna de las partes interesadas debe elevar una solicitud fundada a los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, para los efectos de que un determinado servicio o actividad sea incorporado en el listado de servicios esenciales o que sea eliminado del mismo. Además, ingresada tal solicitud, se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora para que formulen las observaciones que estimen pertinentes, dentro del plazo de 15 días.

c. También se da un paso adelante respecto del proceso de impugnación de la resolución triministerial, toda vez que en el actual artículo 384 que regula la huelga en los servicios esenciales, no se contempla ningún mecanismo de impugnación, administrativo o judicial, para los efectos de solicitar la exclusión de un determinado servicio o actividad del listado referido.⁷⁵ Con el proyecto de reforma, en cambio, hay un proceso judicial de reclamación que debe ser promovido ante la Corte de Apelaciones del domicilio de la empresa o de las faenas, a

75 Respecto de la acción de protección, ha sido la propia Corte de Apelaciones de Santiago, la que conociendo de un recurso interpuesto por trabajadores de las empresas eléctricas (que son incorporadas dentro del listado de empresas que no pueden ir a huelga, de conformidad con el artículo 384 del Código del Trabajo), sostuvo que no cabe calificar de ilegal una actuación (resolución triministerial), que es ejercida bajo expreso mandato del Código del Trabajo. Sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 22 de octubre de 2007, Rol. N° 4.576-2007, confirmada por la Corte Suprema el 2 de enero de 2008, en causa Rol. N° 6.116-2007.

elección del recurrente, y que se tramitará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 410 del proyecto de reforma. Cabe señalar, eso sí, que hubiese sido preferible o recomendable que tal reclamación se interpusiera ante el Tribunal del Trabajo competente, por medio de la acción de tutela de derechos fundamentales, ya que en estos casos está en juego la libertad sindical de los trabajadores que estarán privados de ejercer el derecho de huelga.

La CEACR ha recordado al gobierno chileno que “la legislación puede establecer que el derecho de 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 a nombre del Estado”.⁷⁶ A partir de lo anterior, la Comisión ha observado que la legislación vigente en Chile “es sumamente amplia ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicio esencial. No obstante, la Comisión estima que en el caso de servicios no esenciales, con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrán establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debiera limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término”.⁷⁷

Asimismo, respecto de la resolución triministerial que elabora el listado de empresas comprendidas en dicha prohibición, la CEACR sostuvo, al analizar la calificación realizada en 2008, que era demasiado amplia, ya que dicha lista “incluye algunas terminales portuarias de carácter privado, así como el ferrocarril de Arica-La Paz, que no pueden ser consideradas como servicios esenciales en el sentido estricto del término”.

3.4.4. De la reanudación de faenas

En cuanto a la reanudación de faenas, el proyecto de ley deja de considerarla como una facultad del Presidente de la República, y la transforma en un requerimiento judicial, donde el Tribunal del Trabajo respectivo, frente a una huelga o lock-out –que por sus características, oportunidad o duración cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional– podrá decretar la reanudación de las labores.⁷⁸

76 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 73ª reunión CIT, op. cit.

77 Íd.

78 Se trata de una acción judicial que puede ser ejercida por la o las empresas, como también

La CEACR ha señalado al gobierno chileno que “debería ser la autoridad judicial, a petición de la autoridad administrativa, la que impusiera la reanudación de las faenas solo en casos de crisis nacional aguda o si la interrupción de los servicios afecta la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población, disponiendo en tal caso que los trabajadores gocen de garantías compensatorias suficientes, tales como procedimientos de conciliación y mediación y en caso de que se llegase a un punto muerto en las negociaciones, se abriera paso a un procedimiento de arbitraje que gozase de la confianza de los interesados”⁷⁹. Sin embargo, el proyecto de reforma no respeta tal recomendación, ya que consagra como legitimado activo –es decir que está facultado legalmente para solicitar la reanudación de faenas– al empleador.

Además, en el Informe de 2003, la CEACR observó que “la definición prevista en el artículo 385 de servicios con respecto a los cuales el Presidente de la República puede ordenar la reanudación de faenas, parece ir más allá de los servicios esenciales en el sentido estricto del término. De cualquier manera, teniendo en cuenta que según el gobierno el Presidente de la República no ha hecho uso de esta prerrogativa desde hace 25 años, la Comisión pide al gobierno que tome medidas para que derogue o modifique en el sentido indicado el artículo en cuestión”⁸⁰.

Estimamos que esta medida restrictiva del derecho de huelga debe ser eliminada, ya que constituye una afectación desproporcionada, existiendo otras medidas menos gravosas que pueden ser impuestas en casos de huelgas que por sus características, oportunidad o extensión causen un grave daño a la salud, vida y seguridad de la población.⁸¹ Además, los supuestos que contempla la norma para los efectos de realizar este requerimiento judicial exceden el concepto estricto de servicio esencial por extensión de la OIT y el sujeto activo de la acción no solo es la autoridad administrativa, sino que también el empleador.

Otro inconveniente que se vislumbra con esta nueva figura de reanudación de faenas previo requerimiento judicial, es que el ejercicio del derecho de huelga se judicializará y se entregará a los empresarios una herramienta potente para paralizar el conflicto y mermar el poder negociador del sindicato. Además, teniendo presente las características culturales del sector empresarial, existirá una judicialización excesiva, y de paso, se añadirá otra carga para los sindicatos, ya que deberán con-

por la Dirección del Trabajo o el o los sindicatos, según corresponda (artículo 362 del Proyecto de reforma laboral).

79 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 73ª reunión CIT, op. cit.

80 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 74ª reunión CIT, 2003.

81 Recordemos que para la OIT las limitaciones que se pueden imponer a las huelgas que son ejercidas en servicios que devienen en esenciales por su extensión o duración, es la imposición de un servicio mínimo de mantenimiento.

tar con recursos necesarios, no solo para afrontar el periodo de huelga, sino que también para costear los honorarios de los abogados que los representarán en el proceso judicial.

CONCLUSIONES

El proyecto de reforma laboral recién analizado no transforma el sistema de relaciones laborales vigente. Al contrario: profundiza el intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo; agudiza la construcción de un sindicalismo débil sin intervención social y política; coarta y frena el ejercicio de la libertad sindical, y en definitiva, mantiene el modelo impuesto por el Plan Laboral de la dictadura, perpetuando con ello las brechas de desigualdad económica y social existentes en el país.

Desde el punto de vista del derecho internacional, el proyecto de Ley no adecua la legislación interna a los pactos y convenios internacionales ratificados por nuestro país, eternizando con ello los incumplimientos que históricamente ha mantenido Chile en dicha sede.

En consecuencia, resulta imperioso reestudiar el proyecto de reforma a la luz de estos estándares que el propio Estado chileno se ha obligado a cumplir. Se debe tener presente que los órganos de control de la libertad sindical de la OIT han estimado que una regulación minuciosa de la negociación –en la que se obliga a las partes a seguir un procedimiento fijo donde se prevén todas las etapas e incidentes en el proceso de negociación e interviene a menudo la autoridad administrativa obligatoriamente a través de la conciliación, mediación o el arbitraje en función de plazos determinados–, es contraria a los principios de la libertad sindical.⁸² También hay que considerar que la OIT en cuanto al derecho de huelga, recoge una concepción amplia que se manifiesta en su finalidad múltiple, las diversas modalidades que puede revestir, la simplicidad y rapidez de los procedimientos para hacerla efectiva, su alcance universal (trabajadores públicos y privados), la configuración de un concepto estricto de servicio esencial, etc.⁸³

RECOMENDACIONES

Más allá de las buenas intenciones expresadas en los fundamentos del mensaje presidencial, el proyecto de reforma laboral, como incide en el ámbito del derecho colectivo, debió haber plasmado el ideal propio de esa rama del derecho: la construcción de un contrapoder que permita

82 Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Guido, op. cit., p. 29.

83 *Informe 2014*, pp. 69-72.

a los trabajadores compensar la desigualdad inherente a la relación de trabajo subordinada.

En otras palabras, la gran reforma laboral que nuestro país necesita, dados los altos índices de desigualdad y el constante empobrecimiento de la clase trabajadora, debió haberse articulado en base a dos ejes centrales: la negociación por rama de actividad y el reconocimiento efectivo de la huelga como un derecho fundamental.

En razón de lo anterior, los cambios sustantivos que deben ser introducidos al modelo de relaciones colectivas del trabajo y que nos permitirán superar y dejar atrás el modelo que fue impuesto a la fuerza por la dictadura militar son los siguientes:

1. Reconocer a nivel constitucional el derecho a negociación colectiva por rama o sector de actividad económica con alcance universal (tanto para el sector público como privado).
2. Consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal (trabajadores públicos y privados), admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto del término.
3. En cuanto a la regulación del derecho de huelga:
 - a. Redefinir su concepto como un derecho fundamental, sin acotar su finalidad a la negociación de un instrumento colectivo, y su modalidad a la abstención colectiva y concertada al trabajo.
 - b. Precisar que lo prohibido es el reemplazo de los trabajadores en huelga, bajo cualquier forma: trabajadores contratados directamente por el empleador, estudiantes en práctica, trabajadores de la misma empresa a quienes el empleador hubiera cambiado de funciones con el objeto de suplir las de los trabajadores en huelga o trabajadores de la empresa respecto de los cuales se verifique una mayor carga de trabajo, aumento de la jornada u horas extraordinarias o trabajadores en régimen de subcontratación.
 - c. Reconocer el derecho a huelga de los trabajadores que se desempeñan en servicios que han sido calificados como esenciales en el sentido estricto del término, consagrando una regulación especial a fin de garantizar el mantenimiento de los mismos por medio de los servicios mínimos.
 - d. Eliminar la figura de los servicios mínimos y equipos de emergencia.
 - e. Eliminar la institución de reanudación de faenas.
4. En cuanto a la regulación de la negociación colectiva, se recomienda:

- a. Eliminar los grupos negociadores, sea que exista o no sindicato con derecho a negociar.
 - b. Eliminar las restricciones respecto de las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva.
 - c. Reducir la intervención de la autoridad administrativa en el proceso de negociación colectiva.
 - d. Eliminar las tipologías de negociación colectiva reglada, no reglada y semireglada, consagrando un único derecho a negociar entre los actores sociales, los que gozarán de autonomía para definir sus etapas.
 - e. Consagrar un verdadero derecho al piso de negociación colectiva, manteniendo el valor real de remuneraciones reajustable según IPC.
 - f. Eliminar los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.
5. En cuanto a la regulación de las organizaciones sindicales y su tutela, se recomienda:
- a. Establecer que todas las prerrogativas que la ley concede a los dirigentes sindicales alcancen a los representantes de todo tipo de organizaciones, bajo la única condición de encontrarse sujetos a subordinación de un empleador.
 - b. Eliminar cualquier obstáculo que impida a una organización sindical de nivel superior, participar directamente en una negociación colectiva en representación de sus bases.
 - c. Eliminar la norma que establece como práctica antisindical el “utilizar los derechos sindicales o fueros que establece este Código, de mala fe o con abuso del derecho.”

LA TORTURA EN CHILE: ESTADO ACTUAL DESDE LA REFORMA PROCESAL PENAL*

* Capítulo elaborado por Sabrina Perret N. y Eduardo Alcaíno A. Agradecemos la colaboración de los alumnos Felipe Aguayo, Sebastián Ramos, Iam Percy, Luis Peredo y Nicolás Cachaña.

SÍNTESIS

La tortura, como fenómeno social y político siempre ha tenido lugar en la sociedad. Desde su uso público y socialmente aceptado en la Edad Media, su prohibición absoluta formal en las sociedades modernas,¹ hasta el actual cuestionamiento del tabú de la tortura luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre en Nueva York, lo cierto es que la tortura siempre ha existido. Si bien hay una cierta discusión sobre las formas en que se expresa, la tortura puede revestir dos formas de aparición: cuando es ejecutada como forma de castigo o represión² o si es aplicada como medio para obtener una información determinada, es decir, como herramienta –permitida o no– del proceso penal.³

En Chile existen, de manera más o menos extendida, ambas formas de tortura. La tortura judicial o como herramienta procesal, practicada por funcionarios ligados al sistema de justicia criminal (fiscales y policías) o la tortura practicada por miembros de Gendarmería, que preferentemente adopta la forma de castigo, suplicio o represión. Ambas formas están castigadas en el ordenamiento jurídico nacional y son distinguidas claramente en el artículo 150 A del Código Penal chileno a efectos de aplicarle distintas penas a quienes la practiquen (la tortura judicial o como herramienta procesal aparece como una forma agravada respecto de la tortura aplicada como castigo del inciso primero de dicha disposición).

El presente informe se centra en ambas clases de martirio, aunque coloca el foco sobre la tortura en el ámbito procesal, que ha experimentado ciertas variaciones dignas de análisis, luego de entrada en vigencia la reforma procesal penal. También es analizada la tortura que sufren

1 Para un interesante panorama histórico ver Michel Foucault, *Vigilar y Castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2ª Ed., 2008, Trad. Garzón, Aurelio, pp. 12-24 y 40-52.

2 "Suplicio", según Foucault, op. cit.

3 Hay quienes sostienen que solo esta segunda forma de tortura sería tal. Esta es la opinión de Edwards, según quien la tortura judicial es la única clase de tortura (Peter Edwards, "Torture", Filadelfia, *University of Pennsylvania Press*, 1996, p. 7) o Langbein, quien señala que "ningún castigo, sin importar cuán horrible sea, debería ser considerado como tortura", en John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, Chicago University Press, 2006, p. 3.

personas privadas de libertad, revisando casos relevantes y dando lugar a una especial reflexión dada su permanencia en el tiempo y el nulo enfrentamiento institucional que ha tenido por parte de las autoridades competentes.

PALABRAS CLAVES: Tortura, Tratos crueles e inhumanos, Abuso policial, Carabineros, Gendarmería, Investigaciones

INTRODUCCIÓN

Generalmente tendemos a creer que la tortura se da en circunstancias excepcionales y en un contexto histórico o social muy determinado. La asociamos principalmente a épocas de dictadura o gobiernos de facto, donde la libertad y las garantías de los ciudadanos son vulneradas sistemáticamente, y las agresiones físicas y psicológicas son prácticas institucionalizadas para amedrentar o neutralizar a los enemigos políticos. Se podría pensar que en el caso de Chile la tortura fue una práctica circunscrita únicamente a la dictadura militar. Lamentablemente esto no es así, porque la tortura no se da solamente en países donde existen dictaduras sino que también en aquellos donde orgullosamente se habla de una democracia. Por supuesto que el nivel de intensidad de la tortura es mucho mayor en dictaduras, pero eso no quita que en las democracias también esté presente, porque la tortura aparece como un recurso inherente al ejercicio de la fuerza estatal, que se utiliza tanto en tiempos de democracia como de dictadura. Por otra parte, así como la sociedad ha progresado en el ámbito de los derechos humanos, los métodos para amedrentar y amenazar a imputados a que confiesen, ya no se basan solamente en los métodos clásicos para infringir dolor, sino que también han evolucionado y se traducen en prácticas que pueden pasar desapercibidas.⁴

¿Qué sucede en Chile actualmente al respecto luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal? Esa pregunta es relevante, primero, porque uno de los objetivos que tuvo la reforma procesal penal fue el de limitar y controlar el uso de la fuerza estatal en el contexto de la persecución penal. El sistema inquisitivo se caracterizó –entre otras cosas– por tolerar en muchas ocasiones el abuso policial, por lo que es relevante saber si realmente ha habido un cambio o no con la llegada del sistema acusatorio. El segundo motivo de la importancia de esta pregunta es que Chile ha suscrito diversos tratados internacionales que

4 Por ejemplo, en Guantánamo, donde utilizaban la limitación de la asistencia médica para intimidar a los reclusos, negándoles sus prótesis de espalda o medicamentos para evitar la infección de heridas. Véase <http://ccrjustice.org>.

lo obligan a tomar una serie de medidas con el fin de prevenir y castigar cualquier forma de tortura, y el incumplimiento de esos acuerdos podría generar responsabilidad internacional y, consecuentemente, una serie de sanciones para nuestro país.

Este informe busca dar cuenta del estado de la tortura y otros tipos de tratos crueles, inhumanos y denigrantes en nuestro país desde el inicio de la reforma procesal penal, es decir, del año 2000 hasta el 2014. Específicamente, como primer objetivo, queremos explicar cuáles son las conductas de este tipo que los agentes del Estado ejecutan actualmente, bajo qué contextos, quiénes las cometen y si dichos actos generan o no consecuencias para sus responsables. Como segundo objetivo, intentaremos brindar un panorama acerca de cuáles son los problemas que presenta actualmente nuestra institucionalidad que podrían explicar que se produzcan actos de tortura y, en consecuencia, generar algún incumplimiento de parte del Estado de Chile respecto a las obligaciones internacionales que ha adquirido.

Para lograr los objetivos anteriormente planteados, utilizamos diversas fuentes de información. Primero, analizamos cifras y estadísticas públicas pero también de otras fuentes, entre otras cosas, sobre la cantidad de casos que llegan al sistema penal y cuál es el desenlace que tienen estos, ya sea cuando se trata de delitos de apremios ilegítimos tipificados tanto en el Código Penal como en el de Justicia Militar. En segundo lugar, analizamos una serie de sentencias condenatorias acumuladas desde el año 2000 al 2014, particularmente, de los delitos establecidos en los artículos 150 A y B del Código Penal, así como también de recursos de amparo que se han presentado en la materia. Tercero: analizamos una serie de casos cuya información fue proporcionada por instituciones, por personas entrevistadas o extraídas de artículos de medios de comunicación. Cuarto: se hizo una revisión exhaustiva de investigaciones empíricas, informes y estudios que dan cuenta de la situación de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en Chile. Quinto: realizamos 20 entrevistas semi-estructuradas a fiscales, defensores, jueces, miembros de ONG, académicos y otras instituciones. Este trabajo se dividirá en cinco secciones. La primera describe la normativa y jurisprudencia nacional e internacional vigente respecto a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. En la segunda se realizará un análisis acerca de los posibles cambios que se han vivido en la materia con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal. La tercera dará cuenta de los principales casos de tortura y otros tratos inhumanos y sus características, durante la vigencia de la reforma procesal penal. La cuarta sección describirá y explicará las principales deficiencias del sistema penal y, en general, las instituciones del Estado relacionadas con el

tema. La última analiza las recomendaciones que el Estado de Chile debe tomar en cuenta sobre la materia.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, UNCAT), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ (PIDCP), la Convención Europea (CEDH)⁶ y Americana de Derechos Humanos (CADH)⁷ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST)⁸, son tratados internacionales que establecen con claridad la prohibición absoluta de los Estados de ejecutar actos u omisiones que puedan constituir tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La UNCAT, en su artículo 1º, señala que se considera tortura: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. La UNCAT también exige a los Estados prohibir “en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.⁹

5 Artículo 7: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

6 Artículo 3: “Nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas inhumanos o degradantes”.

7 Artículo 5.2: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

8 Artículo 1: “Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”.

9 Artículo 16. Sin perjuicio de esto, la UNCAT no ofrece una definición de dichos actos, por lo que ha sido tarea de los diversos organismos internacionales intentar establecer un límite conceptual con la tortura. Mayor detalle puede verse en Comité contra la Tortura, *Observación General N°2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 2007, párr. 3.

Existe un acuerdo general de que para poder utilizar el concepto de tortura se deben cumplir varias condiciones.¹⁰ La más importante supone una generación intencional de dolor o de disminuir las capacidades de la víctima. Es preciso tomar en cuenta cuestiones objetivas, como, por ejemplo, el método utilizado, el fin, el contexto sociopolítico, etc., pero también subjetivas, como la edad, el sexo y la vulnerabilidad de la víctima. Por otra parte, debe tener una finalidad, es decir, que la conducta haya sido ejercida con algún determinado objetivo, no necesariamente del agente ejecutor, sino que relacionado con los intereses o políticas del Estado y sus órganos.¹¹ Además, para que el concepto sea bien utilizado a efectos de la legislación internacional, los actos de tortura deben ser ejecutados por un funcionario público o alguien actuando en ejercicio de sus funciones públicas.¹²

En caso de que falten algunos de los elementos exigidos para que la conducta sea constitutiva de tortura, de todas maneras se pueden configurar otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que podrían acarrear responsabilidad internacional. Ni los tratados internacionales ni los diversos organismos han definido lo que debe considerarse como tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino que más bien han dicho que es una cuestión que debe evaluarse caso a caso de acuerdo a las circunstancias concretas que se presenten.¹³ De todas maneras, se han establecido algunos criterios: la primera postura, asumida princi-

10 El desarrollo del contenido de los tratados ha estado a cargo de diversos organismos. Quienes interpretan las obligaciones del PIDCP y la UNCAT son el Comité de Derechos Humanos (CDH) y el Comité contra la Tortura (CAT), especialmente el último, quien supervisa la aplicación de la UNCAT, revisando y emitiendo informes, como también realizando investigaciones ante denuncias presentadas. Para efectos de la CIPST y la CADH, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han cumplido la labor de definir los alcances y límites en el contexto del sistema interamericano. Sin perjuicio de que la CIPST no establece que la CIDH sea el órgano encargado de supervisar su aplicación, de todas maneras la Corte extendió sus facultades a este tratado. La CIPST solo establece explícitamente la obligación de los Estados de presentar una serie de informes a la Comisión Interamericana. Para conocer más información, véase, Asociación contra la Tortura y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La tortura en el derecho internacional: Guía de Jurisprudencia*, Washington, 2008, pp. 11-13 y pp. 97-100.

11 En ese sentido, puede que para determinar la responsabilidad internacional en casos de tortura no sea relevante el “dolo” del agente que ejecuta la conducta, sino que –como ha señalado la Corte Interamericana– “Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”. Véase Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1982, párr. 175.

12 Asociación contra la Tortura y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, op.cit., p. 14. Cabe destacar que en el caso del PIDCP se ha matizado este requisito al extender la responsabilidad de protección de parte del Estado inclusive a “título privado”, siempre y cuando las políticas legislativas y de otra índole no sean efectivas o simplemente no existan. Véase Comité de los Derechos Humanos, *Observación General No. 20, Comentarios generales, Artículo 7. Prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 1992, párr. 2.

13 Comité contra la Tortura, *Observación General N°2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, 2007, párr. 3. Cabe destacar que la distinción, al menos para efectos de la aplicación de la UNCAT, si tiene relevancia ya que existe una serie de obligaciones sólo exigibles en casos de tortura.

palmente por los comités y la Corte Europea de Derechos Humanos, establece que el factor crucial debe ser la intensidad del sufrimiento o el dolor generado a la víctima. En consecuencia, si el sufrimiento alcanza una intensidad grave, debe calificarse como tortura. La otra postura, señala que el factor principal debe ser el propósito del acto u omisión y la indefensión de la víctima. Así, y simplificando, cuando la víctima no se encuentra limitada o privada de libertad (en un sentido amplio), no podrá calificarse nunca como tortura la agresión desproporcionada. En cambio, si está privada de libertad, dependerá del tipo de sufrimiento y del objetivo del victimario que el acto pueda calificarse como tortura o como otro tipo de acto inhumano y degradante.¹⁴ Los instrumentos internacionales, más allá de prevenir, como en todo tratado, que se susciten este tipo de conductas, establecen una serie de obligaciones para los Estados Parte. Particularmente, y entre otras, los Estados tienen el deber de investigar las denuncias de tortura o trato cruel, inhumano o degradante,¹⁵ de sancionar y de hacer cumplir leyes que criminalicen la tortura,¹⁶ de excluir declaraciones obtenidas mediante tortura u otros malos tratos,¹⁷ de capacitar al personal y de ofrecer garantías procesales¹⁸ y el deber de otorgar una reparación y de compensar a las víctimas.¹⁹ Por supuesto, existen mayores precisiones respecto a las obligaciones y la aplicación de las mismas, especialmente por parte de los organismos internacionales que se encargan de fiscalizar el cumplimiento de estos deberes y, cuando corresponda, de recomendar penas o sancionar su incumplimiento.

Cabe agregar que también se encuentra ratificado –desde el año 2009– el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, acordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁰, que tuvo por objetivo institucionalizar y regular un sistema de visitas internacionales y nacionales para prevenir estos delitos. Se creó, entonces, un Subcomité contra la tortura y se estableció un mandato para que cada Estado regule un mecanismo nacional de prevención.

14 Todo lo anterior en Manfred Nowak, "The Distinction Between Torture and Cruel, Inhuman or Degrading Treatment", *Torture*, Vol. 16, N°3, 2006, pp. 150 y 151.

15 Artículo 12, UNCAT.

16 Artículo 4, UNCAT; Artículo 2, PIDCP.

17 Artículo 15, UNCAT; Artículo 14.3.g, PIDCP.

18 Artículo 10, UNCAT; Artículo 10, PIDCP.

19 Artículo 14, UNCAT; Artículo 2.3, PIDCP.

20 Fue aprobada el 18 de diciembre de 2002, pero entró en vigencia el 22 de junio de 2006. Anteriormente, Chile ratificó la UNCAT en el año 1988. Eso sí, no lo hizo plena ni integralmente, ya que adoptó una serie de reservas a ciertos artículos, especialmente aquellos relacionados a las sanciones del legislador internacional. Finalmente, estas reservas fueron retiradas por el Decreto 39 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 13 de marzo de 1991.

2. LA TORTURA Y LA VIOLENCIA POLICIAL EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA PROCESAL

2.1. La llegada de la reforma procesal penal: cambio de paradigma

La reforma procesal penal cambió radicalmente nuestro sistema de justicia criminal. Entre las múltiples modificaciones realizadas incorporó una serie de lógicas e ideas acerca de cómo debiera concebirse y funcionar la justicia penal en un país moderno y democrático.

Además de mejorar la eficacia de la persecución penal, uno de los diversos objetivos perseguidos fue establecer y brindar una real protección a las garantías constitucionales –y a los tratados internacionales de las cuales son titulares los imputados– las cuales se habían visto vulneradas sistemáticamente durante la vigencia del sistema inquisitivo en nuestro país.²¹ Particularmente grave fue la vulneración de los derechos a la integridad física y psicológica de los imputados, a través de la utilización sistemática de la violencia durante la dictadura militar y los años 90. Existía una institucionalización de los apremios ilegítimos sobre los acusados, no sólo para lograr confesiones, sino también como una forma de ejercer legítimamente la fuerza estatal.²² El sistema en la época del régimen de facto no solo permitía que se aplicara la tortura, sino que, además, se beneficiaba de ella.²³

El nuevo sistema fue diseñado de manera tal de establecer estructuralmente una serie de mecanismos para controlar y limitar el ejercicio de la fuerza estatal.²⁴ Por una parte, se dividieron las labores de investigación y juzgamiento, dejando la primera al Ministerio Público y la segunda al Poder Judicial. En esta última institución se creó la figura especial del “juez de garantía”, quien es el encargado de controlar la actividad investigativa ejercida por las agencias de persecución. Con esas medidas no solamente se liberaron recursos para prestar atención a la investigación, sino que, además, se resolvió el problema de la falta de imparcialidad que implicaba ejercer la persecución penal y el juzgamiento de los casos al mismo tiempo. Se creó el Ministerio Público para que se encargara de la persecución y de ejercer la acción penal y, con ello, también fiscalizar la labor que ejercen las policías, que se encuentran subordinadas al Ministerio al menos en el ámbito investigativo. Además, se reguló explícitamente un catálogo de garantías para cautelar la libertad y el derecho a la defensa del imputado, junto con

21 Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 101 y ss. Véase *Informe 2003*, pp. 13 y ss.

22 Para ese periodo véase *Informe 2014*, pp. 21 – 62. En cuanto al proceso de “transición a la democracia”, véase Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia y Derecho Internacional, *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)*, Santiago, 2002, pp. 18 y ss. También *Informe 2003*, pp. 107 y ss.

23 Esta es una idea general sobre el sistema inquisitivo. Véase Alberto Binder, *Ideas y materias para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires, Editorial Ad hoc, 2000, pp. 22 y 23.

24 Duce y Riego, op.cit., p.117.

crear una institución especializada²⁵ –la Defensoría Penal Pública– en brindar asesoría jurídica y velar por el cumplimiento de estas garantías.²⁶

En ese sentido, la evidencia disponible muestra que hubo algún impacto en las prácticas llevadas a cabo por las policías (Carabineros y PDI). En un estudio realizado el 2002 por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), se señala que la reforma procesal penal “habría representado una mejora substantiva respecto a la vigencia de la garantía a la integridad física de los imputados”.²⁷ En idéntica línea, el *Informe 2003* señaló que “Los apremios ejercidos por la policía, de acuerdo a todos los antecedentes disponibles, han sufrido una importante disminución con la implementación del nuevo sistema procesal penal (...)”.²⁸

Lo mismo se sostuvo en una evaluación de la reforma realizada el 2006 por Baytelman y Duce, quienes sostuvieron –a partir de entrevistas realizadas y evidencia anterior recopilada– que “el funcionamiento del nuevo sistema habría tenido aparentemente un impacto en la disminución de atentados graves en contra de la integridad física y psíquica de los detenidos, y de los abusos policiales”.²⁹

Los estudios anteriormente mencionados concuerdan en que no existen o son relativamente bajas las denuncias de casos de tortura “dura”, como la aplicación de corriente eléctrica o la asfixia por inmersión o a través de otros medios.³⁰ De todas maneras, no fue erradicado completamente el problema, ya que se mantuvieron fenómenos –eso sí, menos graves– de violencia policial, como golpes, “cachetazos”, “palmetazos” y apremios psicológicos, sobre todo en el contexto de las detenciones (carros y recintos policiales).³¹

25 Para un resumen de las garantías, véase Alex Carocca y otros, “Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal”, en *Nuevo Proceso Penal*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2000, pp. 31-99.

26 Todas estas ideas también están explicitadas y sistematizadas en Asociación contra la Tortura y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, op.cit., pp. 51 y 52.

27 Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia y Derecho Internacional, op.cit., pp. 55 y 56.

28 *Informe 2003*, p. 43. También se señala lo mismo en *Informe 2002*, p. 160.

29 Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*, Santiago, Universidad Diego Portales y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2002, p. 151.

30 *Informe 2003*, pp. 44-46; Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia y Derecho Internacional, op.cit., p. 56; Baytelman y Duce, op.cit., pp. 152 y 153. También Baytelman en una evaluación que realizó el 2002 sobre el estado de la reforma procesal penal, constató –respecto a la prohibición de ejercer algún tipo de coerción o forzamiento– un avance, especialmente en la disminución de apremios ilegítimos en el contexto de la declaración del imputado. Andrés Baytelman, *Evaluación de la Reforma Procesal Chilena*, Santiago, Universidad Diego Portales y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2002, p. 87.

31 *Informe 2003*, pp. 44-46; Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia y Derecho Internacional, op.cit., p.56; Baytelman y Duce, op.cit., pp. 152 y 153.

Cabe destacar que esta aparente disminución no se constató inmediatamente con la entrada en vigencia del nuevo sistema en nuestro país. Diversos estudios muestran que al inicio siguieron produciéndose denuncias y reclamos por malos tratos y conductas violentas de parte de las policías, pero la percepción es que fueron disminuyendo en intensidad a medida que empezó a operar la nueva Reforma Procesal Penal.³²

Este cambio paulatino fue confirmado por las declaraciones de las personas que entrevistamos. Por ejemplo, un juez nos señaló que: “previo a la reforma procesal penal, o sea previo al año 2000 uno tenía la percepción de que la tortura era un instrumento utilizado masivamente para obtener confesiones dentro del proceso penal (...) Cuando comienza la reforma procesal penal en las regiones en que me tocó estar, la primera aproximación fue de un constante reclamo de parte de los imputados respecto al trato recibido... eso era muy frecuente en las primeras audiencias... ahí se comenzaron a tomar medidas como pedir informes a la policía, tomarle fotografías a los imputados, mandar los antecedentes a la Fiscalía Militar en un primer momento y luego al Ministerio Público... eso hizo que bajaran la intensidad de los reclamos sobre tortura...”. Por su parte una fiscal opinó al respecto: “yo creo que la llegada de la reforma procesal implicó un cambio cultural en las policías... sobre todo en las primeras regiones... en ese momento las detenciones nos eran informadas de inmediato, en las ciudades pequeñas eran menos los detenidos, nos constituíamos en los lugares de detención”. Una jueza señala, sobre el mismo aspecto, que la tortura “ya no es tan grosera como antes, yo tuve casos (como juez del crimen) donde existían herramientas para sacarles la confesión a los detenidos... pero sí es más sutil”.

¿Por qué se produjo esta disminución de los casos de apremios ilegítimos? Varios factores podrían haber operado como un desincentivo para las agencias policiales:

a) Poca relevancia de la confesión: El inciso 3 del artículo 340 del Código Procesal Penal señala explícitamente que “No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”, con lo cual determina que la confesión –que era un elemento vital para acusar y condenar a un acusado– ya no posee la misma relevancia.

b) Mayores y mejores controles: los entrevistados señalan que un factor determinante fue el establecimiento de controles para prevenir y sancionar este tipo de conductas. Como nos señaló un fiscal: “ahora las policías tienen menos espacio de discrecionalidad”. Pero, principalmente, lo que provocó un gran impacto fue el control judicial realizado a la detención del imputado, con mayor inmediatez y justificación

32 Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia y Derecho Internacional, op.cit., p. 57; Baytelman y Duce, op.cit, 153. Lo anterior puede explicarse porque las agencias policiales comenzaron a darse cuenta de las consecuencias y del control que existía, pero también podría tener como explicación que aprendieron a ejecutarlas de manera subrepticia en este nuevo contexto.

que en el sistema inquisitivo. Por una parte, en el sistema anterior el imputado podía estar privado de libertad 5 días –sin mayores justificaciones– hasta que se decidiera el futuro del caso, lo cual cambió radicalmente en el nuevo sistema.³³ Por otra, la policía ahora cuenta con mayores supervisiones y filtros. En primer lugar, debe dar cuenta al fiscal de las razones de la detención, ya que es él quien decide si el imputado debe ser puesto a disposición del tribunal.³⁴ Cabe sumar a ello que en un principio los fiscales se constituían personalmente en los lugares de detención. En segundo lugar, los detalles de la detención serán revisados en una audiencia por un juez, quién tiene el deber de verificar que se haya practicado dentro del ámbito de facultades que permite la ley. En tercer lugar, el imputado tiene la posibilidad de ejercer una serie de derechos, principalmente, porque tiene a un defensor que lo asesora jurídicamente para ello y que reclamará ante eventuales agresiones policiales.³⁵ A esto se suma la obligatoriedad de la realización de exámenes físicos a los detenidos en algún servicio de salud para verificar que no hayan sufrido abusos durante la detención.

c) Sanciones: Otro punto relevante en la disminución de los casos de tortura son las consecuencias judiciales que se pueden producir ante el mal accionar policial, ya sea por las eventuales sanciones procesales, administrativas e incluso penales que puede acarrear la aplicación de apremios ilícitos con los detenidos. En numerosas ocasiones se ha declarado ilegal la detención producto de los apremios provocados y se iniciaron investigaciones penales o administrativas por este motivo.³⁶ Como nos señala un juez de garantía: “Se empezaron a tomar medidas contra los policías, como por ejemplo, oficiar a las policías para solicitarles explicaciones, tomarles fotografías a los imputados, enviar los antecedentes en un principio a la Fiscalía Militar en un primer momento, luego al Ministerio Público... eso por tanto, bajó bastante la intensidad de los reclamos, yo diría que muy poco después uno tenía la percepción de que tener un juez a las 24 horas siguientes tomando medidas significó un cambio relevante”. Un fiscal agrega: “que les denunciara en la audiencia, el mismo tipo que había sido detenido por un delito flagrante, que fue víctima de malos tratos por Carabineros, con lesiones leves o menos graves, sorprendía a los funcionarios cuando se daba curso a una investigación generalmente, y no en la fiscalía, sino

33 Ahora, en menos de 24 horas debe ser puesto en a disposición de los tribunales.

34 Baytelman y Duce, op.cit., p. 153.

35 También en Baytelman y Duce, op.cit., p. 152.

36 La sensación de que se estaba controlando este tipo de situaciones y, particularmente con esta clase de medidas, también se encuentra constatado en Andrés Ritter y Dettlec Achhammer, *Evaluación de la reforma procesal penal chilena desde la perspectiva del sistema alemán*, Santiago, Sociedad Alemana de Cooperación, 2003, p. 28. También se describe una inhibición policial general debido a los controles y sanciones que se establecieron en Alejandra Mohor, *El Nuevo Procedimiento Penal en Chile. Una aproximación empírica desde la Seguridad Ciudadana*, Santiago, Ril Editores, 2007, pp. 69 y 70.

que en su propio sistema de sumarios internos o administrativos... entonces era sorpresivo que bastara la mera denuncia del imputado como para que los mecanismos comenzaran a funcionar”.³⁷

2.2. El resurgimiento de la tortura en el sistema reformado

Lo que muestra la información disponible es que los fenómenos de tortura son cíclicos y existen etapas en que –por una diversidad de factores– hay una disminución en la cantidad y la intensidad de los episodios. Eso sucedió con la llegada de la reforma, pero, lamentablemente, la tortura es un hecho que siempre se encuentra presente y es casi imposible de erradicar por completo.

Luego de transcurridos unos años desde la entrada en vigencia de la Reforma, la situación cambió. Según los entrevistados, comenzaron a vivirse episodios de tortura y violencia policial con mayor frecuencia y, en algunos casos, con mayor gravedad. La percepción de los entrevistados es que, por una parte, comenzaron a presentarse mayores reclamos de imputados que acusan ser víctimas de golpes y malos tratos, pero también de casos donde derechamente se ejecutaron actos graves de violencia física para conseguir información o simplemente como una forma de “castigo”.³⁸

Respecto a este aumento una fiscal entrevistada señala: “Mi apreciación es que ha aumentado el número de ingresos de casos de violencia en ocasión de las detenciones, tendería a pensar desde el 2010”. Una jueza, por su parte, opina que “antes la policía se preocupó porque era un cambio nuevo... ahora se ha ido relajando con el paso de los años de la reforma”.³⁹ Otro fiscal señala que “al principio estaba muy claro en las policías que habían cambiado las reglas del juego y no se podía hacer lo mismo que antes. Tengo mis dudas de cuánto eso se ha mantenido en el tiempo, y eso te lo digo por los casos en que ha tocado iniciar investigación de oficio para poder indagar esto (casos de violencia con los detenidos)”. Un juez agrega que “comenzó aumentar considerablemente el número de denuncias de maltratos en los recintos policiales. Esto se ve en las audiencias de control de detención donde hay más gente que reclama y más gente golpeada”.⁴⁰

Lo señalado por las autoridades del Poder Judicial entrevistadas tiene su correlato en las estadísticas del Ministerio Público, si es que evaluamos el nivel de ingresos y condenas por el delito de tortura que regula el Código Penal. Veamos la siguiente tabla:

37 Entrevista a fiscal, 17 de marzo de 2015.

38 Esto ya era advertido en *Informe 2005*, p. 188. De manera algo más incipiente en *Informe 2004*, pp. 160 y ss. También lo advirtió el Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte, Andrés Montes, en la cuenta anual del año 2014: *La Tercera*: “Cuenta pública de fiscalía: Centro Norte advierte por casos de tortura”, 24 de enero de 2014.

39 Entrevista a fiscal, 19 de marzo de 2015.

40 Entrevista a juez de garantía, 19 de marzo de 2015.

Tabla 1: Causas Ingresadas Periodo 2006-2014⁴¹

Delito	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Tormentos y apremios ilegítimos (Artículo 150 A Código Penal)	13	35	63	64	59	106	122	137	186	785
Tormentos y apremios ilegítimos (Artículo 150 B Código Penal)	1	4	5	3	8	3	10	9	18	61
Total	14	39	68	67	67	109	132	146	204	846
%	1,66	4,64	8,09	7,97	7,26	12,9	15,7	17,38	24,28	100

Fuente: Elaboración propia

Si tomamos solamente las cifras desde el año 2006 –cuando entró en vigencia la Reforma Procesal Penal en todo el país– se puede apreciar que al 2014 aumentaron casi 14 veces los ingresos.⁴² Si bien la cifra negra sigue siendo bastante alta, es evidente que al menos al sistema están llegando más denuncias.

Cabe sumar que el término de casos también ha ido aumentando, si solo tomamos las cifras de 2007 al 2014 vemos un aumento de un 88,6%:

Tabla 2: Término de casos Periodo 2006 - 2014⁴³

Delito	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Tormentos y apremios ilegítimos (Artículo 150 A Código Penal)	0	36	74	109	109	281	155	203	283	1.250
Tormentos y apremios ilegítimos (Artículo 150 B Código Penal)	0	2	7	10	14	5	9	25	53	125
Total	0	38	81	119	123	286	164	228	336	1.375
%	0	2,76	5,89	8,65	8,94	20,8	11,92	16,58	24,43	100

Fuente: Elaboración propia

41 La tabla está construida en base a información entregada por el Ministerio Público el 6 de abril de 2015, a través de la Ley 20.085 sobre Acceso a la Información Pública.

42 Podría argumentarse que el 2006 recién estaba entrando en vigencia el sistema, por eso había pocos casos. Si bien es un factor a considerar, el punto es que la tendencia ha sido al alza, inclusive ya desde 2009 (dos años después de la vigencia completa) donde al 2014 se llega al doble.

43 La tabla está construida en base a información entregada por el Ministerio Público, el día 6 de abril de 2015, a través de la Ley 20.085 sobre Acceso a la Información Pública.

Algo similar puede apreciarse en las denuncias por “violencias innecesarias” del Código de Justicia Militar que ingresan a la justicia militar. Si revisamos el número de denuncias desde el año 2004 a 2011 podremos apreciar un aumento de casi 3 veces:⁴⁴

Tabla 3: Número de denuncias presentadas a la justicia militar por el delito de violencias innecesarias

Año	Nº de denuncias
2004	675
2005	875
2006	1521
2007	1584
2008	1548
2009	1609
2010	1605
2011	1797
Total	11214

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del estudio del Instituto Nacional de Derechos humanos, Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo de Chile: análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de la Araucanía, Santiago, 2014.

Respecto a la gravedad de estos hechos, los entrevistados señalan que la regla general—ahora en mayor cantidad—siguen siendo las agresiones físicas leves o de mediana gravedad luego de la detención.⁴⁵ Una jueza nos comenta que “el abuso se produce más en el trato, un maltrato que no sólo es físico sino que también de palabra... como se le pone la esposa, se le empuja... es más sutil... pero muy masivo”. Un fiscal agregó que “no son en general situaciones de grandes agresiones físicas, como poner electricidad, sino que muchas veces tiene que ver con un tipo de maltrato no tan intenso”.⁴⁶ Un juez indica que “las agresiones leves son sistemáticas, forman parte de la cultura. Las más graves las hay, pero excepcionalmente”.⁴⁷ Otro fiscal complementa lo anterior: “los maltratos menos graves siguen siendo una cuestión general. Forma

44 Más información en Instituto de Derechos Humanos, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo de Chile: análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de la Araucanía*, Santiago, Instituto de Derechos Humanos, 2014, pp. 63 y ss.

45 En ese sentido, algo relevante de aclarar es que varios entrevistados distinguieron entre dos tipos de agresiones. Cuando la violencia se da en el momento en que se está deteniendo al imputado y, en ese caso, se puede constatar que hubo un exceso de fuerza y se realiza la investigación respectiva, pero por un delito de lesiones u otro similar. En cambio, el contexto de tortura se tiende a dar una vez que el imputado se encuentra detenido por las policías, ya sea cuando se encuentra reducido, en un vehículo o en un recinto policial, etc.

46 Entrevista a fiscal, 17 de marzo de 2015.

47 Entrevista a jueza de garantía, 7 de abril de 2015.

parte de la cultura que al imputado se le trate mal, con algún tipo de golpe (...) cuesta sacarlo de la cultura policial. Sigue siendo masivo”.⁴⁸

Según algunos fiscales, lo anterior suele darse con mayor frecuencia con la delincuencia más común, donde las principales víctimas son imputados reincidentes y, por tanto, la policía tiende a ser más violenta con ellos ya que –en general– cumplirán penas muy cortas o terminarán libres luego de la audiencia. Los entrevistados se refieren, por lo general, a golpes y patadas que no dejan huellas visibles hasta agresiones que producen hematomas en diferentes partes del cuerpo, entre otras cosas.

Pero donde sí ha habido un incremento, según los entrevistados, es en la intensidad y la gravedad de las conductas que los operadores llaman “tortura dura”.⁴⁹ Se trata, por lo general, de agresiones físicas con lesiones graves, como fracturas y rompimiento de piezas dentales, etc., que se realizan en contextos de privación de libertad y que –en su mayoría– no son controladas judicialmente por otra institución.

Los casos de violencia excesiva y tortura tienden a concentrarse en grupos vulnerables como los menores de edad o en contextos de vulnerabilidad, como en las protestas sociales, en las cárceles, en zonas relacionadas con el “conflicto mapuche” y también en pasos fronterizos sobre los inmigrantes.⁵⁰

Si bien más adelante precisaremos y describiremos con mayor detalle estos casos, la pregunta inmediata es la siguiente: ¿Qué pasó para que aumentara la frecuencia y gravedad de la tortura? Los entrevistados brindan algunas pistas.

Un primer factor a considerar es que a partir del año 2007 el sistema de justicia criminal comenzó a sufrir importantes críticas de parte de diversos sectores políticos y grupos ciudadanos, bajo la premisa de que el sistema judicial era muy “blando” con los delincuentes, ya que quedaban casi inmediatamente en libertad y sin sanción o con una pena muy baja. Empezó a predominar la percepción de que solo las policías estaban haciendo algo contra la delincuencia, mientras que los jueces solamente se dedicaban a liberar a los imputados. Esa sensación de impunidad llevó al Gobierno de ese entonces a presentar un proyecto de ley denominado “Agenda Corta Antidelincuencia” (Ley 20.253 del año 2008) la cual, entre otras cosas, le concedió mayores atribuciones a la policía en el contexto de la detención de los imputados y, al mismo tiempo, limitó ciertas atribuciones de los jueces de garantía.⁵¹ Este contexto político social,

48 Entrevista a fiscal, 8 de abril de 2015.

49 Entre otros, fiscales entrevistados, 17 y 19 de marzo de 2015, y 8 de abril de 2015. También jueces entrevistados el 17 de marzo y 7 de abril del mismo año.

50 Más adelante se dedicará un espacio para explicar y profundizar en cada uno de los grupos o escenarios mencionados.

51 Entre otras cosas, esta ley redefinió las hipótesis de control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, aclarando su vínculo con la flagrancia, y también amplió esta última a un tiempo de 12 horas contadas desde la detención en determinadas causales del artículo 129 del cuerpo legal anteriormente citado. Para conocer una visión crítica de la “agenda corta”, véase Héctor Hernández, *La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre*

según los entrevistados, se tradujo en un apoyo político⁵² y ciudadano⁵³ importante a las policías, organismos que se sintieron empoderados para ejecutar su labor. Esta “confianza”, comentan los entrevistados, llevó a que, en muchas ocasiones, hicieran uso de sus atribuciones de forma excesiva o arbitraria. Como comenta un juez: “yo tengo la impresión que fue en la época de la agenda corta, donde hubo un reclamo muy masivo de los medios de comunicación y la comunidad respecto al ejercicio cautelar, donde los policías estaban siendo extremadamente bien evaluados por la opinión pública, y donde finalmente el Ministerio del Interior cedió frente al accionar policial, y convidaron a los policías a actuar en forma más drástica. Ahí tengo la impresión de que empezaron a aumentar los reclamos por maltratos en los cuarteles policiales”⁵⁴.

Lo anterior se explica, en parte, porque el “mal actuar policial”, como, por ejemplo, ejercer violencia excesiva sobre un imputado, no tenía una consecuencia inmediata en el proceso. Si la detención era declarada ilegal, la ley le permitía al fiscal –sin perjuicio de lo anterior– formalizar y solicitar medidas cautelares. A su vez, la policía disponía de un mayor tiempo para constituir la flagrancia, con lo cual conseguía tener, dentro de su ámbito de facultades, un mayor tiempo de discrecionalidad con los detenidos. Comenta un juez entrevistado: “Hubo un desprestigio de la función cautelar (...) aunque uno declarara la detención ilegal, daba un poco lo mismo...”. Cabe sumar a lo anterior que, aunque el accionar policial tuviera alguna consecuencia en el proceso, los gobiernos desde esa época han brindado un fuerte respaldo político a las policías en la ejecución de sus labores, lo cual se ha traducido en que sean bajas las posibilidades de que pueda producirse algún tipo de sanción frente a un abuso en sus funciones. Lo ratifica un juez entrevistado: “los sumarios administrativos no tenía ningún resultado, junto a que el Ministerio Público no estaba investigando este tipo de cosas (...) en la Fiscalía Militar generalmente también morían los asuntos”⁵⁵. Otra jueza es categórica al respecto: “todo esto se ha relajado porque no se investiga”⁵⁶.

Una fiscal, en torno a la materia, señala que también ha disminuido la posibilidad de los fiscales de realizar una fiscalización eficiente. Las principales causas son la falta de recursos, el hecho de que los fiscales ya no se pueden constituir en los lugares de detención, y la poca atención

las medidas cautelares y el régimen de exclusión de prueba, Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública n°3, 2006, pp. 26 y ss.

- 52 Las modificaciones legales estaban impulsadas por un acuerdo político transversal entre el gobierno y la Alianza. Para conocer el acuerdo, véase “Acuerdo Político Legislativo en Materia de Seguridad Ciudadana”, 2007, disponible en <http://www.intendencialoslagos.gov.cl>.
- 53 Por ejemplo, en el año 2008 la Encuesta Nacional de Opinión Pública, del Centro de Estudios de Opinión Pública de la Universidad de Chile, erigía a Carabineros como la institución que más confianza genera en la ciudadanía, con un 63% de las preferencias.
- 54 Entrevista juez de garantía, 17 de marzo de 2015.
- 55 Entrevista juez de garantía, 17 de marzo de 2015.
- 56 Entrevista jueza de garantía, 8 de abril de 2015.

que se le presta al tema. Así describió un fiscal la situación: “Los fiscales no somos muy activos en cuanto a controlar la actividad policial, no vamos a las unidades policiales, no estamos encima de los procedimientos, dejamos en la policía el manejo del detenido y confiamos en lo que ellos nos dicen. Esto tiene múltiples razones, entre falta de recursos y fiscales que creen que no es parte de su función”.⁵⁷

Esta situación anómala se agravó con las protestas sociales que comenzaron a vivirse en nuestro país. Tal como nos señala una fiscal entrevistada: “Ahí hubo un aumento considerable de denuncias por abusos policiales; de hecho en nuestra fiscalía nosotros mantenemos algunas causas de funcionarios, especialmente de la PDI, formalizados por apremios ilegítimos sobre estudiantes en el contexto de las marchas estudiantiles”. Un juez nos comentó al respecto: “Todo esto recrudeció con las marchas sociales o protestas estudiantiles...uno tiene la sensación de que uno va a las audiencias de control donde más gente reclama, donde más gente es golpeada”.⁵⁸

Se ha podido apreciar que las protestas sociales realizadas en espacios públicos han generado conflictos que desembocan, en numerosas ocasiones, en el ejercicio de la violencia física por parte de las policías sobre los ciudadanos que se manifiestan. En algunos casos se trata de utilización desproporcionada de la fuerza para lograr la detención, pero también de excesos contra personas que se encuentran ya detenidas, ya sea en los carros o los cuarteles policiales.

La situación descrita no corresponde solo a una percepción de los entrevistados, sino que también ha sido ratificada por diversas instituciones que velan por el respeto de los derechos humanos. Por una parte, el INDH en el informe de su Programa de Derechos Humanos y Función Policial del año 2012⁵⁹ constata una serie de apremios ilegítimos sobre personas detenidas. Igual situación consta en el Informe de Derechos Humanos del año 2011 en su capítulo sobre Derecho a la Manifestación.⁶⁰ En el mismo sentido, ediciones anteriores de este *Informe*, especialmente las de los años 2010⁶¹, 2012⁶² y 2013⁶³, se refieren a este tema. Lo mismo denunciaron otras instituciones como Amnistía Internacional⁶⁴ y Human Rights.⁶⁵

57 Entrevista a fiscal, 19 de marzo de 2015.

58 Entrevista a fiscal, 20 de marzo de 2015.

59 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial*, 2012, pp. 19 y ss. También en Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*, 2011, Santiago, pp. 76 y ss.

60 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2011, pp. 76 y ss.

61 *Informe 2011*, pp. 55 y ss.

62 *Informe 2012*, pp. 253 y ss.

63 *Informe 2013*, pp. 223 y ss.

64 Amnistía Internacional, *Informe 2014-2015. Situación de los derechos humanos en el mundo*, pp. 120 y 121.

65 Human Rights Watch, *Resumen de país. Chile*, 2014, pp. 1 y 2.

Todo lo anterior ha sido refrendado por otros organismos internacionales encargados de velar por el cumplimiento de los derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos señaló el 2007 que “observa con preocupación que continúan dándose casos de malos tratos de parte de las fuerzas del orden, principalmente al momento de efectuar la detención y, en contra de las personas más vulnerables, incluyendo a las más pobres (Artículo 7 y 26 del Pacto)”.⁶⁶ En el mismo sentido, el Comité contra la Tortura en 2009, señaló que “Al Comité le preocupa que sigan recibiendo alegaciones de delitos graves cometidos por agentes policiales en el desarrollo de sus funciones y lamenta las restricciones legales a la publicidad de tales actos en la actualidad, lo cual contribuye a que esos delitos permanezcan impunes (arts. 2 y 12)”.⁶⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), también expresó “su preocupación por los graves hechos de violencia ocurridos durante las manifestaciones estudiantiles llevadas a cabo en Chile, el jueves 4 de agosto, que habrían significado la detención y uso desproporcionado de fuerza en contra de centenares de manifestantes, entre ellos estudiantes secundarios y universitarios”.⁶⁸ Este escenario sigue siendo colocado en evidencia en el ámbito internacional, especialmente por el Comité de Derechos Humanos: “El Comité observa con preocupación que siguen dándose denuncias de torturas y malos tratos por parte de funcionarios del Estado. En particular, al Comité le preocupa el excesivo uso de la fuerza en el marco de protestas ciudadanas, así como casos de tortura durante el traslado y detención de personas, incluidas denuncias de violencia sexual policial en contra de niñas y mujeres, en el contexto de protestas estudiantiles (art. 7)”.⁶⁹

3. TORTURA SOBRE GRUPOS VULNERABLES O EN CONTEXTOS DE VULNERABILIDAD: REVISIÓN DE ALGUNOS CASOS

A continuación describiremos algunos casos que dan cuenta de hechos de tortura y/u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Cabe señalar que parte de las afirmaciones y conclusiones que se realizan en el presente apartado del capítulo, se hacen sobre la base de una revisión de fallos de tribunales nacionales. La muestra se construyó a partir de

66 Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo del Artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales (Chile)*, 17 de abril de 2007. También manifestó su preocupación el Comité de Derechos del Niño, *Informe de 44º periodo de sesiones*, 23 de abril del 2007.

67 Comité contra la Tortura, *Informe 42º periodo de sesiones*, 27 de abril al 15 de mayo de 2009.

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Comunicado de prensa sobre violencia contra protestas estudiantiles en Chile*, 6 de agosto de 2011.

69 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, 13 de agosto de 2014.

una base de datos facilitada gentilmente por la Unidad de Estudios de la Corte Suprema. A dicha Unidad se le solicitó acceso a las sentencias definitivas, sean absolutorias o condenatorias, dictadas desde el año 2000 a 2014 por juzgados de garantías o tribunales orales en lo penal, vinculadas a casos de delitos del artículo 150 letra A y B del Código Penal. Adicionalmente, se complementó esta información con fallos obtenidos en bases de datos de jurisprudencia, tales como la base de Microjuris y Legal Publishing. Las afirmaciones vertidas, en base a la documentación anterior, no pretenden ser absolutas ni tener valor estadístico, pues la base de datos no es exhaustiva ni representa la totalidad de los fallos existentes sobre la materia. De todas formas, representan una muestra amplia, construida utilizando varios métodos de búsqueda. En algunos casos se complementa la información presentada con noticias de diversos medios de prensa y otras fuentes.

3.1. Tortura en cárceles chilenas

Un número relevante de los fallos analizados dice relación con hechos ocurridos en cárceles y perpetrados por funcionarios de Gendarmería. Un porcentaje cercano al 50% se refiere a conductas constitutivas del delito de torturas practicadas al interior de recintos penitenciarios y ejecutadas por personal de Gendarmería. Las prácticas se ejercen a veces en contra de un grupo,⁷⁰ así como también respecto de individuos aislados.⁷¹ Un ejemplo de esto último, es el caso de Wilson Salazar Alarcón, quien, al ser recibido en el centro de cumplimiento penitenciario de Lautaro (proveniente de la unidad penal de Nueva Imperial) fue golpeado por el Alcaide del recinto, tras lo cual, por orden de la referida autoridad, se le cortaron con tijeras comunes –y sin ninguna clase de asistencia médica– los hilos con los que el interno había cosido sus labios en señal de protesta. No se dio por suficientemente probado el hecho de que el interno luego fue desnudado y devuelto ante la presencia del Alcaide, quien lo habría golpeado nuevamente en diversas partes del cuerpo. Los hechos que sí se dieron por probados, no se estimaron como suficientes para calificar el hecho como constitutivo de delito (de acuerdo al Art. 150 A) al no haberle ocasionado dolor o sufrimiento “grave” a la víctima y, sí en cambio, fue calificado como delito de vejación injusta tipificado en el Art. 255 del Código Penal.⁷²

70 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, 23 de diciembre de 2011, Ruc.: 1010012440-3.

71 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Temuco, 5 de Septiembre de 2006, Ruc. 0400385328-k; Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 16 de Mayo de 2011, Ruc.:1001140920-8; Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0.

72 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Temuco, 5 de Septiembre de 2006, Ruc. 0400385328-k.

Las prácticas ejecutadas en estos contextos incluyen golpes en varios lugares del cuerpo, encierro, hacer que los internos se desnuden, mojarlos con agua helada y dejarlos por horas en condiciones climáticas adversas,⁷³ además del encierro en celdas de castigo o aislamiento.⁷⁴ Un factor a destacar, es que, en su mayoría, las prácticas de tortura no se perpetran de manera aislada por parte de un funcionario, sino que lo usual es que intervenga más de un funcionario.⁷⁵ Esto nos permite constatar que no se trata de hechos o prácticas ejecutadas de manera aislada por individuos particulares que se exceden en sus facultades, sino que existe un concierto, una actitud tolerante, incluso una cierta cultura de apremios ilegítimos al interior de las cárceles chilenas. Otro caso que ejemplifica lo anterior, es el de Richard Salgado San Martín, quien luego de ingresar sin lesiones es recibido por personal de Gendarmería y conducido hasta la celda de aislamiento. En el trayecto lo insultaron y le propinaron golpes, luego lo hicieron avanzar punta y codo, le cubrieron el rostro con una polera, lo sumergieron desnudo a un recipiente de agua lo volvieron a golpear y lo hicieron permanecer en esas condiciones hasta la mañana siguiente.

3.2. Tortura en contextos de detención

Una de las formas de tortura que se practica es aquella ejercida como medio para obtener información sobre la comisión de algún delito.⁷⁶ Si bien del total de los casos analizados la proporción de este tipo de sucesos es menor, los mismos siguen ocurriendo y revisten especial gravedad, porque se producen en el espacio de poder que se genera tras una detención y por la falta de reacción oportuna y proactiva de las instituciones a cuyas filas pertenecen los funcionarios que incurrir en este tipo de hechos. Ilustrativo de lo anteriormente señalado es el caso de Francisco Carillanca Ferreira, quien sufrió de apremios ilegítimos por parte de funcionarios de la PDI que ingresaron a su casa investigando un robo ocurrido en el exterior de una discoteca, presuntamente reali-

73 Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, 23 de diciembre de 2011, Ruc.: 1010012440-3; Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0; Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0.

74 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0; Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, 16 de Marzo de 2009, Ruc. 0710010278-6.

75 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0; Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0; Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, 16 de Marzo de 2009, Ruc. 0710010278-6.

76 Ej. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, 23 de Diciembre del año 2010, Ruc. 0900396663-9; o el caso de tortura practicada por un funcionario de Carabineros, quien detuvo a un presunto implicado en un delito, reteniéndolo, junto a otros sujetos dentro de un automóvil por largas horas, mientras daban rondas y lo amenazaban, insultaban y golpeaban. Sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, 6 de Octubre del año 2010, Ruc. 0900316308-0.

zado por él. En su domicilio, y durante una hora aproximadamente, lo retuvieron e interrogaron de forma agresiva, amenazándolo de muerte con un cuchillo, mientras le exhibían una fotografía de su hijo; golpeándolo, abofeteándolo y vertiéndole orina en la cabeza y obligándolo a beberla. Según los hechos descritos en el fallo, luego de que la hermana de la víctima denunciara los hechos insistentemente, pasó más de un mes sin recibir respuesta alguna.⁷⁷

3.3. Mujeres

Si bien en la muestra de fallos analizados representan una proporción menor, las mujeres también son objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes. En diversos contextos y por distintos motivos, funcionarios públicos les aplican torturas o tormentos. Nos encontramos con el caso de María Inés Norambuena, reclusa en el Centro Penitenciario Femenino de Santiago, quien en horas de la madrugada y mientras se encontraba durmiendo en una celda de castigo, es levantada por nueve funcionarias de Gendarmería y conducida por un pasillo en donde recibe múltiples golpes de pies y puños en diferentes partes del cuerpo, especialmente cabeza y piernas, para luego ser conducida a las duchas del recinto, donde es desnudada y duchada con agua fría, siendo conducida finalmente de vuelta a la celda, donde tuvo que permanecer en ropa interior. Las imputadas, de acuerdo a la base de datos consultada, fueron condenadas a penas que van entre los 60 y 100 días pero se les remitió condicionalmente la pena al ser beneficiadas por un atenuante. Posteriormente fueron destituidas de Gendarmería por sumario administrativo.⁷⁸

3.4. Tortura a miembros de pueblos originarios

Las personas pertenecientes a pueblos originarios han sido objeto de tortura y, en general, de violencia por parte de carabineros y otros funcionarios públicos. Ha sido practicada tanto con objetivos de represión (como una forma de castigo que no implica ulteriores propósitos investigativos) como para obtener información sobre un determinado hecho.⁷⁹ Tal es el caso de Felipe Huenchullan, quien según su testimonio,

77 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, 23 de Diciembre del año 2010, Ruc. 0900396663-9.

78 Sentencia del Duodécimo Juzgado de Garantía, 17 de Febrero de 2010, Ruc. 800270729-3.

79 Véase Comité contra la Tortura, *Informe 42° periodo de sesiones*, 27 de abril al 15 de mayo de 2009, párr. 23; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile*, aprobadas por el Comité en su 83° periodo de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013); Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile 111° periodo de sesiones*, 7 a 25 de julio de 2014; Ben Emmerson, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, 14 de abril de 2014; Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014; Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico*

habría sido encerrado en una sala en la comisaría de Victoria con alrededor de 15 policías vestidos de civil y el fiscal del Ministerio Público Miguel Ángel Velázquez. En esa habitación fue instado por el fiscal a declarar, a lo cual Huenchullan se negó por no estar presente su abogado. En ese momento, y mientras se encontraba sentado y esposado con las manos hacia atrás, se apagó la luz de la habitación, recibiendo un par de manotazos en la cara. Más tarde fue conducido en un automóvil no institucional, a bordo del cual se le insultó y golpeó violentamente con un arma en la cabeza, instándolo a confesar su participación en la quema de un camión. Luego detuvieron el auto, le pusieron un cordel al cuello y lo hicieron correr descalzo por las piedras mientras era apuntado y perseguido por los policías. Luego se le aplicó una técnica conocida como “Cerebritito”, consistente en “caminar rápido entre los brazos del policía, cabeza abajo semi-ahorcado y parar repentinamente” sintiendo el sujeto que se le arranca la cabeza y pierde la conciencia lentamente.⁸⁰ Respecto de este caso, un aspecto especialmente problemático surge al considerar la solicitud realizada por la propia Fiscalía acerca de la incompetencia del tribunal civil y la remisión de los antecedentes a la justicia militar, petición a la que el Juzgado de Garantía de Victoria accede, no obstante los argumentos de la parte querellante sobre la falta de imparcialidad del Ministerio Público de realizar dicha solicitud, considerando que uno de sus miembros estuvo implicado en los apremios ilegítimos contra Felipe Huenchullan.⁸¹

De acuerdo a los antecedentes recopilados en este artículo, un número relevante de casos de apremios ilegítimos en contra de personas pertenecientes a pueblos originarios son perpetrados por integrantes de Carabineros de Chile.⁸² En el contexto de un allanamiento realizado por Carabineros, en Julio de 2013, en la comunidad Pewenche de Malla Malla se produjeron diversos abusos descritos en detalle por un informe realizado por la Comisión de Observadores de Derechos Humanos, Casa Memoria José Domingo Cañas.⁸³ Según consigna dicho informe, la pequeña comunidad fue intervenida por buses blindados, tanquetas, furgones de carabineros y alrededor de 150 funcionarios de carabineros. Los allanamientos incluyeron la rotura del mobiliario y otros enseres domésticos

Universal, 2 de abril de 2014; Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y Otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) contra Chile*, sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 182; Instituto de Derechos Humanos, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo de Chile*, op.cit., pp. 84 y ss. También, la Fiscal de la Corte Suprema de Chile ha denunciado estos hechos: Radio Universidad de Chile: “Mapuches en Huelga de Hambre son torturados como en Guantánamo”, 2 de septiembre de 2010.

80 The Clinic.cl: “Temucucui: Relato de una tortura”, 29 de noviembre de 2009, ver en <http://comunidadtemucucui.blogspot.com>.

81 Resolución del Juzgado de Garantía de Victoria, disponible en <http://comunidadtemucucui.blogspot.com>.

82 Consultar asimismo, el caso de Alberto Curamil Millanao, disponible en <http://araucaniatv.cl>.

83 Disponible online para su consulta en: <http://www.radiodelmar.cl>.

de las casas allanadas, amenazas con armas a las personas, incluyendo niños, niñas y ancianas, presión por firmar documentos con contenido desconocido y lanzamiento de bombas lacrimógenas al interior de las viviendas, practicándose asimismo detenciones irregulares (de ancianos, mujeres lactantes y niños). A los detenidos se les privó de alimentación y servicios higiénicos básicos, a algunas mujeres se les obligó a desnudarse, haciéndolas dormir en un calabozo sin elementos de abrigo. La iglesia evangélica de la comunidad fue destruida y su pastor detenido. Muchos comuneros, al presenciar la violencia de los hechos, arrancaron a nado a través del caudaloso río. La comunidad fue aislada, cerrándose el paso a los comuneros y no permitiendo el ingreso a la prensa ni a organizaciones no gubernamentales.

El hecho descrito en el párrafo precedente no habría sido investigado ni sancionado de manera efectiva. Lo anterior es coincidente con el diagnóstico de un informe realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en el cual se establece que, entre el periodo 1990-2011 se habría producido un aumento de denuncias por este tipo de delitos y, a la vez, una preocupante baja en el número de condenas.⁸⁴ Además se pudo constatar una tibia, por no decir casi nula, reacción administrativa al interior de Carabineros: en los 60 casos que involucraron a la institución, 8 se indagaron, respecto de 2 se abrieron sumarios, mientras que solo un caso dio lugar a sanción.⁸⁵

3.5. Protestas sociales

Hace varios años que diversas instituciones vienen denunciando prácticas contra manifestantes que pueden ser constitutivas de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes.⁸⁶ Entre otros, cabe destacar el caso del estudiante César Reyes. El 8 de enero del año 2013, tres horas luego de haber finalizado la marcha a la cual asistió y mientras esperaba transporte público en Cumming con Alameda, fue abordado por una serie de personas (en la práctica, según se pudo constatar después, detectives de la PDI), quienes lo detuvieron por un supuesto robo de un notebook –sin identificarse como personal policial– y lo ingresaron a la fuerza a un vehículo civil –sin identificación institucional– marca Chevrolet Optra.

Luego de transportarlo por varios minutos, detuvieron el vehículo para cambiarlo a otro de color negro con vidrios polarizados. Sólo en ese momento Reyes pudo verificar que estaba en las inmediaciones del

84 Instituto de Derechos Humanos, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo de Chile*, op.cit., pp. 54 y ss.

85 Según cifras del Instituto de Derechos Humanos, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo de Chile*, op.cit., p. 124.

86 Instituto Nacional de Derechos Humanos, en su *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial*, 2012, op.cit., pp. 19 y ss.; *Informe Anual 2011*, op.cit., pp. 76 y ss. También en *Informe 2011*, pp. 55 y ss., *Informe 2012*, pp. 253 y ss., *Informe 2013*, pp. 223 y ss.

Liceo Amunátegui. Fue esposado por la espalda, con la cabeza entre las piernas, y golpeado mediante codazos y puñetazos en la cabeza y espalda, perdiendo producto de la golpiza una pieza dental. Transcurrida una hora, fue llevado a un cuartel policial de la comuna de Las Condes (específicamente, la Brigada de Robos, BIRO). Recién en ese momento Reyes se dio cuenta de que se trataba de funcionarios de la PDI, al divisar una chaqueta con el logo. En ese lugar, fue ingresado a una oficina, donde esposado y sentado, fue rodeado por 10 detectives quienes lo golpearon repetidamente, mientras lo intimidaban para que revelara información sobre personas que organizaban y asistían a las marchas estudiantiles. Incluso, fue forzado a entregar su contraseña de usuario de Facebook, tras lo cual los detectives ingresaron a su cuenta para intentar identificar personas asistentes a las marchas. Finalizado el violento interrogatorio, lo desnudaron y condujeron a un calabozo, donde recién pudo vestirse. Cabe resaltar que solamente se pudo conocer dónde se encontraba Reyes tras un amparo presentado por abogados y tras la intervención del juez y el fiscal de turno.

En torno a este caso, actualmente la Fiscalía Centro Norte lleva una investigación en contra un detective de la PDI, habiendo sido formalizado por el delito de apremios ilegítimos (artículo 150 A del Código Penal) y delitos informáticos, permaneciendo en el intertanto en prisión preventiva.

4. PRINCIPALES PROBLEMAS RELATIVOS A INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LA TORTURA EN CHILE

4.1. La Investigación criminal

Uno de los deberes de los Estados que ha sido ratificado por los diversos instrumentos internacionales, es el deber de investigar las denuncias presentadas por actos de tortura y otros tratos.⁸⁷ De acuerdo a estos tratados, no bastaría con la mera denuncia sino que el Estado debiera disponer una investigación pronta y efectiva,⁸⁸ incluso sin la necesidad de una denuncia formal por parte de la víctima.⁸⁹

De acuerdo a lo sostenido por los entrevistados, actualmente la investigación de casos de tortura en Chile tendría los siguientes problemas importantes:

a) Existen barreras para captar y recibir las denuncias. La principal forma de denunciar es hacerlo en la audiencia de control de detención, donde los imputados señalan haber sido víctimas de apremios por par-

87 Artículo 12 y 13 de la UNCAT.

88 Artículo 12 de la UNCAT.

89 Comité contra la Tortura, *Sonko contra España*, 23 de noviembre de 2011, párr.10.4.

te de la policía o es posible advertir a simple vista señales físicas de eventuales agresiones. A juicio de los entrevistados, se realizan pocas denuncias, ya que generalmente los imputados prefieren no hacerlas o, en caso de realizarlas, no colaboran con la investigación. En otros casos, no son suficientemente incentivados o apoyados por su defensa o por el juez para llevar a cabo la denuncia.

En ese sentido, la práctica de algunos jueces de garantía –para salvaguardar casos que merecen atención– es señalarles a los fiscales que debieran iniciar una investigación de oficio para esclarecer los hechos. Los fiscales, por su parte, comentan que dejan anotado en la hoja de la causa la posibilidad de que hayan ocurrido algunos apremios en contra de imputados. En la práctica, comentan los entrevistados, sólo se inician investigaciones en casos muy evidentes y graves. Por lo anterior, los jueces señalan que en casos de mayor gravedad ofician directamente al fiscal regional respectivo dando cuenta de los hechos. La defensa, por su parte, señala que ante la negativa de los imputados a hacer la denuncia, la única opción es que la realicen ellos mismos, pero principalmente en los casos más graves. De todas maneras, reconocen que la posibilidad de seguir los casos es bastante reducida, principalmente, como nos comentó un fiscal, porque debido a la gran carga laboral que tienen no le pueden dar la prioridad necesaria. Por su parte, otro entrevistado señala que también existe un “conflicto de interés” que podría desincentivar el inicio de este tipo de investigaciones, ya que es la misma policía la que investiga y que luego colaborará en otras labores, inclusive como testigo en juicios.

A pesar de lo anterior –y esto fue corroborado por jueces y defensores entrevistados– se ha notado un cambio en el último tiempo, ya que se están investigando casos de tortura y otros tratos, inclusive con condenas en juicio.

b) La investigación resulta, en general, meramente formal.

Cuando el Ministerio Público recibe una denuncia, generalmente, envía una orden de investigar escrita a alguna sección de investigación policial, la cual será la encargada de realizar las diligencias que se le han solicitado. Generalmente, esta orden se tramitará no antes de 2 o 3 semanas luego de la comisión del hecho, y su respuesta –a veces 2 o 3 meses después– será “sin resultados”, cuando no se ha podido recabar mayor información. Así, la causa será archivada, principalmente.⁹⁰

90 Del año 2007 a 2014 se archivaron cerca del 44,8% del total de causas sobre torturas por parte del Ministerio Público. Si hilamos más fino y excluimos de las cifras entregadas por el Ministerio Público aquellos términos administrativos que la institución ha elaborado para efectos de clasificación (esto es, agrupación a otro caso, anulación administrativa, incompetencia), tendríamos que concluir que un 63,3% se archiva. Del restante, tenemos que un 6,16% termina en sentencias condenatorias, un 3,1% en suspensión condicional y un 0,1% en acuerdos reparatorios, que serían decisiones donde habría una resolución con alguna

Lo anterior –para ser justos– tiene que ver, por una parte, con que las agresiones por parte de agentes del Estado tienden a ser difíciles de investigar. Generalmente se realizan en espacios de privación de libertad, manejados por los mismos funcionarios (quienes lo más probable es que no colaborarán), sin otros testigos, etc. Las posibilidades de llegar a esclarecer los hechos aumentarían si se estableciera un procedimiento de investigación mucho más activo, diligente y rápido, lo que actualmente no sucede.

En ese sentido, diversos entrevistados, tanto fiscales, defensores y jueces, nos comentaron sobre los problemas que existen en los servicios de salud para constatar las lesiones. Existe consenso en cuanto a que la constatación de lesiones, luego de producida la detención, es “una carga” para los funcionarios de los servicios de salud, por lo que muchas veces realizan una constatación superficial (solo por encima de la ropa) o simplemente omiten constatar lesiones. Señalan los entrevistados que esto se explica por la sobrecarga de trabajo que tienen en los servicios de salud, pero también porque al interior de esos servicios se han ido creando relaciones con las policías, y se da una tendencia a justificar la dinámica de las agresiones.

Lo que se pudo advertir, en suma, es que no existe una política general en las instituciones, principalmente Ministerio Público y Defensa, que haya intentado protocolizar las actuaciones de sus funcionarios, señalando qué procedimientos se deben realizar al momento de una denuncia, de manera que se pueda constatar un posible acto de tortura y otros tratos. Más bien, se somete la causa a la regla general de protocolos de investigación, y depende del fiscal o defensor y a petición del juez de garantía de turno, que se realice un procedimiento distinto. En ese sentido, solo existen algunas iniciativas a nivel local pero no institucional,⁹¹ como la Defensoría Regional del Bío-Bío que ha implementado un protocolo para regular la actuación de los defensores ante denuncias de los imputados de posibles apremios junto al seguimiento de la causa, y también la Fiscalía Centro Norte, que ha entregado ciertas atribuciones a los fiscales, a propósito de las múltiples detenciones en marchas sociales.⁹²

Cabe sumar a la situación descrita, el desconocimiento en las instituciones del sistema respecto al Protocolo de Estambul, manual elaborado por más de 75 expertos de más de 40 instituciones de 15 países,

sanción al imputado.

91 Cabe señalar que, entre las pocas medidas institucionales, la Defensoría Penal Pública dispone, desde el año 2011, de una Defensora Penitenciaria para asesorar jurídicamente a privados de libertad e interponer acciones judiciales para tutelar sus garantías constitucionales.

92 Esta iniciativa, entre otras cosas, permite a los fiscales constituirse en las comisarías o lugares de reclusión para conocer directamente las razones de la detención y así tomar la decisión de que la persona pase o no a control de detención.

donde se establecen las diligencias mínimas requeridas –desde un punto de vista médico, psicológico y jurídico– que se deben realizar en casos de denuncias de tortura.⁹³

c) La perpetuación de la justicia militar.

Actualmente, si bien los civiles no pueden ser juzgados por la justicia militar, de todas maneras pueden terminar siendo parte de esta competencia en calidad de víctimas. Muchas de las denuncias que se realizan en contra de funcionarios de Carabineros son enviadas a la justicia militar, ya que se entiende que son competencia de estos tribunales y no los civiles, específicamente por corresponder al delito de “violencias innecesarias” ejecutadas por funcionarios policiales, descrito en el artículo 330 del Código de Justicia Militar.

Lo que sucede en la práctica es que el fiscal civil se declara incompetente ya que considera que ciertos hechos son más bien constitutivos de un delito regulado por el Código de Justicia Militar. Si es que no hay oposición –lo cual sucede generalmente– se envían los antecedentes a la Fiscalía Militar para que investigue.

En ese contexto se presentan algunos inconvenientes. Primero, y como señala la UNCAT, la investigación debe ser imparcial, respecto a lo cual existen serias dudas cuando el caso lo investiga la justicia militar. Recordemos que la imparcialidad no solo es un derecho del imputado, sino que también es un valor que el sistema judicial busca proteger y promover ya que genera confianza en la ciudadanía, principalmente, porque se considerará más justa una decisión si la persona que la toma no tiene ningún conocimiento ni interés en la causa.⁹⁴ En ese sentido, en la justicia militar quien investiga y luego juzga es una persona que forma parte de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad, por lo que existen buenas razones para pensar que objetivamente no se dan garantías de imparcialidad.

Pero incluso mejorando esta situación, el diseño del procedimiento no permite realizar una investigación eficiente. Como sabemos, la justicia militar mantiene un sistema inquisitivo,⁹⁵ por lo que la posibilidad de obtener algún resultado investigativo es bastante baja.⁹⁶ Esto se pro-

93 El Comité contra la Tortura ha establecido la necesidad de tomarlo en consideración. Véase *Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre China*, 2008, párr. 36; *Observaciones finales sobre Marruecos*, 2011, párr. 28; *Observaciones finales sobre Sri Lanka*, 2011, párr. 28; *Observaciones finales sobre Uzbekistán*, 2002, párr. 115.

94 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Piersack contra Bélgica*, 1 de octubre de 1982

95 Existe un acuerdo general de que el sistema inquisitivo poseía una serie de problemas que impedían que pudiera generar buenos resultados investigativos, especialmente, por su tramitación escrita y burocrática.

96 Solo para ejemplificar, en la zona central del país, desde el año 2005 al 2011, el porcentaje de condena por parte de los Tribunales Militares fue de un 0,48% del total de casos, a pesar del aumento considerable de denuncias que ha recibido la justicia militar en los últimos años. Mientras que en un 94,17% se terminó por sobreseer la causa. Para más información, véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile* y

duce no solo por desinterés, sino porque la forma en que está diseñado el procedimiento permite que las causas sean desestimadas muy fácilmente. En la práctica, como nos señala un defensor, si el fiscal militar cita a testigos, solo le basta con que dos de ellos nieguen la acusación para dar por sobreesido el caso.

Por último, la Reforma Procesal Penal vino a establecer una serie de derechos para las víctimas, articulando una serie de mecanismos y otras herramientas para garantizar su protección, pero estos derechos no se pueden exigir sin mayor justificación en el ámbito de la justicia militar.⁹⁷

Si bien la reforma de la Ley 20.447 implicó un avance al limitar la competencia de la justicia militar sobre civiles, de todas maneras siendo víctimas de funcionarios de las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad, todavía corren el riesgo de seguir sometidos a ella. Actualmente existen algunos fallos de la Corte Suprema⁹⁸ y el Tribunal Constitucional,⁹⁹ donde se ha señalado que la competencia debe ser de los tribunales ordinarios, pero sin una modificación legal de fondo el tema permanece sin resolverse. Claro que, y a propósito de que se encontraba en el programa de gobierno de la Presidenta Bachelet¹⁰⁰, en la cuenta pública del pasado 21 de mayo de 2015, especialmente en lo relativo a la cartera de Defensa, se señaló que se dispone de un anteproyecto que reformaría la justicia militar y que será discutido con los demás ministerios, pero se desconoce el real alcance del mismo, sobre todo respecto a si se limitará su competencia cuando estén involucrados civiles.¹⁰¹

4.2. Control y prevención sobre las policías y Gendarmería

Los Estados están obligados a tomar todas las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole para impedir los actos de tortura.¹⁰² Lo anterior en la práctica se plasmó, de alguna manera, con la llegada de la Reforma Procesal Penal, ya que —entre otras cosas— se aumentaron las posibilidades de control por parte de diversas instituciones y, al mismo tiempo, se disminuyeron los tiempos de discrecionalidad que poseen los agentes policiales en contextos de privación de libertad. Esas bondades del sistema penal, eso sí, han ido disminuyendo con el paso de los años.

Pueblo de Chile, op.cit., pp. 54 y ss.

97 Para una revisión, véase Cristián Riego, “La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella”, *Revista Política Criminal*, Vol. 9, N°18, 2014, pp. 668-690.

98 Corte Suprema, Rol. 4639-2013, 2 de septiembre 2014.

99 Tribunal Constitucional, Sentencia Rol. 2492-2013, 17 de junio de 2014.

100 Programa de Gobierno Presidenta Michelle Bachelet, 2015, p. 34, disponible en <http://www.minsegres.gob.cl>.

101 Mensaje Presidencial, 21 de mayo 2015, Ministerio de Defensa Nacional, p. 91, disponible en <http://www.gob.cl>.

102 Artículo 2.1, UNCAT.

Como destacan los entrevistados, el momento de mayor vulnerabilidad ocurre entre la detención del imputado y su puesta a disposición del tribunal (en la práctica, responsabilidad de Gendarmería). Precisamente, la ley le entrega la facultad a la policía para disponer del imputado por 24 horas y es ahí donde debieran operar los controles institucionales, que en la actualidad se aplican con mucha dificultad. Esta situación se encuentra agravada en aquellos casos donde la detención no es “judicializada”, es decir, cuando no se da cuenta al fiscal de su ocurrencia, y el juez tampoco tiene la oportunidad de revisar las condiciones de detención en una audiencia. En esos casos la policía tiene amplia discrecionalidad al no poseer controles institucionales, ya que el sistema puede que nunca se entere de que esa detención ocurrió.

Esta situación se da con frecuencia en las marchas sociales, en las cuales se mantiene por varias horas a personas detenidas en vehículos o buses policiales, espacios donde aumentan las posibilidades de abuso.¹⁰³ Muchas de ellas ni siquiera se encuentran en calidad de “detenidas” por haber cometido un delito sino que solo son trasladadas a los recintos policiales para comprobar su identidad, a partir de la facultad que le otorga a la policía el artículo 85 del Código Procesal Penal para controlar la identidad de las personas.¹⁰⁴ Por ende, se trata de personas sobre las cuales no se tiene registro ni información respecto a su ubicación, ya que no están formalmente detenidas. Sumado a lo anterior, está el hecho de que las policías tienden a dificultar el acceso de abogados a los recintos policiales cuando los profesionales intentan conocer dónde y en qué condiciones está su representado.¹⁰⁵

De hecho, muchas veces la única manera en que familiares e instituciones pueden saber sobre el estado de personas “detenidas” o “conducidas” (como denomina la policía a este procedimiento), es a través de un recurso de amparo que precisa la intervención de un juez de garantía, principalmente, para verificar la detención y el estado del “detenido” y tomar medidas al respecto.¹⁰⁶ Lo más sorprendente, es que existe una iniciativa de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados que pretende aumentar el ámbito de facultades

103 Informe 2012, p. 270 e Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial* (...), op.cit., pp. 15 y ss.

104 Informe 2012, p. 270 e Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial* (...), op.cit., pp., 15 y ss.

105 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Programa de Derechos Humanos y Función Policial* (...), op.cit., p. 24.

106 Artículo 95 del Código Procesal Penal: “Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuera necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes (...)”.

del control de identidad, medida que implicaría importantes riesgos para la libertad e integridad de los imputados.¹⁰⁷

En las primeras regiones donde se fue implementando la Reforma Procesal Penal existía la práctica de que los fiscales se constituyeran en los lugares de detención o en el lugar donde se cometió el delito. Eso permitía al fiscal conocer desde cerca las razones de la detención y el estado del imputado, por lo que la policía tenía mayor cuidado en su accionar, especialmente en el caso de aquellas detenciones que no necesariamente se van a judicializar. Actualmente, en la mayoría de las regiones de nuestro país, esa posibilidad es muy remota: las policías hoy dan cuenta telefónicamente al Ministerio Público de la detención de un imputado y esperan instrucciones. En ese sentido, tienen un ámbito de libertad bastante amplio acerca de lo que informan a los fiscales. Según los fiscales, esto se debe principalmente a la falta de tiempo para trasladarse a los centros de detención debido a la sobrecarga laboral que tienen.

Cabe sumar a ello que existe una política de parte del Ministerio Público de judicializar la mayoría de las causas donde se informa alguna detención por flagrancia u otra causal. Recordemos que el fiscal tiene discrecionalidad para decidir qué imputados deberán pasar a la audiencia de control de detención, y la actual política es hacerlo en la mayoría de los casos.¹⁰⁸ Lo anterior podría generar un incentivo a la policía de que no es tan relevante la manera en que hagan su labor —entre ella, el trato al imputado—, ya que de todas maneras se llevará a la audiencia.

Según los propios fiscales, ha ido perdiendo relevancia una labor que en un inicio fue vista como parte de las funciones del órgano persecutor: controlar la labor policial. Lo anterior no solo es producto de la sobrecarga laboral, sino que también por una pérdida de interés, dada la incomprensión de las policías respecto a las facultades de los fiscales en el contexto investigativo.

El control de los jueces de garantía respecto al trato dado a los imputados ha ido disminuyendo, según reconocen los entrevistados. No solo por la falta de interés, que puede apreciarse en la automatización de las audiencias, sino también porque a pesar de intentar ejercer ese

107 El 6 de mayo de 2015, en el contexto de discusión de un nuevo proyecto de ley de “agenda corta” (Boletín 9805-07), la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados aprobó (siete votos contra seis) una indicación presentada por la diputada Nogueira y los diputados Coloma, Farcas, Fuenzalida, Sabat, Silber y Squella para incorporar al Código Procesal Penal (CPP) un nuevo artículo 85 bis con un control de identidad nuevo. Lo curioso es que se justificaría la iniciativa debido a lo limitada que sería esta herramienta. Sin embargo, si revisamos las cifras oficiales de Carabineros se verifica que durante el año 2014 se realizaron 1 millón 853 mil 244 controles de identidad (Cuenta Pública 2014, Carabineros en Cifras, pp. 13 y 26).

108 Eduardo Alcaíno y Sabrina Perret, *Políticas de persecución en torno al hurto: un estudio exploratorio*, Actas del VIII Congreso Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia, Santiago, Fundación Paz Ciudadana, pp. 7-25.

control, de todas maneras las sanciones procesales, incluso las penales que se pueden aplicar a través de las denuncias u oficios que efectúan los jueces de garantía, no son suficientes. Como nos comentó un juez, no tiene ninguna consecuencia para la policía si se declara ilegal la detención por haber ejecutado apremios sobre el acusado. Principalmente, porque los resultados de las investigaciones no les impiden, su función no es recolectar evidencia para lograr una posible condena. Las policías no tienen los mismos objetivos de persecución que los fiscales, ya que sienten que su labor está satisfecha cuando el caso está “policialmente resuelto”, lo cual significa la mera detención.¹⁰⁹ En cambio, para los fiscales la labor recién comienza después de la detención, lo que –además de generar incompatibilidades entre fiscales y policías– no permite que las sanciones procesales que impone el juez sean un buen incentivo.¹¹⁰

Existen dudas acerca del control interno que realizan las policías respecto al abuso y violencia de sus funcionarios, en especial por los escasos resultados de las investigaciones administrativas internas.

Si bien no obtuvimos cifras oficiales,¹¹¹ la percepción de los entrevistados es que las investigaciones y sanciones administrativas tienden a terminar casi siempre sin resultados.¹¹² Algunos fiscales fueron bastante categóricos respecto a la situación de la PDI, donde los sumarios administrativos terminan la mayoría de las veces sin sanción.^{113 114}

Respecto a Carabineros, la percepción de los entrevistados es que, en general, difícilmente sanciona a sus funcionarios, pero –a diferencia

109 En ese sentido, un indicador de evaluación del desempeño de los funcionarios policiales es el número de detenidos.

110 Eduardo Alcaíno, *Persecución Penal de Delitos Complejos. Experiencias en la investigación criminal. Informe de Chile*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp. 17-170

111 Nuestra solicitud (N° AD009W) por Ley de Transparencia, pretendía que tuviéramos acceso a todas las investigaciones administrativas, desde 2000 a 2014, por apremios ilegítimos. Fue rechazada debido a que implicaría una serie de actos que “distraerían indebidamente” de sus funciones normales a sus funcionarios.

112 Por ejemplo, según un informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, al menos en la Región de la Araucanía de 2004 a 2011, solo se iniciaron 8 investigaciones administrativas y únicamente 2 pasaron a etapa de sumario, terminando sin sanciones. Otros 54 reclamos no fueron investigados, ya que según Carabineros la falta de denuncias en la justicia militar o civil lo justifica. Instituto de Derechos Humanos, *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo de Chile*, op.cit., pp. 70 y ss.

113 Por ejemplo, está el caso de 9 detectives de la PDI condenados por apremios ilegítimos, donde ninguno fue sancionado. Ciper.cl: “Nueve detectives de la PDI condenados por torturas y corrupción”, 13 de noviembre de 2011.

114 De hecho, se ponen trabas para evitar cualquier tipo de sanción. En el caso del joven César Reyes que se comentó anteriormente, existían funcionarios de la PDI que no podían ser investigados ya que la institución y el gobierno de turno se negaban a brindar información sobre sus identidades al tratarse de agentes de inteligencia. El fiscal regional, Andrés Montes, tuvo que solicitar a la Corte de Apelaciones que revelara la identidad de los involucrados. Finalmente, y luego del cambio de gobierno, el ex ministro del interior Rodrigo Peñailillo entregó la información. Para detalle, véase *The Clinic*: “Fiscal Nacional pide a Peñailillo levantar secreto de Chadwick sobre actividades de agentes de inteligencia PDI en marcha estudiantil”, 29 de abril de 2014, Jorge Molina Sanhueza. Inclusive, un fiscal entrevistado, nos comenta que los detectives tenían abogados de la misma institución para defenderlos.

de la PDI— sí lo hacen en casos de cierta gravedad. Si bien esto representa un avance, de todas maneras existen algunos casos en los cuales todavía se aprecia la política de justificar conductas abusivas, como se pudo verificar, por ejemplo, en los eventos producidos a propósito de la marcha estudiantil en Valparaíso, el 21 de mayo de 2015. Ese día resultó herido de gravedad el estudiante Rodrigo Avilés, producto de un chorro de un carro lanzaguas que lo golpeó directamente al cuerpo arrojándolo al piso y provocándole un tec de gravedad que lo tuvo durante varias semanas en estado de coma. La primera reacción de la institución fue calificar la situación como “accidental”.¹¹⁵ A raíz de diversos registros audiovisuales que ilustraban la forma en que fue lanzado un chorro de agua a corta distancia y directamente a los manifestantes, Carabineros tuvo que rectificar su versión y ordenó la baja del funcionario involucrado por no respetar el protocolo elaborado para el manejo del carro lanzaguas.¹¹⁶

La percepción de que Carabineros tiene dificultades para admitir este tipo de situaciones, se pudo constatar a propósito del conflicto que tuvo esa institución policial con el Instituto de Derechos Humanos, INDH. El General Director de Carabineros criticó que se haya incluido en un texto del Informe de Derechos Humanos para Estudiantes —que fue distribuido a jóvenes entre 7° básico y 4° medio— la siguiente frase: “Las detenciones en las marchas han sido un elemento de represión que Carabineros ha usado para evitar la reunión libre de las personas que luchan por sus derechos”. En la carta que dirigió a la directora del INDH, el General Director, entre otras cosas, reclama porque “existe una evidente tendencia a resaltar sólo casos específicos negativos de la actuación policial”.¹¹⁷ Sin perjuicio de que hay otras cuestiones involucradas en este debate, lo relevante es que detrás del reclamo de la mayor autoridad de Carabineros hay una falta de comprensión de la institución policial en cuanto a que el escrutinio público no solo está concentrado en aquellas cuestiones que realiza adecuadamente, sino también en las cuales hay derechos vulnerados de las personas por parte de Carabineros.

Para el caso de Gendarmería los entrevistados fueron más pesimistas. Como nos señaló un entrevistado “eso es un mundo aparte”. La opinión generalizada es que para saber lo que está sucediendo en las cárceles en Chile no existen mecanismos muy efectivos, salvo los reclamos que pueden hacer los reclusos a los abogados, familiares u otras

115 La Nación.cl: “Carabineros afirma que no hubo participación policial en lesión de un joven”, 21 de mayo de 2014.

116 La Tercera: “Carabineros da de baja a funcionario que operó lanzaguas que derribó a Rodrigo Avilés”, 28 de mayo de 2015.

117 El Mercurio: “General Director de Carabineros critica a INDH: Presenta a Policías como ‘victimarios’”, 5 de abril de 2015.

instituciones. En ese sentido, se puede apreciar un esfuerzo por parte de la Defensoría Penal Pública, INDH y ONGs de intentar colocar en el tapete casos de vulneraciones y requerir la asistencia judicial para remediar las agresiones que se producen en los penales, pero se trata de situaciones muy particulares.

Una forma de prevenir y controlar a los agentes del Estado es transparentando sus actuaciones, sobre todo aquellas en que existe la posibilidad de utilizar la fuerza. El uso de videograbaciones es un elemento crucial porque permite ilustrar de forma evidente la actuación y el comportamiento de las policías. Así, a propósito de las protestas, Carabineros se ha comprometido a incorporar cámaras de video vigilancia en sus vehículos policiales.¹¹⁸ En el caso de Gendarmería, la presencia de cámaras en algunas cárceles ha permitido iniciar investigaciones penales y, en algunos casos, gracias a este recurso tecnológico, lograr condenas por apremios ilegítimos cometidos contra reclusos. Lamentablemente, se trata de cuestiones particulares pero no de una política institucional aplicada en todo el país.

4.3. El delito de tortura en el Código Penal Chileno

El Código Penal chileno castiga en los artículos 150 A y 150 B la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, ya sean físicos o mentales por parte de funcionarios públicos o de particulares (en la norma del 150 B). Se ha considerado, por parte de la doctrina penal, que el bien jurídico protegido es el de la seguridad individual como presupuesto de la libertad y no solamente la integridad física de la víctima, en el sentido de que se castiga “algo más” que el delito de lesiones.¹¹⁹ Se protegería la dignidad y libertad de decidir, de ejecutar u omitir sin ser objeto de presiones.¹²⁰

La conducta que se castiga debe ser realizada respecto de una persona que se encuentra privada de libertad, lo que implica una lectura material y no meramente formal, en el sentido de que el ofendido ha de encontrarse ante una imposibilidad de desplazamiento, aunque no esté en un recinto de detención propiamente tal.¹²¹ Para la figura base, sería necesaria la intencionalidad en el sentido de un propósito de castigar al individuo, mientras que la figura agravada del inciso tercero, requiere el propósito adicional de obtener una confesión, siendo aplicable según algunos autores, solo si se cumple con el propósito u objetivo y se efec-

118 *Informe 2012*, p. 271. Respecto a la implementación, puede conocerse en *La Tercera*: “Carabineros instala cámaras en buses de FF.EE. y vehículos de transporte de detenidos”, 4 de agosto de 2012.

119 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, T. III*, Santiago, Editorial Jurídica, 2006, p. 217.

120 Mario Garrido, *Derecho Penal, Parte Especial, T. III*, Santiago, Editorial Jurídica, 2007, p. 409.

121 Garrido, op.cit., pp. 409 y ss.

túa la confesión, se presta declaración o se entrega la información.¹²² Según otra parte de la doctrina, sin embargo, no es necesario que dicho objetivo se consiga para constituirse el delito.¹²³

Esa figura del Código Penal ha sido vista de manera crítica por los organismos internacionales de derechos humanos. El Comité contra la tortura, por ejemplo, el año 2009 tras su periodo de sesiones N°42, señaló respecto a la situación chilena que se requería una reforma al Código y celebró,¹²⁴ ya en aquel año, el anuncio de una eventual reforma en esta materia. Resulta curioso que tuvieron que pasar 6 años para que, en el discurso de la Presidenta de la República del 21 de Mayo del año 2015, se prometa nuevamente una reforma a los artículos de tortura contenidos en el Código Penal. Es de esperar que esta vez dicha reforma se concrete.

Entre otras críticas formuladas por el Comité, el tipo penal chileno es tildado de restrictivo (centra su aplicación solamente a los privados de libertad, aunque debe advertirse que una visión material y no formalista del tipo disminuye considerablemente este problema). Adicionalmente, se critica el plazo de prescripción de diez años y se sostiene, además, que las penas del delito son demasiado bajas considerando su gravedad.¹²⁵

Respecto a lo anterior, consideramos que un punto especialmente crítico es el del monto de la pena asignado al delito (presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo para la figura base y presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo para la figura agravada del inciso tercero del artículo 150 A). Esto implica que, en la mayoría de los casos, se aplican medidas alternativas a la prisión.¹²⁶

4.4. Capacitación

Los diversos tratados internacionales vinculados a la prohibición de la tortura señalan que los Estados tienen la obligación de capacitar al personal que tenga contacto directo con los detenidos.¹²⁷

Por una parte, varios entrevistados señalaron que personal de los servicios de atención médica y también del Servicio Médico Legal desco-

122 Politoff, op. cit., p. 219.

123 Garrido, op.cit., pp. 409 y ss.

124 Comité contra la Tortura, *Informe 42° periodo de sesiones*, 27 de abril al 15 de mayo de 2009, párr. 4 y 10.

125 Comité contra la Tortura, *Informe 42° periodo de sesiones*, 27 de abril al 15 de mayo de 2009, párr. 10.

126 Tales como Remisión condicional de la pena: Sentencia del Duodécimo Juzgado de Garantía de 17 de Febrero de 2010, Ruc. 800270729-3; sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, 23 de diciembre de 2011, Ruc. 1010012440-3; sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Colina, 19 de Agosto de 2008, 0600479050-0; sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 16 de Mayo de 2011, Ruc.:1001140920-8; sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Valparaíso, 16 de Marzo de 2009, Ruc. 0710010278-6. o Libertad Vigilada: sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, 6 de Octubre del año 2010, Ruc. 0900316308-0.

127 Artículo 10.1, UNCAT.

nocen, en general, el Protocolo de Estambul, que, tal como señalamos anteriormente, los organismos internacionales han señalado como un tema importante que debiera incluirse en sus capacitaciones.¹²⁸

En cuanto a Gendarmería, hace unos años la misma institución manifestó la necesidad de intervenir el modelo de educación que actualmente tienen aquellas personas que ingresan a sus escuelas de formación. Sin perjuicio de que han recibido apoyo del INDH a través de capacitaciones de monitores con talleres regionales, y como el Diplomado que realizaron en la UDP, entre otras actividades formativas, todavía siguen siendo iniciativas parciales y no modificaciones más medulares del modelo. Inclusive, todavía la capacitación brindada por la escuela de formación sigue sin tener reconocimiento del Estado.¹²⁹

Respecto a Carabineros, hace un tiempo que sus políticas de formación y capacitación le han dado mayor importancia a la temática de los derechos humanos, lo cual es indicativo de un avance importante en esta materia. De todas maneras, se ha constatado que los estándares e instrumentos internacionales que prohíben y previenen la tortura y otro tipo de tratos inhumanos, crueles y degradantes, todavía siguen teniendo poco espacio en la formación de los funcionarios.¹³⁰

Por su parte, la Policía de Investigaciones incluye en su malla curricular cursos relacionados con los derechos humanos,¹³¹ así como también han demostrado una preocupación por la capacitación continua de sus funcionarios en la materia.¹³²

De todas maneras, y sin perjuicio de los avances, las policías todavía carecen dentro de su formación, en forma estructurada, de cursos específicos sobre la tortura y otro tipo de tratos de tratos inhumanos, crueles y degradantes, siendo que son precisamente las instituciones que diariamente deben ejercer fuerza sobre ciudadanos.

4.5. ¿Tortura de particulares?

Tanto el PIDC¹³³ y la UNCAT señalan que el Estado no solo es responsable por actos de tortura y otro tratos inhumanos, crueles y degradantes efectuados por sus agentes, sino también en caso en que particulares los hayan ejecutado y el Estado no haya respondido de manera

128 Comisión contra la Tortura, Observaciones finales sobre Turquía, 30 de mayo de 2003, párr. 7 (k).

129 Todo esto, también sostenido por Lorena Fries en Columna de Opinión: *Formación de Gendarmería*, 12 de marzo de 2015, en <http://www.indh.cl>

130 Véase Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Boletín Informativo. Estudio sobre la integración de la educación en Derechos Humanos en la formación de Carabineros de Chile*, Santiago, 2011, p. 6.

131 Las mallas curriculares se encuentran disponibles en el sitio web de Gendarmería.

132 A comienzos del 2015, la PDI junto a la Defensoría Penal Pública suscribieron un convenio para capacitar a sus funcionarios.

133 Ver Comité de Derechos Humanos, *Observación General N°20*, 1992, párr. 13; *Observación General N°31*, 2004, párr. 8.

adecuada a tales actos ni tomado medidas generales y específicas para evitarlos.¹³⁴

En ese sentido, varios entrevistados mostraron su preocupación porque ha aumentado la llegada de imputados agredidos por ciudadanos y no por funcionarios policiales, a propósito de las denominadas “detenciones ciudadanas”. En Chile el artículo 130 del Código Procesal Penal autoriza a cualquier persona a detener a otra si es que se encuentra en una situación de delito flagrante, lo que ha devenido, en la práctica, en que —en algunas ocasiones— quienes practican la detención aprovechen de agredir de forma considerable a ciertos imputados.

Por ejemplo, un caso que causó un impacto importante en la opinión pública es el de un menor de edad que fue golpeado, desnudado y amarrado por al menos 20 minutos con papel alusa a un poste de luz en el centro de Santiago, todo ello realizado por transeúntes que lo habían detenido por haber cometido un hurto.¹³⁵ Otros casos se han dado a propósito de la detención de guardias privados, quienes no sólo agreden físicamente a los imputados sino que también los mantienen privados de libertad, por varias horas, a la espera de la llegada de la policía.¹³⁶

Por supuesto que esto tiene que ser analizado adecuadamente, ya que muchas veces el control que tiene el Estado sobre la actuación de particulares es bien reducido, sobre todo si es que alguien decide agredir a otra persona. De todas maneras, algunos entrevistados advierten la preocupación porque, en algunas ocasiones, estos hechos se producirían debido a que la policía llega tarde al lugar o deja que los imputados sean golpeados a vista y paciencia de ellos. Sin perjuicio de que se trate de un fenómeno incipiente, existen algunos indicios relevantes que obligan a colocar atención en este asunto.

Para concluir este apartado, consideraremos la visión de John Parry, un académico estadounidense, quien ha señalado que el análisis que presenta a la tortura como algo prácticamente erradicado, es una visión benevolente de la historia de la humanidad. La tortura y, en general, conductas que podrían configurar tratos crueles, inhumanos y degradantes, finalmente, terminan siendo toleradas y aceptadas, porque son concordantes con los valores de la sociedad actual. Es decir, más que una erradicación, lo que sucede es que las sociedades se van adaptando a nuevas formas de violencia y, consecuentemente, estas van encon-

134 Más información, en Asociación contra la Tortura y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, op.cit., pp. 13-16.

135 Radio Cooperativa: “Detención ciudadana: involucraron a menor de edad con papel alusa”, 24 de noviembre de 2014, País. Otros casos pueden conocerse en *La Tercera*: “El verano de las detenciones ciudadanas”, 14 de febrero de 2015.

136 Por ejemplo, el caso de un indigente golpeado por guardias de seguridad. Véase Ciper Chile.cl: “Seguridad Privada III: Un negocio que genera abusos laborales e ingresos millonarios a Carabineros”, 4 de junio de 2009. También sobre caso de secuestro, véase Radio Cooperativa: “Guardia fue condenado por secuestro tras detener a hombre acusado de robo”, 12 de marzo de 2015.

trando modalidades y contextos diversos. En suma, la violencia –constitutiva muchas veces de tortura y otro tipo de tratos– se encuentra presente en toda sociedad, por lo que el desafío es detectar esos espacios que están invisibilizados.

En ese sentido, Chile no es ninguna excepción. Claramente ha habido un cambio importante en nuestra sociedad y un mayor respeto a los derechos de los ciudadanos, pero lo que cada Estado debe asumir, incluido el de Chile, es que siempre se producirán fenómenos de tortura y violencia estatal, por lo que debe siempre estar atento a ello e impulsar políticas destinadas a prevenir y prohibir este tipo de conductas.

Por lo mismo, un principal cambio que debiera promover el Estado de Chile es asumir que la violencia de sus agentes –así como la de sus propios ciudadanos– es una realidad que existe y que debe evitarse. Las reacciones no deben situar a los hechos en escenarios de impunidad, sino que lo correcto es condenar dichos abusos y tomar medidas al respecto.

De todas maneras, las mejoras que pueden impulsar los Estados no serán suficientes si es que estos, a partir de otras políticas, colaboran para generar conflictividad social. Es decir, detrás de los problemas sociales siempre se presentan situaciones de conflicto entre ciudadanos y Estado, que muchas veces desembocan en violencia recíproca. Lo anterior, por más profesionales y respetuosos de los derechos de los ciudadanos que sean los agentes del Estado, siempre generarán alguna situación de violencia excesiva. Así, un desafío relevante del Estado es propiciar el diálogo durante conflictos sociales de importancia que puedan devenir en violencia.

Una mención especial a este respecto es la que debe realizarse respecto de la tortura en cárceles, que representa, como se dijo en este informe, una proporción importante de los casos que ocurren. Esa conducta ilícita se ha mantenido como práctica aún más allá de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, al no contener dicha reforma normas que intentaran modularla de manera relevante. No ha habido tampoco un intento sistemático serio de hacerse cargo del problema como tal, con sus especificidades. Lo anterior se explica porque los mecanismos adoptados por la reforma no estaban pensados para lidiar con este tipo de tortura en particular.

Por último, y sin perjuicio de la responsabilidad institucional y personal de Carabineros, PDI y Gendarmería, el Estado de Chile no se ha preocupado debidamente de las malas condiciones en las cuales muchas veces trabajan los funcionarios de dichas instituciones, y que contribuyen a la generación de situaciones de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Situaciones de exceso en la carga laboral, horarios, sistemas de promoción, etc., generan tensiones y situaciones de estrés que pueden motivar conductas violentas contra las personas.

RECOMENDACIONES

Se recomienda al Estado de Chile:

1. Elaborar un procedimiento común y estandarizado vinculante para todas las instituciones del sistema penal que señale cómo se debe actuar o reaccionar ante una denuncia de tortura y, junto a la anterior, cuáles son las diligencias investigativas que debe realizar cada institución involucrada. Lo anterior implica establecer protocolos que determinen las funciones y responsabilidades de cada institución, en qué casos se actuará, incorporar mecanismos de control y seguimiento de los casos, determinar qué policía hará las diligencias, etc. Se debe tomar en consideración para esto el Protocolo de Estambul.
2. Elaborar un plan nacional al interior de Gendarmería que implique enfrentar el fenómeno de la tortura de manera específica. Como se desprende de lo afirmado en este informe, los mecanismos implementados por la reforma procesal penal respecto del valor –o falta de este– de la información obtenida tras un apremio ilegítimo, no vino a contribuir en nada respecto de la tortura que se aplica como forma de castigo o represión, que representa a casi la totalidad de los casos de abusos que se dan al interior de las cárceles chilenas.
3. Modificar aquellas reglas de competencia sobre justicia militar. No es admisible que civiles víctimas de apremios por parte de funcionarios públicos sean derivados a la justicia militar, por lo que se debe disponer de una norma que sin excepción determine que la competencia es de la justicia civil.
4. Mejorar capacidades de persecución penal y transparencia, para lo cual se debiera, entre otras cosas, disponer de un mayor número de cámaras en recintos de detención y vehículos tanto de las policías como de Gendarmería. Esto permitiría generar evidencia para probar eventualmente los apremios, pero también para transparentar los procedimientos.
5. Mejorar la oferta de capacitación y formación de policías, fiscales, defensores y jueces en relación a estándares internacionales sobre tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
6. Cumplir con las obligaciones suscritas por el Estado de Chile respecto al Protocolo Facultativo, particularmente, la institucionalización del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura.
7. Modificación al delito de torturas del Código Penal, de acuerdo a recomendaciones internacionales, especialmente en lo referente al monto de la pena y a la posibilidad de aplicarse medidas alternativas a la misma.

PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CHILE: DESGOBIERNO CARCELARIO Y AFECTACIÓN DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN PENAL*

* Informe preparado por Isabel Arriagada y Diego Rochow. Los autores contaron con la asistencia de investigación de Vanessa Doren, Juan José Martínez, Matías Edwards, Alex Choquemamani, María de Lluch, Sheila Fernández y Camila Ostornol. Colaboraron también Pablo Vera, abogado del Servicio Jesuita de Migrantes y Nicolás Hernández. Cualquier error fáctico o de interpretación es de exclusiva responsabilidad de los autores.

SÍNTESIS

El presente capítulo aborda la situación de los derechos humanos de quienes se encuentran sometidos a penas privativas de libertad. Analiza las principales instituciones involucradas en el aparato penitenciario chileno y su capacidad para proteger los derechos de los reclusos; entre ellos destacan el derecho a acceder a un tribunal imparcial y al debido proceso, el derecho a defensa, el derecho al esclarecimiento de los hechos, a un trato digno por parte del personal penitenciario, el derecho de acceso a la información y a participar de la comunidad política. El análisis concluye que la correcta ejecución de la pena requiere una planificación institucional sistemática y coordinada, atenta a los estándares internacionales establecidos en los diversos pactos, principios y recomendaciones en materia de privación de libertad.

PALABRAS CLAVES: Privación de libertad, Ejecución de la pena, Sistema penitenciario

INTRODUCCIÓN

Desde el retorno a la democracia, el mundo académico, político y social ha denunciado la crisis que afecta al aparato penitenciario chileno.¹ A la luz de los compromisos internacionales vigentes, el presente capítulo busca reflexionar sobre esta aseveración. Sostenemos que el “sistema” penitenciario chileno mal puede estar viviendo una crisis, porque ni siquiera es posible concebirlo como un sistema: solo existe un entramado institucional difuso y disperso, junto a una diversidad fragmentaria de organismos, normas, procedimientos y facultades, que impiden reconocer la existencia de un conjunto coherente y coordinado de componentes interdependientes. Tampoco existe una ley de ejecución penitenciaria que regule “sistemáticamente” la materia.²

Esta fragilidad institucional contribuye a la vulneración de los derechos fundamentales de la población penitenciaria y a la ausencia de un Estado de Derecho en las cárceles. El hacinamiento, la tortura y malos tratos, la permanente arbitrariedad y la vulneración de los derechos de jóvenes, ancianos, mujeres y minorías indígenas y sexuales, constituyen síntomas de la precariedad y obsolescencia de una estructura penitenciaria incapaz de proteger los derechos humanos de los privados de libertad.

Aunque en los últimos veinte años han existido algunos intentos por reflexionar sobre el diseño institucional de la ejecución de la privación de libertad en Chile (como la del Consejo para la Reforma Peniten-

1 En particular, los diversos *Informes* desde el año 2003 a la fecha han relevado esta situación. Por ejemplo, *El Informe 2003*, p. 61, sostenía: “Hace muchos años que desde distintos sectores se ha venido planteando la necesidad de introducir reformas estructurales en el sistema penitenciario chileno.”

2 El principio de legalidad exige la tipificación legal de las conductas que ameritan una sanción. El Decreto Supremo 518, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios tiene rango infralegal. Por ende, el Estado chileno en materia de ejecución de penas y sanciones al interior de establecimientos penitenciarios, incumple con la exigencia de legalidad consagrada tanto en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, la regulación reglamentaria infringe el artículo 19, N° 7, letra b) de la Constitución. Por estos motivos, resulta imperativo que la normativa penitenciaria adquiera rango legal.

ciaria³ o diversos anteproyectos de ley sobre el tema⁴), estas iniciativas se presentan como actividades aisladas, actualmente abandonadas por el gobierno y relativamente excluidas del debate público. La mayoría de las reformas efectuadas solo han impulsado cambios de carácter puntual (como el desarrollo y formación de recursos humanos⁵ o la implementación de infraestructura a través del sistema de cárceles concesionadas⁶), pero no se ha llegado a abordar globalmente las falencias institucionales ni la precaria coordinación entre las entidades involucradas.

Chile ha suscrito y ratificado una serie de tratados internacionales que consagran y protegen los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Los instrumentos vigentes más importantes sobre la materia son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En términos generales, la literatura chilena y los diversos informes en la materia destacan que el derecho internacional ha impuesto el deber de asegurar la vida e integridad de los internos, así como las condiciones de habitabilidad al interior de las prisiones. Además de esta normativa internacional, existen garantías consustanciales referidas a la organización y presencia de instituciones fuertes, como el derecho a un juez imparcial y a defensa letrada, capaces de asegurar el ejercicio de aquellos derechos esenciales. Sobre la base de esta distinción, decidimos centrarnos en los derechos humanos correspondientes a exigencias internacionales relativas a la institucionalidad

- 3 El Consejo para la Reforma Penitenciaria fue una instancia intersectorial, convocada el año 2009 por el ministro de Justicia de la época, Carlos Maldonado (PRSD). Su producto principal fueron las Recomendaciones para una Nueva Política Penitenciaria.
- 4 Por ejemplo, el proyecto denominado “Elaboración de un Anteproyecto de Ley de Ejecución de Penas” o el “Estudio sobre el Diseño Normativo e Institucional para la Implementación de Jueces de Penas y Medidas de Seguridad en Chile”. A la fecha, resulta evidente que ambas iniciativas resultaron absolutamente infructuosas.
- 5 El año 2010 se promulgó la Ley 20.426 que “Moderniza Gendarmería de Chile incrementando su personal y readecuando las normas de su carrera funcionaria”. En términos generales, esta iniciativa buscaba aumentar la dotación de gendarmes en cerca de 3.000 funcionarios, establecer una readecuación de la orgánica institucional, y encargar a la institución propender a la reinserción social de los condenados. Por otra parte, en mayo de este año, el gobierno ingresó al Parlamento el proyecto de ley que “Modifica el estatuto de personal perteneciente a las plantas I y II de Gendarmería de Chile en materia de ascensos”, mediante Mensaje 390-363, el cual busca “que Gendarmería de Chile cuente con una carrera funcionaria moderna, digna, justa y adecuada a sus importantes funciones.” Actualmente el contenido del proyecto se encuentra aprobado por ambas cámaras y se espera su publicación para que entre en vigencia.
- 6 Desde la década del 2000 en Chile fue implementado el “Primer Programa de Concesiones Penitenciarias” caracterizado por la recepción del modelo francés de privatización mixta que consiste en delegar algunas actividades al sector privado, encargándose el Estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento. El marco regulatorio correlativo dio lugar a numerosos problemas. Para ver el detalle de las falencias del modelo de concesiones carcelarias, Isabel Arriagada, “Privatización carcelaria: El caso chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 17, 2012.

penitenciaria. Con esta prevención a la vista, cada sección de este capítulo describe los principales estándares que imponen los tratados de derechos humanos a las instituciones involucradas en la ejecución de la pena, para luego analizar la situación concreta de Chile en esta materia. Como se verá, gran parte de estas garantías han sido desatendidas por el Estado chileno, lo que ha acarreado consecuencias perjudiciales a la población penal.

Para describir la institucionalidad penitenciaria vigente en el país decidimos usar la tradicional imagen de la sala judicial de audiencias. Tal como en una audiencia pública, la ejecución penitenciaria exhibe una distribución de funciones donde cada interviniente se sitúa en una posición particular. A continuación, se ilustra la posición que cada una de estas instituciones ocupa en esta “sala de audiencias penitenciaria” y la forma en que dan (o no) cumplimiento a los estándares internacionales en materia de privación de libertad.

En el primer apartado analizamos la figura del juez de ejecución penitenciaria. Se describen principalmente los problemas que conlleva la ausencia de un tercero imparcial que se haga cargo de la tutela judicial efectiva al interior de los recintos penales. En segundo lugar se analiza el rol de la defensa penitenciaria y la prestación de asesoría jurídica a la población privada de libertad. En tercer lugar se ilustra la situación del Ministerio Público y sus dificultades para emprender investigaciones sobre los delitos que se cometen al interior de los establecimientos penitenciarios. En cuarto lugar se analiza el rol de Gendarmería de Chile, los déficits en la formación de los funcionarios, sus precarias condiciones laborales, la fragmentación de funciones y gremios y la arbitrariedad con que se adoptan decisiones en la institución. En quinto lugar se detalla la situación del privado de libertad y la precariedad a que da origen la descoordinación institucional y los problemas específicos asociados a grupos vulnerables en estas circunstancias. Finalmente, en la sección “Ciudadanía, comunidad y privados de libertad”, se da cuenta de la situación del público observador en la sala de audiencias: se abordan los problemas de acceso a información sobre el aparato penitenciario, el rol de la prensa y el circuito académico, así como la participación del mundo político y la responsabilidad de la sociedad civil en su calidad de espectadora. Como se ve, el capítulo analiza la manera en que los diversos actores institucionales protegen o vulneran los derechos de los privados de libertad.

A continuación, describimos el precario panorama institucional del aparato penitenciario chileno y sugerimos recomendaciones para un cambio estructural que propicie una efectiva tutela de derechos en pos de asegurar una ejecución digna del castigo.

1. EL JUEZ DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA: LA AUSENCIA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Al centro de nuestra sala imaginaria de audiencias se encuentra un estrado que corresponde ocupar al juez a cargo de resolver los conflictos suscitados a propósito de la privación de libertad. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10, señala que “[t]oda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”⁷

Sin embargo, en Chile ese estrado se encuentra vacío. No existe un juez de ejecución penitenciaria ni tampoco un órgano imparcial llamado a impartir justicia, sino que distintos órganos con competencias y responsabilidades difusas, que se encargan de resolver los conflictos surgidos a propósito de la ejecución de la pena. La inexistencia de un juez de ejecución infringe el derecho al recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes frente a violaciones de derechos fundamentales.⁸ Lo anterior se traduce no solo en arbitrariedad y falta de imparcialidad en la adopción de decisiones sobre la privación de libertad, sino que constituye un factor que propicia la desprotección de los derechos fundamentales de los internos. La posición de juez la ejercen de facto, respecto de distintos conflictos y oportunidades, Gendarmería de Chile y el Ministerio de Justicia. Ocasionalmente, el Poder Judicial imparte justicia dentro de las cárceles cuando algún conflicto llega a conocimiento de un juez de garantía o a los tribunales superiores. A través de la interpretación de distintas disposiciones del Código Procesal Penal, los defensores penitenciarios estratégicamente han logrado que los tribunales de garantía se pronuncien sobre conflictos al interior del aparato penitenciario.⁹ Por su parte, los tribunales superiores de

7 Disposiciones similares se consagran en los artículos 14.1 y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los artículos 8.1 y 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos. También, el principio cuarto del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (en adelante, Conjunto de Principios).

8 En cuanto al debido proceso, a partir del Conjunto de Principios, la potestad disciplinaria administrativa encuentra límites en su actuación constituidos por los principios de tipicidad, publicidad, proporcionalidad, la consagración de la prohibición de doble valoración o *ne bis in idem*, así como el derecho a defensa y a presentar pruebas, derecho a ser juzgado en un plazo razonable y derecho al recurso. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estándares Internacionales en materia de personas privadas de libertad y condiciones de los centros penitenciarios. Sistematización, análisis y propuestas*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, pp. 115 y ss.

9 Entre estas, destacan especialmente la audiencia de cautela de garantías (artículo 10 CPP), el amparo ante el juez de garantía (artículo 95 CPP), y la audiencia innominada del artículo 466, todas del Código Procesal Penal. Un análisis pormenorizado de estas instancias puede encontrarse en el siguiente trabajo: Olga Espinoza y Alicia Salinero, “Estudio jurídico. Chile”, en Programa EUROsociAL, ed., *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Madrid, 2014, pp. 205-208.

justicia conocen de los recursos constitucionales de amparo o protección. En los párrafos que siguen, nos detendremos en estos tres actores –Gendarmería, Ministerio de Justicia y Poder Judicial– para analizar quiénes (y de qué manera) resuelven los conflictos penitenciarios.

Debido a la ausencia de un juez de ejecución, y por estar llamada a la administración de los recintos penitenciarios, Gendarmería de Chile es el organismo facultado para resolver la mayoría de los conflictos, materiales o jurídicos, al interior de las cárceles. En palabras de María Inés Horvitz, “siendo la propia autoridad administrativa la que dicta dichos reglamentos, [resulta criticable que] sea, al mismo tiempo la que se encuentre encargada de aplicarlos y cumplirlos, dejándose esta materia entregada al autocontrol y vulnerándose el principio republicano de separación de los poderes”.¹⁰ Un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt evidencia las complejidades de esta realidad. El año 2014 la madre de un interno debió acudir a la Defensoría Penal Pública para dar aviso de que su hijo se encontraba en silla de ruedas por una fractura de tobillo producida en extrañas circunstancias. La Defensoría interpuso un recurso de amparo buscando subsanar la situación. La Corte recibió el informe médico, donde el facultativo señalaba que la lesión resultaba atribuible a golpes proporcionados por un palo de madera, y el informe de Gendarmería con una declaración del interno explicando que se habría “doblado” el tobillo producto de una caída y que no deseaba presentar reclamo alguno contra la institución.¹¹ El tribunal acogió el recurso y realizó un llamado a Gendarmería a hacerse responsable no solo de la seguridad, sino también de la integridad física de las personas privadas de libertad. El caso retrata el absurdo de que la misma institución inculpada sea quien emprenda la investigación (contra sí misma) y deba emitir un juicio sobre el caso.¹² Si bien Gendarmería debe mantener aquellas atribuciones que le permitan garantizar la seguridad y convivencia al interior de los recintos penales, el Estado en su posición de garante debe definir un órgano imparcial encargado de intervenir en esta materia y asumir su responsabilidad sobre la vida y los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Algunos mecanismos inmediatos que permitirían

10 María Inés Horvitz, “Ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad”, en María Inés Horvitz y Julián López (eds.), *Derecho Procesal Penal chileno*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 589.

11 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, *Recurso de amparo en favor de Marcos Ruiz Tagle Contreras*, 20 de mayo de 2014. En este caso, la Corte acoge el recurso y en su considerando sexto señala: “Que, así las cosas, lo cierto es que la lesión existe, no apareciendo de los antecedentes informados por la propia recurrida, que ésta haya pretendido o intentado dilucidar las causas de la misma, no obstante entre sus deberes se encuentra comprendido el de velar por la seguridad de los internos que permanecen en los centros de cumplimiento penitenciario siendo responsable no solo de la vigilancia sino de velar por la integridad física de las personas que se encuentran privadas de libertad, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.”

12 Horvitz, op. cit., p. 589.

responder a esta situación serían implementar un canal independiente de denuncias, fortalecer la fiscalización sobre la institución y establecer un sistema de supervisión sin aviso previo.¹³

Además, en la actualidad Gendarmería se rige por un reglamento disciplinario que le permite adoptar decisiones sin el debido control jurisdiccional. Afortunadamente, existen iniciativas destinadas a exigirle a Gendarmería racionalizar el ejercicio de ciertas facultades, como, por ejemplo, restringir el uso de la celda de aislamiento.¹⁴ La medida ha tenido bastante éxito y ha contribuido efectivamente a disminuir la aplicación de esta sanción. Sin embargo, subsisten al menos dos problemas cruciales. En primer lugar, la aplicación de la normativa varía discrecionalmente en razón de la autoridad a cargo. Así, al año 2013 en la cárcel de Alto Hospicio el aislamiento en celda solitaria constituía el 95% de las sanciones, mientras que en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Bío-Bío el porcentaje alcanzaba el 43%.¹⁵ En segundo lugar, el reglamento mantiene un criterio desproporcionado para la identificación de faltas graves (que incluye conductas tan disímiles como matar, violar o portar un teléfono celular¹⁶) y su aplicación se encuentra exenta de la fiscalización apropiada. Al respecto, entre los sucesos relevantes del periodo 2014-2015, la prensa destacó los allanamientos masivos en las cárceles chilenas en busca de objetos prohibidos, en especial de teléfonos celulares.¹⁷ Gendarmería tiene amplias facultades para decidir la sanción aplicable, lo que sumado a la severa criminalización del porte de celulares, generalmente concluye en que los internos sean sometidos a una sanción excesivamente intensa si consideramos que se trata de una conducta en principio inofensiva.¹⁸ Según Borja Mapelli, en su comentario sobre el porte de dispositivos móviles, la medida tiene graves inconvenientes y la misma naturaleza de las cosas

13 Stephen Kendall, *La tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2011, pp. 74 y ss. Esto es así pese al principio de imparcialidad que rige a la administración, consagrado en el artículo 11 de la Ley 19.880.

14 Resolución exenta 4247 de 10 de mayo de 2013. Disponible en www.gendarmeria.gob.cl

15 Radiouchile.cl: "Chile registra baja histórica en uso de celdas de aislamiento", 16 de noviembre de 2013.

16 Artículo 78 letras j), l) y ll), del Decreto Supremo 518.

17 Entre los numerosos titulares al respecto: La Tercera.com: "Gendarmería realiza allanamientos en 8 recintos penales a lo largo de Chile", 5 de junio de 2014. Biobiochile.cl: "Detectan diversos elementos prohibidos en cárceles de región de Valparaíso tras gran operativo", 24 de diciembre de 2014. Biobiochile.cl: "Gendarmería incautó armas, celulares y droga durante allanamiento en tres cárceles de La Araucanía".

18 Es más, de acuerdo a la Asamblea General de las Naciones Unidas, toda persona detenida o privada de libertad tiene derecho a mantener comunicaciones libres. El Principio 29.2 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión sostiene: "La persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse libremente y en régimen de absoluta confidencialidad con las personas que visiten los lugares de detención o prisión de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente principio, con sujeción a condiciones razonables que garanticen la seguridad y el orden en tales lugares."

exige cambios estratégicos.¹⁹ Entre las ventajas que conllevaría permitir el uso de celulares a los internos, se encuentra la posibilidad de afianzar relaciones sociales, permitirles sentirse más cerca de su hábitat afectivo, propiciar relaciones laborales, debilitar las mafias carcelarias y detener su tráfico ilícito (entre los propios internos y de los internos con gendarmes). Una correcta política podría incluir el registro digital de los móviles y la supervisión de las llamadas.

Retomaremos el análisis de Gendarmería como organización en la sección correspondiente.

En segundo lugar, debido a la ausencia de un tribunal imparcial de ejecución, también las autoridades del Poder Ejecutivo intervienen discrecionalmente en la toma de decisiones. Durante el año 2014 el Ministerio de Justicia procedió a la denegación masiva del beneficio de rebaja de condena contemplado en la Ley 19.856.²⁰ En breves palabras, a propósito de la liberación anticipada del empresario Claudio Spiniak, condenado por el delito de abusos sexuales el año 2008, el entonces ministro José Antonio Gómez decidió rechazar la concesión de los beneficios otorgados por la Comisión de Reducción de Condena (en adelante, la Comisión) y ordenar a los funcionarios del Ministerio de Justicia revisar cada una de las autorizaciones de libertad anticipada. La decisión del ministro retrasó la libertad de cientos de internos a lo largo del país.²¹ Asimismo, significó una alteración del criterio sostenido por anteriores titulares de la cartera respecto al organismo facultado para calificar la procedencia del beneficio.²²⁻²³ Por medio de la prensa, el ministro defendió su posición y sostuvo:

De la revisión que hemos hecho de los expedientes, hay muchos de ellos que no cumplen con los requisitos. No cumplen con educación, no cumplen con trabajo, rehabilitación, y, por lo tanto, hemos dicho que la obligación del ministerio es evitar que salgan a la calle delincuentes como violadores y asaltantes.²⁴

19 Borja Mapelli, "Capítulo 6.1 Relaciones con el mundo exterior. Introducción", en Programa EUROsociAL, ed., *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*, Madrid, 2014, pp. 248 y ss.

20 La Ley 19.856, promulgada el 28 de enero de 2003 y publicada el 4 de febrero de 2003, crea un sistema de reinserción social de los condenados, principalmente sobre la base de la observación de buena conducta.

21 La Tercera.com: "Ministerio de Justicia impide libertad de 205 reos que obtuvieron rebaja de condenas", 31 de enero de 2015.

22 La Tercera.com: "Ministro de Justicia: 'Aunque duela en el corazón' hay que cumplir la ley en rebaja de condena a Spiniak y 'cura Tato'", 23 de noviembre de 2013. Declaración de Teodoro Ribera, ministro de Justicia durante la administración Piñera.

23 La Tercera.com: "Ministra de Justicia por decisión de magistrados de dejar libre a Spiniak: 'No tenemos atribuciones para modificarla'", 27 de noviembre de 2014. Declaración de Patricia Pérez, Ministra de Justicia durante la administración Piñera.

24 Véase nota 22.

La población penal y sus familiares, en conjunto con la Defensoría Penal Pública, reaccionaron por medio de la interposición de recursos de amparo ante las diferentes Cortes de Apelaciones. La Corte Suprema constituyó un contrapeso relevante y revirtió las decisiones del ministro Gómez, acusándolo de haber actuado de forma ilegal y arbitraria. Respecto a la medida, la Corte estimó que:

[El Ministerio de Justicia ha] dilatado injustificadamente el pronunciamiento sobre la solicitud objeto del presente recurso de amparo con infracción a los principios de eficiencia, eficacia e impulsión de oficio del procedimiento contemplados en el artículo 3° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, provocando con ello perturbación o amenaza al derecho del amparado a su libertad personal.²⁵

La polémica retrata fielmente las dificultades que enfrentan tanto la administración penitenciaria como el Poder Judicial para resolver los conflictos que aquejan a la población privada de libertad. La postura adoptada por el ministro pareciera fundarse no tanto en su apego a la normativa, sino en el potencial impacto de sus decisiones sobre su imagen política. Como resulta previsible, el camino político le exigió estar más atento a la opinión pública que a los derechos fundamentales de los privados de libertad: cuando tuvo que ponderar entre la afectación de los derechos de la población penal y el supuesto impacto negativo a nivel político que conllevaba la aplicación de la ley, el titular de la cartera prefirió satisfacer el rol de autoridad punitiva. Nuevamente aparece la necesidad de contar con un tercero imparcial llamado a aplicar la ley, cuyo cargo sea inamovible e independiente. Estas condiciones le permitirían ser indiferente a los costos políticos de liberar a un preso y a los vaivenes de la opinión pública.

El tercer y natural órgano llamado a ejercer la tutela judicial efectiva de los privados de libertad es el Poder Judicial. Aunque esta institución no ha ejercido “sistemáticamente” el rol de juez de ejecución, ha intervenido de distintas formas en la resolución de conflictos a nivel penitenciario. En los hechos, el Poder Judicial ha buscado (quizás tíbilmente) contrarrestar las vulneraciones de derechos infligidas por la administración penitenciaria. Los tribunales superiores conocen de las acciones constitucionales de amparo y protección a favor de los privados de libertad, las que históricamente han constituido un paliativo a la vulneración de derechos humanos de la población penal. Sin embar-

25 Corte de Apelaciones de Copiapó, *Casanova Rafael contra Secretaría Regional Ministerial de Justicia, Región de Atacama*, 3 de julio de 2014. La sentencia hace referencia a decisiones de la Corte Suprema sobre la materia, contenidas en causas Rol. 10594-2014, 1663-2014 y 10738-2014.

go, no son una vía idónea de control de la actividad administrativa, ya que no todos los conflictos logran acceder a esta instancia. Además, las acciones constitucionales resultan insuficientes para enfrentar las demandas por justicia y generan una sobrecarga en la labor de los tribunales superiores.²⁶ Su tramitación escrita, la inexistencia de instancias para que los internos puedan ser oídos, la imposibilidad de acceder al expediente, o la necesidad de una defensa letrada para el éxito del recurso, constituyen obstáculos que merman la efectividad de estos instrumentos.²⁷ Asimismo, la interposición de recursos de amparo y protección se ha constituido en una práctica *ad-hoc* frente a la ausencia de recursos judiciales específicos destinados a impugnar actuaciones de la administración penitenciaria.²⁸

Aparte de su rol estrictamente jurisdiccional, el Poder Judicial ha levantado una voz políticamente relevante en el debate público sobre el tema. Durante el último año, el Presidente de la Corte Suprema, Sergio Muñoz, ha realizado numerosas declaraciones destinadas a denunciar la dramática situación del aparato penitenciario e implementar algunas medidas en consecuencia. Entre otras aseveraciones, sostuvo que “la puerta giratoria no existe”²⁹ y que “la delincuencia es un fenómeno que surge de las desigualdades de la sociedad imperante”.³⁰ Sobre el actual proyecto de ley (Boletín 9885-07) destinado a facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, la máxima autoridad judicial suscribió (en oficio número 23-2015) un informe desfavorable, que objeta tanto la formulación interna del proyecto como sus consecuencias adversas. Finalmente, para evitar el acceso a los datos penales a través del sitio web del Poder Judicial, el ministro Sergio Muñoz emitió una declaración pública en pos de la protección de los antecedentes personales con el fin de evitar que la página del Poder Judicial se convierta en un “gigantesco archivo de antecedentes”³¹.

26 Juan Carlos Ferrada, Andrés Bordalí y Kamel Cazor, “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo.” *Revista de Derecho, Valdivia*, volumen 14, 2003.

27 Jörg Stippel, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, Santiago, LOM, 2006, pp. 196 y ss.

28 Como afirmaba Salinero: “[l]a falta de un recurso destinado específicamente a proteger los derechos e intereses de los condenados privados de libertad ha conducido a la utilización de las acciones de amparo y de protección que se han demostrado, con algunas excepciones, como medios de protección ineficaces.” Alicia Salinero, “Los permisos de salida en la legislación chilena”, *Informe en Derecho en Defensoría Nacional, Centro de Estudios y Proyectos*, 2007, p. 59.

29 Pulso.cl: “Sergio Muñoz: ‘La gente quiere participar del bienestar, no solamente en el sacrificio de los proyectos’”, 28 de noviembre de 2014.

30 *La Tercera*: “Presidente de la Corte Suprema: ‘La delincuencia nace de la desigualdad en la sociedad’”, 4 de Agosto de 2014. En particular, Sergio Muñoz afirmó que “No podemos seguir hablando de la violencia que genera la delincuencia, sin hablar de todas las situaciones que generan violencia en nuestra sociedad. La delincuencia solo es un fenómeno que surge a raíz de las desigualdades en la sociedad imperantes y que no atendemos”.

31 Emol.com: “Suprema critica Banco Unificado de Datos: Atenta contra la privacidad de las

Por último, como una forma de impulsar la instalación de un Tribunal de Ejecución Penitenciaria, el Poder Judicial incluyó una partida en la ley de presupuesto 2015 destinada a crear una nueva unidad de cumplimiento de tribunales de garantía.³²⁻³³ La iniciativa se encuentra en concordancia con el llamado legal a los juzgados de garantía para ejercer una función de control de la ejecución penal.³⁴ No obstante, el hecho de que el Poder Judicial supla la ausencia de un juez de ejecución a través de su gestión interna, constata la necesidad y urgencia de su implementación, así como la falta de preocupación por parte de los poderes Ejecutivo y Legislativo.

2. EL DERECHO A DEFENSA

A un costado del estrado vacío de nuestra sala de audiencias se encuentra el defensor penitenciario del condenado. El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su numeral tercero, consagra el derecho de toda persona a quien se le impute la comisión de un delito, a hacer valer ciertas garantías mínimas durante el proceso. Dentro de estas, la letra b) indica que toda persona tendrá derecho “[a] disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”; y la letra c) señala el derecho de toda persona “[a] hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser defendida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia así lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.³⁵

El año 2009 la Defensoría Penal Pública (en adelante, DPP) implementó un proyecto piloto de defensa penitenciaria en la región de Coquimbo, a través de la especialización de abogados y trabajadores sociales. El programa buscaba representar a los internos tanto en instancias judiciales como extrajudiciales durante el cumplimiento de la pena y hasta su completa ejecución, con el fin de resguardar los intereses, garantías y derechos del condenado adulto.³⁶ Esta iniciativa materializó

personas”, 21 de enero de 2015.

32 Ley 20.798, correspondiente a la Ley de Presupuestos del Sector Público del año 2015.

33 A la fecha de terminación de este capítulo, la iniciativa no se ha materializado.

34 Código Orgánico de Tribunales, artículo 14, letra f).

35 Adicionalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8, relativo a las garantías judiciales, consagra especialmente en su letra e) el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.” También consagran el derecho a defensa las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y el Conjunto de Principios.

36 Así lo dispone el artículo primero de las Bases Administrativas para la contratación del Servicio de Defensa Penal Pública Penitenciaria. A la fecha, el sistema de la Unidad de Defensa

distintos tratados internacionales, el mandato constitucional de igual protección de la ley y la exigencia de brindarle asesoramiento y defensa jurídica a quien no tiene medios para procurárselos.³⁷ Asimismo, cumple con el mandato de la legislación procesal penal que impone a la defensa ser ejercida desde la primera actuación en contra del imputado hasta la completa ejecución de la sentencia.³⁸ Como ya se señalara en el *Informe 2010*, gracias a esta experiencia “las posibilidades de que el interno sea escuchado en sus alegaciones aumentan, y se satisface la necesidad vital de contar con una asistencia letrada que dota de operatividad técnica al derecho a defensa.”³⁹

La Defensoría Penitenciaria constituye una instancia extremadamente valiosa para observar las condiciones en que se encuentra la población penal. Resulta ilustrativo un caso ocurrido en Puerto Montt el año 2014. Germán Echeverría, Defensor Penal Público de la Defensoría Regional de Los Lagos, asistió al Complejo Penitenciario Puerto Montt con motivo de una actividad relativa a la difusión de los derechos de los internos. Durante la visita, advirtió que dos internas presentaban un comportamiento extraño. Luego de las consultas pertinentes, se enteró de que habían sido castigadas con celda de aislamiento y se les había suministrado Clonazepam sin ningún tipo de prescripción médica.⁴⁰ Producto de su observación, interpuso un recurso de amparo en contra de Gendarmería de Chile, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.⁴¹

Pese a sus éxitos, el mérito de la Defensoría Penitenciaria se ve debilitado por las difíciles condiciones que enfrenta para llevar a cabo su labor. El contexto carcelario se encuentra cargado de matices culturales que obstaculizan el desempeño del defensor penitenciario y se caracteriza, además, por la ausencia de una tradición institucional respetuosa

Penitenciaria se ha implementado en las Defensorías Regionales de Arica y Parinacota, Antofagasta, Atacama, O'Higgins, Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana Norte, Metropolitana Sur, La Araucanía y Biobío.

37 Constitución Política, Art. 19 N°3.

38 Código Procesal Penal, Art. 8. Entre las labores de los defensores especializados se encuentra la difusión de derechos de los condenados, el control en la aplicación y ejecución de la pena, la asesoría respecto a prestaciones administrativas de carácter contencioso y no contencioso (permisos de salida, libertad condicional, indultos, traslados, etc.) y prestaciones de carácter judicial. *Informe 2010*, p. 135. La implementación del programa de Defensa Penitenciaria en Antofagasta, Atacama, O'Higgins y La Araucanía se produjo a partir de este año, y aún queda por ver cuál será su real alcance. Según la información entregada por la Defensoría Penal Pública, se “espera” que para el año 2016 se alcance cobertura en todas las regiones del país. Información entregada por la Defensoría Penal Pública vía Ley de Transparencia, en solicitud N° AK005W-0000235. El listado de unidades penales en que actualmente funciona la unidad de Defensa Penitenciaria se encuentra disponible en: www.dpp.cl/pag/81/244/defensa_penitenciaria.

39 *Informe 2010*, p. 138.

40 Clonazepam es un medicamento psiquiátrico, cuya administración genera efectos sedantes.

41 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, *Defensoría Regional de Los Lagos contra Gendarmería de Chile*, 4 de marzo de 2014.

de los derechos de los internos. En palabras de Alejandro Gómez, abogado de la Unidad de Defensas Especializadas de la DPP:

[El defensor penitenciario tiene] que aprender a lidiar con las barreras culturales tanto de Gendarmería como de las personas condenadas. Se requiere generar confianza en un terreno donde estratégicamente es mucho más complejo moverse que en el proceso penal. Me refiero a que tú estás haciendo solicitudes en un espacio que no ha estado abierto a ese tipo de solicitudes, donde la discrecionalidad es mucho mayor y las exigencias de fundamentación son mucho menores. Porque así lo dice nuestro anticuado derecho penitenciario y así lo permiten los jueces.⁴²

La Defensoría Penitenciaria se enfrenta también a una importante desconexión respecto de otras instituciones, como Gendarmería de Chile y el Poder Judicial. La organización del modelo no contempla una relación cooperativa con estos órganos, de modo tal que los defensores penitenciarios en ocasiones son vistos como piedras en los zapatos de jueces y gendarmes,⁴³ a tal extremo que Gendarmería ha llegado a cuestionar su legitimidad. Alejandro Gómez relata que en una ocasión, “una asociación gremial de Gendarmería presentó una solicitud por transparencia para que se informara de las partidas presupuestarias de la Defensoría Penitenciaria y consultó a Contraloría para ver si efectivamente la Defensoría Penitenciaria tenía competencia para el ejercicio de este tipo de defensa.”⁴⁴

La falta de diálogo redundando en el aislamiento de la Defensoría Penitenciaria y contribuye a la ausencia de una cultura de respeto y protección de derechos. En vez de haberse transformado en un agente catalizador de las transformaciones, la Defensoría Penitenciaria se ha visto enfrentada a un modelo organizacional resistente al cambio.⁴⁵

Resulta interesante además, destacar que un interno puede abstenerse de realizar denuncias por temor a las represalias de la autoridad o al prever la esterilidad de su reclamo. Uno de nuestros entrevistados (quien pidió que se le identificara solo como “El Billete”) relata haber sido víctima de una golpiza por parte de Gendarmería, a raíz de la cual perdió parcialmente la visión. Nos mostró a modo de prueba una prescripción médica que le indica usar un bastón de ciego para

42 Entrevista realizada el 3 de junio de 2015.

43 CCI Ingeniería Económica, “Servicio de Auditoría del Modelo actual de cargas de trabajo en Defensa Penitenciaria y propuesta de un modelo optimizado, en la Defensoría Penal Pública.”, Informe Final, Año 2014, Tomo I, pp. 74-75. El documento es la primera auditoría realizada al sistema de defensa penitenciaria implementado por la Defensoría y se encuentra disponible en el sitio web de la institución.

44 Entrevista realizada el 3 de junio de 2015.

45 CCI Ingeniería Económica, op.cit., p. 76.

deambular. La receta proviene de un médico de la institución quien tuvo conocimiento de la golpiza y, aún así, no interpuso la denuncia correspondiente. El entrevistado nos cuenta:

En Santiago I cuatro funcionarios me pegaron en la cabeza y me dejaron ciego (...) No interpose denuncia, porque uno sabe que funcionario-funcionario bandido-bandido y va a quedar ahí mismo, porque son del mismo plantel, de la misma familia. Te pegan y ahí quedan. O te mandan a los leones, te mandan a las brasas [se refiere a la práctica de Gendarmería consistente en trasladar a internos a dependencias de riesgo]. El gendarme busca desquitarse, desahogarse (...) Todo queda ahí. Viene la policía a veces y nadie fue (...). Ahora denuncié, porque soy valiente y sé a lo que voy. Voy a ganar por cómo me dejaron y tengo que recuperar lo que he perdido.⁴⁶

Por otra parte, la Defensoría Penitenciaria funciona a través de un sistema de licitación, mediante el cual los abogados postulan periódicamente al cargo, pero no pueden acceder a posiciones de planta. Dicho sistema ha permitido a la Defensoría llevar a cabo el programa de defensa penitenciaria, pero no ha asegurado una dotación calificada y permanente de funcionarios, ya que no existen garantías de continuidad para los defensores licitados. La rotación de defensores no permite el asentamiento de una capacitación continua y la consolidación de un equipo de trabajo especializado.⁴⁷ En palabras de Alejandro Gómez:

El defensor penal institucional tiene más acceso a formación [que el defensor licitado] y además [permite] que esa capacitación se quede en la institución. El defensor de la institución además tiene una permanencia mayor (...) El problema fundamental es que un defensor licitado no permanecerá en el tiempo, porque el mercado puede tener mejores ofertas.⁴⁸

El mundo académico y universitario tampoco garantiza la mayor calificación de quienes acceden al cargo, puesto que “se trata de materias desconocidas y son pocas las universidades en que existe el curso de derecho penitenciario y no son permanentes”.⁴⁹

46 Entrevista realizada el 25 de junio de 2015. Entrevistado ha solicitado anonimato.

47 Esta idea fue expuesta por Gonzalo Berrios, jefe de la Unidad de defensa penal juvenil y defensas especializadas de la Defensoría Penal Pública, en el seminario “Tribunales de ejecución penal. La Reforma Pendiente”, realizado en diciembre de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

48 Entrevista realizada el 3 de junio de 2015.

49 *Ibíd.*

Por último, los equipos de trabajo en la defensoría penitenciaria están conformados, principalmente, por abogados y asistentes sociales. Pese a la insustituible labor que realizan estos profesionales, no logran abarcar la diversidad de tareas que requiere la atención de los privados de libertad. ¿Qué pasa, por ejemplo, cuando el defensor penitenciario se enfrenta a un interno con problemas psicológicos? No cuenta con personal de apoyo que le permita manejar el caso y enfrentar adecuadamente la defensa.⁵⁰

Fuera de las dificultades internas que experimenta la Unidad de Defensa Penitenciaria, la iniciativa resulta insuficiente para la cobertura de toda la población penal nacional.⁵¹ Solo 42 defensores del programa trabajan en las diversas regiones del país, los que deben hacerse cargo de 62 establecimientos penales. Esto implica que se cuenta aproximadamente con un defensor por cada mil internos.⁵² En la misma línea, según estadísticas de Gendarmería, a diciembre del año 2014, en el Complejo Penitenciario de Valparaíso cumplían condena privativa de libertad 3.855 personas.⁵³ El mismo año se implementó el sistema de defensa penitenciaria en la región y se asignaron solo tres defensores para atender al total de la población del recinto.⁵⁴

Además, por estar llamada a prestar atención a los condenados solo bajo la reforma procesal penal, la situación de indefensión resulta particularmente grave respecto de los condenados por el llamado sistema penal antiguo. La institución encargada de su defensa es la Corporación de Asistencia Judicial, la que no cuenta con recursos ni personal suficiente para atender a esta población.

La ausencia de mecanismos efectivos de asesoría jurídica redundante en que los privados de libertad y sus familias paguen por los servicios de agentes externos. Los internos pueden ser fácilmente engañados por abogados, técnicos jurídicos y estudiantes de derecho, quienes podrían cobrar sumas exorbitantes por servicios jurídicamente inviables, innecesarios o derechamente inexistentes. La debilidad institucional en el acceso a la justicia para los condenados, los convierte en una población susceptible de ser, junto a sus familias, víctimas de estafas.⁵⁵

50 La auditoría a la defensa penitenciaria es explícita al señalar que “Si bien se reconoce la pertinencia de abogados y asistentes sociales en relación a los objetivos buscados por el Programa, la participación de otras disciplinas como apoyo a los equipos actuales debe considerarse explícitamente. Apoyo psicológico, análisis sociológico y/o estadístico, a modo de ejemplo, pueden ser perfiles posibles a considerar.” CCI Ingeniería Económica, op. cit., p. 75.

51 Información disponible en el sitio institucional de la Defensoría Penal Pública, www.dpp.cl.

52 De acuerdo al sitio web de Gendarmería de Chile, la población penal privada de libertad alcanza las 41.986 personas.

53 Al promediar el número de personas privadas de libertad, y el número de defensores, se llega a una tasa de 1.285 internos por cada defensor. Si bien se trata de un mero ejercicio teórico, la cifra no deja de ser abrumadora.

54 Información entregada por la Defensoría Penal Pública vía Ley de Transparencia, en solicitud N° AK005W-0000235.

55 El Decreto 643 establece el “Reglamento de visita de abogados y demás personas habilitadas a los establecimientos penitenciarios”. La norma permite el ingreso a los recintos pe-

Finalmente, la normativa sobre defensa jurídica resulta particularmente severa con la población imputada por delitos relativos a la Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes. En su artículo 61, esta ley prohíbe que abogados que mantengan una relación laboral con el Estado patrocinen causas en estas materias y obliga al Juez de Garantía o al Ministerio Público informar a Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados del caso. Si un abogado ingresa a la lista de los profesionales que han patrocinado, representado o han sido mandatarios de imputados por la Ley 20.000, se le prohíbe el acceso a cargos públicos y no existe mecanismo alguno para poder eliminar este antecedente. La medida constituye una discriminación arbitraria contra los imputados en estas causas y afecta su derecho a defensa, ya que desincentiva a los abogados a hacerse cargo de este tipo de asesorías.⁵⁶

3. EL DERECHO AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS

Un actor institucional clave en el aparato penitenciario es el Ministerio Público. De acuerdo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, toda víctima tiene derecho a acceder a la justicia.⁵⁷ Aun cuando la víctima se encuentre condenada a una pena privativa de libertad, tiene derecho a que el Ministerio Público lleve el curso de investigaciones intramuros y recolecte la evidencia que le resultaría extremadamente difícil de obtener por su cuenta. Una apropiada investigación resulta crucial para garantizar la efectiva protección del derecho a la vida, a la integridad personal⁵⁸ y a una igual protección ante la ley, entre otros.⁵⁹ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “cualquier carencia o defecto

nales para prestar asesoría jurídica a los abogados, estudiantes de derecho y procuradores judiciales. Solo exige la confirmación formal de la habilitación, es decir, un documento que acredite la calidad que se invoca, sin que haya una instancia para comprobar la autenticidad del mismo. Si bien la normativa asegura el libre ejercicio de la profesión, no revela una preocupación sustantiva por la efectiva asesoría jurídica de los internos.

56 El Tribunal Constitucional de Chile conoció del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la ley 20.000 en Rol. 1133-08-INA interpuesto por un profesor de la Universidad de Valparaíso, que fue expulsado por asumir la defensa de una causa en esta materia. El Tribunal rechazó la acción, entre otras razones, por existir abogados de la administración del Estado que pudieron haber asesorado en la causa.

57 Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, N° 4. También la Declaración, en los numerales 5, 11, y 12, consagra el derecho a la íntegra reparación de los daños que haya sufrido y, en el caso de que los responsables sean agentes oficiales, es el Estado quien debe indemnizar los daños tanto a la víctima como a sus familiares. El derecho al esclarecimiento de los hechos, amparado en la obligación de investigar de forma pronta e imparcial, también se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

58 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 4 y 5.

59 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7.

en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida”.⁶⁰ A propósito de la desaparición forzada de Saúl Godínez en Honduras, el año 1989 la Corte sostuvo:

188. En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona (...) Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. 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. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.⁶¹

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que, cuando un individuo presenta un reclamo por haber sido seriamente agredido por agentes estatales, el Estado debe iniciar una investigación oficial y efectiva, que concluya con la identificación y sanción de los agentes penalmente responsables. De lo contrario, la prohibición legal de la tortura —y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes— sería ineficaz en la práctica y posibilitaría que agentes estatales abusaran con completa impunidad de aquellos individuos sujetos a su control.⁶²

La posibilidad de denunciar y llevar a cabo investigaciones sobre delitos cometidos dentro de los establecimientos penales, ya sea ejecutados por internos en contra de otros internos como por funcionarios en contra de internos, constituye un desafío para la convivencia en los

60 Corte IDH, *Caso Montero Aranguren (retén de Catia) y otros contra Venezuela*, 5 de julio de 2006, párr. 83. En este último caso, la Corte en el considerando 60.29 de la sentencia, también declara: “Las acciones cumplidas por las autoridades venezolanas en el curso de la investigación de los hechos no han sido suficientes para el debido esclarecimiento de la verdad histórica, la determinación de responsabilidades y condena de los responsables de la masacre del Retén de Catia. En una primera etapa, la investigación tuvo múltiples inconvenientes ocasionados por la falta de colaboración de la fuerza pública y las autoridades carcelarias en la recopilación y custodia de pruebas esenciales. En una segunda etapa, las autoridades judiciales encargadas de dirigir la investigación demostraron negligencia para cumplir con su deber y obtener resultados serios.”

61 Corte IDH, *Caso Godínez Cruz contra Honduras*, 20 de enero de 1989; En un sentido similar, Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides contra Perú*, 18 de agosto de 2000.

62 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Assenov y Otros contra Bulgaria*, 28 de octubre de 1998, párr. 102.

recintos carcelarios del país. Durante el cumplimiento de la condena al interior de los recintos penitenciarios, se producen, por parte de los reclusos, numerosos delitos que requieren su esclarecimiento a través de una correcta investigación. La precaria situación de las cárceles en Chile desencadena un clima de violencia que en muchas ocasiones culmina en la muerte de internos. De acuerdo a información proporcionada por Gendarmería de Chile, durante el año 2014 murieron 61 internos, producto de riñas o agresiones al interior de las cárceles.⁶³

La cultura de secretismo y de represalias que existe al interior de las cárceles, a la que adhieren tanto internos como funcionarios de Gendarmería, vuelve especialmente difícil la labor del Ministerio Público. Como bien señalara el fiscal Raúl Guzmán en su intervención en la Primera Mesa Ciudadana del Sistema Penitenciario,⁶⁴ Gendarmería de Chile “privilegia la garantía y el resguardo de los derechos o intereses entre pares producto de la existencia de una cultura militarizada” de manera que resulta difícil quebrar las lealtades al interior de la institución. En palabras del propio fiscal, la protección de intereses gremiales —que generalmente desemboca en meros sumarios administrativos sin sanciones efectivas frente a los ilícitos cometidos en las cárceles— “genera impunidad en una serie de hechos que han costado la vida o la integridad a muchos internos.” Como veremos en el apartado correspondiente, el excesivo compromiso institucional de Gendarmería intensifica mecanismos de autoprotección del gremio, que no aportan a la relación del interno con su posible reinserción y dificultan la vigencia de derechos dentro de las cárceles, circunstancia que confirma la idea de permanente estado de excepción constitucional en el mundo penitenciario. La defensa de intereses gremiales en Gendarmería, se analiza en el apartado correspondiente.

Los medios de comunicación han compensado la debilidad del Ministerio Público en el levantamiento de antecedentes. Gran parte de la evidencia que se tiene sobre los delitos al interior de las cárceles proviene de material fragmentado dado a conocer por los medios de comunicación. Por ejemplo, en agosto del año 2014, Televisión Nacional de

63 La información entregada por Gendarmería vía Ley de Transparencia en su respuesta a la solicitud N° AK006C-0001227, coincide con los datos a que se hace referencia en La Tercera.com: “558 presos mueren en la cárcel en los últimos cuatro años”, 9 de febrero de 2015. Valdría la pena comparar la cifra de muertes con el número de investigaciones efectivas del Ministerio Público sobre delitos cometidos al interior de los establecimientos penales.

64 El miércoles 7 de enero de 2015 más de veinte organizaciones que trabajan en torno a la cárcel se dieron cita en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile para discutir acerca del sistema penitenciario nacional. La instancia reunió a actores del mundo social, como 81 Razones (familiares de los internos del incendio de San Miguel), Confapreco, ONG Leasur y Paternitas, y a actores del ámbito institucional, como el Ministerio Público, el Instituto Nacional de Derechos y la Defensoría Penal Pública. El diagnóstico de los expositores coincidió en la necesidad de evitar la criminalización de la pobreza y el uso masivo del sistema penal como mecanismo de resolución de conflictos. El documento que sintetiza las posturas de los actores que intervinieron en la instancia se encuentra en edición.

Chile exhibió un video que mostraba a gendarmes de la cárcel de Rancagua agrediendo a varios internos.⁶⁵ La grabación databa del año 2013 y, según la información que proporcionó la prensa, una indagación interna absolvió de todos los cargos a los gendarmes en aquella oportunidad.⁶⁶ Solo una vez que el video fue dado a conocer públicamente, la fiscalía procedió a la reapertura de la investigación. Ante las críticas por la lentitud de la investigación del hecho, el mismo fiscal de la causa señaló: “podríamos haber tomado otras decisiones de manera más oportuna, pero esto estuvo cruzado por una serie de situaciones que ocurrieron respecto de la petición de antecedentes (...) que no fueron entregados”.⁶⁷ Por esta razón, aseveró el fiscal, “las dificultades propias de esta investigación atentaron contra su mayor celeridad”.⁶⁸ Incluso el ministro de Justicia del momento, José Antonio Gómez, declaró su sorpresa: “nos parece insólito que no se haya tomado ninguna medida. En el gobierno anterior esto quedó guardado hasta que hoy aparecen estas imágenes.”⁶⁹

De manera similar, en octubre del año 2014, el canal Chilevisión dio a conocer una brutal golpiza en la cárcel de Calama, ocurrida el año 2013. Luego de la difusión del registro audiovisual, el ministro vocero de Gobierno, en ese entonces, Álvaro Elizalde, advirtió: “Se van a desarrollar los sumarios respectivos para determinar la responsabilidad de estos hechos. En el caso de Rancagua ha habido un avance de la investigación, se ha abierto una arista judicial y estos hechos obviamente [también] tienen que ser investigados.”⁷⁰ Lo más probable es que de no ser por las grabaciones difundidas por el medio televisivo, no se hubiese iniciado la persecución de estos delitos.⁷¹ Los medios de comunicación han ejercido un rol fundamental, pero no sistemático en la denuncia de situaciones abusivas en las cárceles. Por lo mismo, resulta inquietante que el principal material probatorio para la judicialización de delitos cometidos por gendarmes permanezca bajo el control casi exclusivo de los potenciales agresores, facultados para decidir si los exhiben o no.⁷²

65 Radio Cooperativa: “Condenan a 18 gendarmes por golpiza en Cárcel de Rancagua”, 29 de abril de 2015. En este caso, 18 de los 19 gendarmes imputados por la golpiza fueron condenados a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo. Ellos aceptaron su responsabilidad en los hechos, y fueron juzgados en un procedimiento abreviado. Atendidas las circunstancias invocadas por la defensa, los funcionarios cumplirán la pena sustitutiva de remisión condicional contemplada en la Ley 18.216, y no una privativa de libertad.

66 *La Segunda*: “Reabren sumario contra gendarmes por golpiza a reos en cárcel de Rancagua: Anuncian querrelas por torturas”, 21 de agosto de 2014.

67 *La Tercera*: “Fiscal visita cárcel de Rancagua, cita a gendarmes suspendidos e interroga a reos víctimas de agresión”, 27 de agosto de 2014.

68 Id.

69 24 horas.cl: “Ministro Gómez condena golpiza de gendarmes a reos en cárcel de Rancagua”, 22 de agosto de 2014.

70 Radio Cooperativa: “Gendarmería sancionó a funcionarios por golpiza a reos en cárcel de Calama”, 4 de octubre de 2014.

71 The Clinic.cl: “Columna: Muertes, castigos y videos”, 20 de enero de 2015.

72 Radio Cooperativa: “Videos enfrentan versiones sobre grave incidente entre gendarmes

Este problema se agrava por la deficiente implementación de sistemas de grabación en los recintos carcelarios.⁷³

Por otra parte, no existen en Chile protocolos que permitan proteger a las víctimas de delitos dentro de la cárcel y evitar el temor a represalias. Alicia Salinero, especialista en derecho penitenciario, considera que la población penal requiere atención profesional especial en caso de ser víctima de algún delito. En sus palabras, “por la experiencia que tuve con la Unidad de Protección de Víctimas y Testigos, [el Ministerio Público] tampoco ha desarrollado líneas de acción respecto de la víctima cuando es una víctima reclusa en una unidad penal [ya que] funciona con la lógica de la víctima que está en el medio libre”.⁷⁴ En el mismo sentido se pronuncia el abogado Alejandro Gómez:

Salvo casos emblemáticos donde se ha hecho un buen trabajo de investigación y persecución penal de los ilícitos dentro de la cárcel, hay un abandono de parte de la Fiscalía. A nosotros nos gustaría que las unidades de atención de víctimas y testigos trataran de una manera similar a los condenados que son víctimas dentro de la cárcel, tal como tratan a otro tipo de víctimas fuera. Sobre todo porque se trata de víctimas en una posición más vulnerable y están sujetos a la institución a la que pertenece el agresor.⁷⁵

Dado el éxito de esta unidad con víctimas fuera de la cárcel, el Ministerio Público bien podría implementar una estrategia diferenciada para proteger a las víctimas reclusas en recintos penitenciarios.

Sobre este punto y finalmente, existe una situación puntual respecto al derecho al esclarecimiento de los hechos de la población privada de libertad por delitos sexuales. En una carta-denuncia que nos fue entre-

y reos en cárcel de Valparaíso”, 18 de abril de 2015. Esta situación lleva a pensar que en virtud de su propia conveniencia, Gendarmería de Chile exhibe los videos con premura. En casos en que su imagen pueda ser cuestionada, en cambio, su actitud es la contraria.

73 *La Tercera*: “Contraloría detecta ‘deficiencias’ en licitación e implementación de circuito cerrado y radiocomunicaciones en recintos penales”, 9 de abril de 2014. El incendio en la cárcel de San Miguel es un triste acontecimiento a considerar en la materia. Gran parte del desarrollo del juicio versó sobre hechos que no pudieron ser captados por las cámaras de seguridad, y tuvieron que ser reemplazados por láminas que representaban la posición hipotética que ocupaban los Gendarmes en el recinto. Esto revela evidentes deficiencias en la ubicación de elementos que en principio están destinados a entregar seguridad y certeza respecto a los hechos que se suscitan al interior de los recintos penales. 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, *Ministerio Público con Fernando Orrego y otros*, 13 de junio de 2014. Otro caso en que se manifiesta la deficiente implementación de las cámaras de seguridad, se dio en el CRC de Til Til. El día 23 de abril del 2013, Daniel Ballesteros, joven de 17 años, fue encontrado con 18 puñaladas en su habitación. Murió pocos minutos después desangrándose en el dormitorio. La cámara de seguridad del pabellón en que se encontraba Daniel no funcionaba desde dos semanas antes de su muerte. *The Clinic*: “Los gritos de auxilio de Daniel Ballesteros, el adolescente que murió apuñalado al interior del Sename”, 2 de diciembre de 2013.

74 Intervención realizada en la Primera Mesa Ciudadana sobre el sistema penitenciario, 7 de enero de 2015. Documento en edición.

75 Entrevista realizada el 3 de junio de 2015.

gada por algunos internos, estos declaran haber sido objeto de irregularidades procesales y de recibir un trato injusto durante su condena.⁷⁶ Respecto de los procesos a que han sido sometidos, parte de esta población acusa la inexistencia de pruebas que acrediten que la víctima haya sido accedida carnalmente, la dictación de condenas basadas en meras presunciones, contradicciones de los testigos de cargo, obstaculización a la declaración de los testigos de la defensa y un rechazo sistemático a realizar exámenes psicológicos, psiquiátricos y físicos al imputado. En el documento dan a entender que la investigación del Ministerio Público descansa –tal vez con excesiva comodidad– en las pericias psicológicas realizadas a la víctima, con la esperanza, de la parte acusadora, de que su sintomatología baste para acreditar el ilícito. Los internos aseveran que pruebas como los testimonios de terceros, la prueba documental, e incluso, la prueba médico-pericial, pasan a un tibio segundo plano. Junto a ello, parecen quedar al margen líneas de investigación alternativas. Sostienen que la defensa a cargo de este tipo de casos, en general, tampoco presenta teorías propias o levanta pruebas suficientes para generar el estándar de duda razonable. Acusan, además, que durante la etapa de ejecución de la pena se ven excluidos del acceso a beneficios intrapenitenciarios y no existen instancias a través de las cuales puedan demostrar su inocencia. El relato de estos condenados revela la necesidad de equilibrar una adecuada protección a las víctimas de delitos sexuales con el desarrollo de investigaciones objetivas y justas, como correlato esencial del derecho al esclarecimiento de los hechos.

En definitiva, no existe en Chile una política pública consistente de persecución de los delitos que ocurren al interior de los recintos carcelarios. El Estado chileno ha puesto el foco central de la persecución criminal en los delitos contra la propiedad y ha desatendido la instauración de una política criminal integral. No ha desarrollado una estrategia coherente para enfrentar los delitos que se cometen intramuros, así como tampoco existe una política de especialización de sus funcionarios ni ha generado protocolos que establezcan fórmulas de aproximación a los delitos penitenciarios, que permitan atender las particularidades de llevar a cabo una investigación en prisión y asistir a las víctimas de los delitos al interior de las cárceles. La ausencia de fiscales especializados en materia penitenciaria resulta preocupante si se considera que la población privada de libertad es particularmente vulnerable, y respecto de ella el Estado tiene una especial posición de garante.⁷⁷ Con esta situación a la vista, resulta imperativo estudiar mo-

76 El documento elaborado por distintos condenados por delitos sexuales se denomina "Denuncia de la Agrupación de internos inocentes condenados a muerte por el lucro". El título obedece a la suposición de que las condenas por delitos sexuales permiten la ganancia económica de víctimas, fiscales y defensores.

77 El Principio 1 del *Conjunto de Principios y buenas prácticas sobre las personas privadas de*

delos exitosos que permitan generar antecedentes de investigación y una adecuada persecución penal de la criminalidad carcelaria.

4. GENDARMERÍA DE CHILE, O QUIÉN PAGA LOS PLATOS ROTOS

Gendarmería de Chile participa en nuestra sala imaginaria de audiencias desde una posición excéntrica. Este órgano está conformado tanto por gendarmes con formación militarizada como por funcionarios civiles encargados principalmente de las labores sociales de reinserción. Se trata de un servicio público dependiente del Ministerio de Justicia (artículo primero Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería), jerarquizado, disciplinado y obediente (artículo segundo Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería).⁷⁸ Sus principales funciones son atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas detenidas o privadas de libertad. Como se describe en lo sucesivo, la institución enfrenta varias dificultades, entre las que destacan la precaria formación del personal, la ausencia de recursos e invisibilización de sus condiciones laborales y las diversas (incluso contradictorias) funciones que está llamada a ejercer. Estos factores convierten a Gendarmería en una institución sobrepasada, fragmentada y difícil de intervenir.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante, las Reglas) contienen indicaciones precisas sobre los estándares que deben observarse en la administración de recintos carcelarios. Entre los elementos principales de la normativa, las Reglas establecen que el personal penitenciario debe poseer un nivel intelectual suficiente, recibir formación general y especial (47.1) y contar con integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional en el desempeño de sus funciones (46.1). El director del establecimiento debe hallarse debidamente calificado, tanto en su capacidad administrativa como en su formación y experiencia (50.1). El personal deberá tener siempre el estatus de empleado público, con condiciones laborales estables y remuneraciones adecuadas (46.1). En cuanto a su composición, debe estar integrado por un número suficiente de especialistas, tales como psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, maestros e instructores técnicos (49.1) y médicos que residan en el establecimiento penitenciario o en sus cercanías (52.1). Además, los funcionarios solo estarían

libertad en las Américas, señala específicamente la posición de garante que tiene el Estado sobre los reclusos, al consagrar: "En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados, frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará, su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad."

78 Artículos primero y segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería, Decreto Ley 2.859.

facultados para recurrir al uso de la fuerza en forma excepcional y no debiesen ejercer sus funciones armados (54.1 y 54.3).

Dado el progresivo aumento de la población penal, en marzo de 2010 el gobierno de la época decidió modernizar Gendarmería. Dos de las principales medidas fueron el aumento de la dotación de personal y la readecuación de las normas funcionarias. Hoy más de quince mil funcionarios forman parte de la institución.⁷⁹ Asimismo, existen iniciativas para mejorar la formación –tanto a nivel de gendarmes-alumnos como de postulantes a oficiales– que hacen especial hincapié en materia de derechos humanos.⁸⁰ Sin embargo, de acuerdo a la información que nos fue entregada, para poder ingresar a la Escuela de Gendarmería los postulantes deben tener solo segundo año de educación media cursado y aprobado. El programa formativo de la Escuela se concentra en ramos relativos a seguridad y normativa penitenciaria (como procedimiento de guardia, manejo de armas, defensa personal y reglamentación penitenciaria) y dedica un espacio menor a materias de reinserción social (como cursos de psicología penitenciaria y reinserción propiamente tal).⁸¹ Consideramos que tanto los requisitos de admisión como la malla curricular –de gendarme-alumno y postulantes a oficiales– no constituyen una garantía para el correcto desarrollo de las funciones que la ley ha encargado a la institución. En este sentido, ya hacia el año 2010 un informe elaborado por la Universidad Católica, a solicitud de Gendarmería, sugería elevar las exigencias de los postulantes a la Escuela: requerir notas promedio mínimas de educación media, rendición previa de la Prueba de Selección Universitaria para postulantes a oficiales y rendición de cuarto medio para postulantes a suboficiales y gendarmes.⁸² El citado informe también recomienda implementar un modelo de formación continua en concordancia con el ascenso jerárquico dentro de la institución. Sugiere que el Alcaide, por ejemplo, cuente con un postítulo o curso de administración en gestión pública. La exigencia de mayores requisitos a lo menos aseguraría la presencia de funcionarios con mejor capacitación y preparación para trabajar en el ambiente penitenciario.

Sobre las condiciones laborales de Gendarmería, el Estado chileno también tiene una deuda pendiente. La funcionaria María Cabrera Navea entrega un testimonio ilustrativo:

79 Al año 2014, la institución contaba con 13.991 gendarmes para custodiar una población de 44.670 internos. Información entregada vía Ley de Transparencia, en respuesta a solicitud N° AK006C-0001227.

80 Ordinario número 997, 30 de enero de 2015, Ministerio de Justicia.

81 Información proporcionada por la Encargada de Registraduría de la Escuela Institucional de Gendarmería, Jacqueline Bolaños, con fecha 22 de abril de 2015, a través de la Oficina de Informaciones de Gendarmería, previa solicitud formulada el día 10 de abril de 2015.

82 Departamento de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile, *Evaluación comprehensiva del gasto de Gendarmería de Chile*, 2010, p. 365.

[T]enemos que turnarnos para cambiarnos ropa porque el lugar es tan pequeño que no cabemos todas. Este año llegaron cuatro funcionarias nuevas que tienen que dormir en esta pieza prácticamente hacinada. No podemos seguir permitiendo que nos falten el respeto de esta manera. Exigimos condiciones laborales dignas para poder trabajar dignamente y más en un trabajo tan sacrificado y poco valorado como este.⁸³

Las malas condiciones laborales generan graves problemas de salud entre los funcionarios penitenciarios. El referido Informe de la Universidad Católica retrata como nudo problemático el ausentismo laboral y sugiere estudiar los factores que influyen en el fenómeno, así como sus efectos sobre la gestión de la institución.⁸⁴ Sumado al aumento de licencias psiquiátricas⁸⁵, que parece operar como primer indicio de las dificultades que enfrentan los funcionarios, distintas fuentes reportan una alta tasa de suicidios entre los gendarmes. Al respecto, la Asociación Nacional de Suboficiales de Gendarmería de Chile declara:

[La situación somete] al personal de Gendarmería de Chile, en especial a la Planta de Suboficiales y Gendarmes, a condiciones laborales, de ascensos, carrera funcionaria y trato carente de todo respeto a la condición humana, ya que aún se sufren extensas jornadas laborales, desarraigo familiar, abusos de toda índole que menoscaban a diario a hombres y mujeres que visten con orgullo y cariño el uniforme de Gendarmería. Estas graves situaciones han incrementado las tasas de suicidios, en especial de los funcionarios más jóvenes, que ven sueños y esperanzas rotas en una institución en la cual el recurso humano poco o nada importa.⁸⁶

Tal como señala la mayor Vivian Pincheira, de la Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de Gendarmería de Chile, “La mayoría de las unidades penales no cuenta con óptimas condiciones laborales: partiendo de una oficina o de una guardia para

83 Radio Biobiochile: “Denuncian condiciones laborales deficientes de funcionarias de Gendarmería en Quillota”, 8 de abril de 2015.

84 Departamento de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile, op. cit.

85 24horas.cl: “Magallanes: Gendarmería pide investigar aumento de licencias”, 22 de enero de 2015.

86 Asociación Nacional de Suboficiales de Gendarmería de Chile, *Informe de la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes*, Mayo de 2015. En la solicitud vía transparencia que le hicéramos a Gendarmería de Chile para efectos de este Capítulo, no se nos entregó información al respecto. En años anteriores, los medios de prensa también dieron cuenta de este problema: 24horas.cl: “Situación límite en Gendarmería”, 2 de octubre de 2012; y Publímetro.cl: “Gendarmes piden al Gobierno mayor preocupación tras nuevo suicidio de uniformado”, 2 de julio de 2013. En síntesis, los gendarmes se ven expuestos a factores de riesgo como destinación a zonas extremas del país, carencia de apoyo familiar, supervisión o atención psicológica.

que esté el funcionario diariamente en servicio diurno o nocturno; no existen las condiciones.”⁸⁷

En cuanto a los estándares de integración multidisciplinaria, Gendarmería de Chile cuenta con una dotación de profesionales que incluye a trabajadores sociales, psicólogos y terapeutas ocupacionales. Sin embargo, de acuerdo a la Asociación de Directivos, Profesionales, Técnicos, Administrativos y Auxiliares de Gendarmería (en adelante, Adiptgen), esta dotación dista de tener un estándar profesional adecuado. Según Adiptgen, existe un asistente social por cada 233 internos, un psicólogo por cada 347 internos y un terapeuta por cada 1.276 internos. Para atender a los condenados cumpliendo su sentencia en el medio libre, Gendarmería dispone de 489 profesionales que ejercen el rol de delegados de libertad vigilada para asistir a un total de 10.011 penados.⁸⁸

La precariedad en la dotación de profesionales puede deberse a la indefinición de los roles de la institución. Resulta extremadamente difícil conciliar –tanto en la teoría como en la práctica– la actividad de seguridad y custodia con las labores de reinserción social. Probablemente las autoridades privilegian las labores de seguridad por sobre las de reinserción.⁸⁹

Por otra parte, Gendarmería acoge intereses colectivos diversos. La particular convivencia entre funcionarios civiles y armados se traduce en la existencia de una diversidad de organizaciones gremiales. Al interior de la institución existen, entre otras, la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (Anfup), la ya mencionada Adiptgen, la Asociación Nacional de Oficiales Penitenciarios (Anop), la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes (Ansog) y la Asociación Nacional de Oficiales Profesionales de Gendarmería (Anopro). La desarticulación afecta de manera especial a los funcionarios de los mandos o rangos inferiores de Gendarmería, quienes –a diferencia de la plana de oficiales y altas autoridades– experimentan de manera más cruda y directa las consecuencias de la precariedad y falta de recursos. Esta crisis de representación ha derivado en el enfrentamiento de posiciones institucionales respecto a la verdadera situación de las cárceles en Chi-

87 Ya el año 2013, la consultora estadounidense Altegrity Risk International, en un informe relativo a los cursos de formación en la institución, señalaba que existe “una gran desconexión del conocimiento y las habilidades que entrega la Escuela con respecto a lo que se requiere realmente para prestar servicio como un agente penitenciario dentro de una cárcel.” Un análisis completo de las medidas políticas que redundaron en la inobservancia de las recomendaciones de la consultora puede encontrarse en Ciperchile.cl: “El plan para modernizar la Escuela de Gendarmería que el ex ministro Ribera desechó”, 3 de septiembre de 2013.

88 Planteamiento de ADIPTGEN ante el anuncio de creación del Servicio Nacional de Reinserción Social, presentado el día 24 de noviembre de 2014 ante el Ministerio de Justicia. La postura de la organización se encuentra resumida en www.adiptgen.cl/ministro1.html

89 Radio Biobiochile: “Defensoría denuncia violación de derechos humanos en cárcel penquista”, 12 de diciembre de 2014.

le. Mientras los altos mandos sostienen que Gendarmería logra mantener el control absoluto de los penales, las planas inferiores denuncian públicamente problemas inherentes a la institución, como la falta de recursos y personal, problemas de hacinamiento y otras condiciones que afectan las posibilidades de control y mantenimiento de la seguridad dentro de los recintos.⁹⁰

Esta diversidad de opiniones sobre la realidad que enfrenta Gendarmería genera dificultades en la adopción de decisiones estratégicas. Durante el año 2014 el gobierno de Estados Unidos solicitó a Chile recibir en sus cárceles presos provenientes de Guantánamo como parte de su política internacional destinada a cerrar este centro de detención. El Director Nacional de Gendarmería del momento, Juan Letelier, aseguró que el aparato penitenciario en Chile tenía capacidad para recibir presos de alta peligrosidad.⁹¹ Por el contrario, Ansoz manifestó que las declaraciones de Letelier revelaban su “total desconocimiento de las verdaderas condiciones del sistema carcelario nacional”.⁹² Esta fragmentación de posiciones representa una comprensión irreconciliable sobre la realidad carcelaria nacional y las labores de la institución.

Otro problema relevante es la permanencia de funcionarios que han sido acusados o condenados por incumplir sus deberes de resguardo sobre la población penal. La situación del Coronel Tito Barriga Chacón representa un caso paradigmático. Este funcionario, ex Alcaide de la cárcel de Lautaro, el año 2004 agredió verbal y físicamente a un interno en huelga de hambre y dispuso su traslado a una celda de aislamiento. Debido a esa agresión fue condenado por apremios ilegítimos.⁹³ Pese a la condena, el año 2012 dirigió la Unidad Penal de Antofagasta y a la fecha de entrega de este capítulo, estaba a cargo del Complejo Penitenciario de Valparaíso en calidad de Jefe de Unidad subrogante. En marzo de 2015, producto de un incidente con un interno que se quejó de no acceder a los fármacos necesarios para tratar su esquizofrenia, funcionarios de Gendarmería de la cárcel de Valparaíso utilizaron violencia física desmedida en contra de varios reclusos. La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de amparo interpuesto en contra de la institución, representándole, además, al Coronel Barriga que su falta de contribución dilató en forma innecesaria el procedimiento.⁹⁴ El caso de este funcionario retrata las debilidades

90 Ejemplos de estos conflictos pueden encontrarse en: La Tercera.com: “Director de Gendarmería: Chile está en condiciones de recibir presos desde Guantánamo”, 8 de septiembre de 2014; y Biobiochile.cl: “Cinco gendarmes heridos deja ataque de reos en cárcel de Valparaíso”, 15 de marzo de 2015.

91 *Ibíd.*

92 *Ibíd.*

93 Radio Cooperativa: “Corte halló culpable de apremios ilegítimos a ex alcaide de cárcel de Lautaro”, 3 de octubre de 2005.

94 Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Leonel Valdéz Amaya y otros contra Gendarmería de Chile*, 10 de abril de 2015.

institucionales en materia de fiscalización y organización interna que pesan sobre Gendarmería. Urge revisar la política de desvinculación de funcionarios condenados por delitos contra la integridad física o psíquica de los internos. Es evidente que conductas como el maltrato sistemático a los reclusos demuestran la falta de idoneidad y competencia en el manejo de la población penal. En el sistema de menores, el derecho internacional establece expresamente como deber del Estado el imponer normas mínimas para la cualificación y capacitación profesional de las personas que trabajan en instituciones penales y exigir que en su expediente no figuren actos de violencia. Sugerimos una regla similar para el régimen penitenciario adulto.⁹⁵

Sumados a los delitos de tortura y apremios ilegítimos, en el periodo 2014-2015 diversos funcionarios de la institución incurrieron en graves irregularidades, como la celebración de fiestas en la residencia fiscal del Alcaide de Colina⁹⁶ y la concesión de permisos a internos para la ejecución de actividades extramuros en beneficio particular de los funcionarios.⁹⁷ Estos hechos revelan la débil fiscalización sobre las actividades de Gendarmería y no son eventos aislados: como muestra, al año 2012 el Director de Gendarmería de Chile daba cuenta de la expulsión de cien gendarmes por corrupción.⁹⁸

Como es de prever, la resistencia que ofrecen los intereses gremiales reduce la capacidad de maniobra política, al punto de tolerar la ineficiencia e impunidad de agentes estatales.⁹⁹ En vez de tender al mejoramiento del servicio por medio del escrutinio público de sus actos, prevalecen en Gendarmería reacciones de defensa corporativa ante críticas legítimas al funcionamiento de la institución y prácticas de hermetismo y secretismo en sus filas. La situación se hace más preocupante si se considera que Gendarmería de Chile, junto a Carabineros, lidera la lista de funcionarios uniformados que siguen en servicio activo a pesar de estar condenados por cometer delitos.¹⁰⁰

95 Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990, establecen claramente en su número 82, relativo al personal que se desempeña en los centros de detención de menores que “[l]a administración deberá seleccionar y contratar cuidadosamente al personal de todas las clases y categorías, por cuanto la buena marcha de los centros de detención depende de su integridad, actitud humanitaria, capacidad y competencia profesional para tratar con menores, así como de sus dotes personales para el trabajo.”

96 *La Cuarta*: “Gendarmería confirma asado de cornetes entre compañeros”, 5 de agosto de 2014.

97 *La Tercera*: “Gendarmería inicia sumario administrativo por fuga de reo desde casa de jefe regional”, 21 de marzo de 2014; *La Tercera*: “La historia de cómo un reo se fugó de la casa del Director de Gendarmería de la VI región”, 21 de marzo de 2014.

98 Emol: “Cien gendarmes han sido expulsados por corrupción en los últimos dos años”, 26 de mayo de 2012.

99 En un sentido similar, El Mostrador.cl: “La caja negra de Gendarmería”, 10 de diciembre de 2010.

100 *La Tercera*: “Informes revelan que 400 funcionarios uniformados condenados siguen en servicio activo”, 23 de marzo de 2014.

El Ministerio de Justicia, al tanto de las dificultades que enfrenta la institución, y en miras a la reinserción social de los condenados, el año 2014 instauró una mesa de trabajo destinada a elaborar una propuesta para la creación de un Servicio Nacional de Reinserción Social. Así lo explicó el, en ese entonces, ministro de Justicia José Antonio Gómez:

La creación de este sistema de rehabilitación de condenados, es uno de los ejes centrales del programa de seguridad de la Presidenta Bachelet. Requerimos de una institucionalidad fuerte, que cuente con recursos y con un espíritu destinado a algo que es tan relevante para la sociedad como lo es la seguridad. Si alguien comete un delito y es condenado a determinados años va a cumplir la pena, pero si no tenemos capacidad de seguimiento, de rehabilitación, de reinserción es muy probable que vuelva a delinquir.¹⁰¹

El esfuerzo parece a primera vista encomiable, pero resulta accesorio ante la necesidad de una política penitenciaria global. Aunque la medida simboliza los esfuerzos del gobierno, la propuesta más parece un recurso efectista que una respuesta profunda a las dificultades del aparato penitenciario y a la determinación de los roles que están llamados a cumplir los actores institucionales. Hasta la fecha y desde el cambio de ministro, no se tienen noticias sobre el avance del proyecto.

Una de las fórmulas más frecuentes para enfrentar la violación de derechos humanos dentro de Gendarmería consiste en el desarrollo de continuas actividades de capacitación en la materia.¹⁰² Si bien se trata de un ejercicio saludable y necesario, existen medidas ineludibles y de largo plazo que deben adoptarse para lograr alcanzar los estándares internacionales exigidos al personal penitenciario. Entre las más urgentes para propender a una ejecución digna del castigo podemos mencionar: realizar una definición clara de los roles de la institución, con la consecuente dotación de recursos para cumplir ese objetivo; establecer una orgánica que permita la correcta ejecución de sus labores, fiscalización permanente y eficaz de sus funciones, superación de la precariedad de

101 Información disponible en el sitio del Ministerio de Justicia: www.minjusticia.gob.cl

102 Recientemente Gendarmería firmó un convenio de investigación y docencia en derechos humanos con la universidad SEK. Gendarmeria.gob.cl: "Gendarmería firma Convenio de Derechos Humanos con Universidad SEK", 8 de junio de 2015. Resulta cuestionable haberse vinculado con una universidad sujeta al escrutinio público y con investigaciones penales en curso. La información relativa a las investigaciones penales contra universidades puede encontrarse en Bio-Biochile.cl: "Mineduc reabrirá investigación contra universidades SEK, Pedro de Valdivia, Uniacc y Santo Tomás", 12 de mayo de 2014. Además, sobre las actividades de formación de funcionarios en derechos humanos pueden citarse distintos medios de prensa, sobre todo regionales: Diarioelnortino.cl: "Gendarmería de Tarapacá fortaleció trabajo en derechos humanos con capacitación de monitores", 27 de octubre de 2014; Elrancahuaso.cl: "Funcionarios de Sename y Gendarmería se capacitan en derechos humanos", 30 de septiembre de 2014; Casablancahoy.com: "Gendarmería de Valparaíso refuerza política de Derechos Humanos y Probidad", 20 de abril de 2015.

las condiciones laborales y capacitación en derechos humanos también a internos y familiares.¹⁰³

Tanto la ambigua definición de sus funciones como el abandono que sufre la institución generan una decepción permanente sobre el rol de Gendarmería. Sin embargo, no es esta institución, sino el Estado en su conjunto quien debe responsabilizarse por diseñar un verdadero sistema, coordinar las labores y distribuir los recursos necesarios para un funcionamiento apropiado de la administración penitenciaria en Chile. Las continuas críticas contra Gendarmería esconden el verdadero problema de la realidad penitenciaria chilena: la ausencia de una institucionalidad orgánica.

5. GRUPOS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Si bien la población penal constituye por sí misma un grupo vulnerable, existen minorías dentro de las cárceles que se ven especialmente afectadas por el abandono orgánico, normativo y presupuestario del aparato penal. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, entregan orientaciones sobre grupos humanos al interior de las cárceles que debieran contar con una especial consideración por parte del Estado. Entre estos grupos vulnerables están las mujeres, los migrantes, los indígenas, la población LGBTQ¹⁰⁴, los niños, niñas y adolescentes, las personas con necesidades terapéuticas especiales, —como presos con discapacidad o trastornos psiquiátricos— y los ancianos.¹⁰⁵

Las mujeres representan un porcentaje menor respecto de la población penal general¹⁰⁶, pero dado su progresivo aumento, el Estado chileno ha implementado medidas para concretar una política penitenciaria de género.¹⁰⁷ La tendencia recoge la idea de que la administra-

103 Una iniciativa loable fue la creación de la Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos. Como se desprende de la Resolución Exenta 5.712 del año 2012, esta quedó bajo la dependencia de la Subdirección Técnica de Gendarmería, lo que aseguraba la independencia del órgano, por no depender directamente del jefe del servicio. Sin embargo, mediante Resolución Exenta 2.825 del año 2014, la Unidad pasó a depender directamente del Director Nacional de Gendarmería. La medida es criticable, ya que implica una pérdida de independencia, y deja este órgano a merced de los vaivenes institucionales propios de una institución jerarquizada, así como a los ribetes políticos que posee un alto cargo en un servicio público.

104 La sigla hace referencia a la población cuya identidad sexual es distinta a la heterosexualidad. Refiere a las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, y queers.

105 De acuerdo con el principio quinto del *Conjunto de Principios*, no se considerarán discriminatorias las medidas que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer —en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes—, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos.

106 Al 31 de mayo de 2015, la población femenina constituye el 6% del total de condenados en subsistema cerrado. Información disponible en www.gendarmeria.gob.cl.

107 Especial disposición mostró la ex ministra de Justicia, Patricia Pérez Goldberg para implementar una política penitenciaria con enfoque de género. Comunidadmujer.cl: “Ministra

ción penitenciaria debe hacerse cargo de las necesidades y tratamientos particularizados de las mujeres privadas de libertad.¹⁰⁸ Sin embargo, las medidas omiten las brutales consecuencias del encarcelamiento materno¹⁰⁹⁻¹¹⁰ y descuidan el hecho de que la mayor parte de esta población delinque con la perspectiva de aumentar sus ingresos económicos (por ser normalmente la mujer la principal o única sostenedora del hogar familiar). Asimismo, las mujeres privadas de libertad presentan un historial de abuso y maltrato que debiese ser considerado en las prestaciones médicas de los recintos penitenciarios femeninos. Con el objeto de reconocer la vulnerabilidad de las mujeres frente al sistema penal de manera íntegra, la legislación bien podría otorgarle especial consideración a la calidad de mujer y madre para determinar el tipo de pena a cumplir (por ejemplo, la suspensión de la condena para embarazadas o mujeres de hijos menores) y el otorgamiento de beneficios intrapenitenciarios.

Dentro de este grupo, las extranjeras se encuentran en una situación de desprotección dramática al sufrir una triple discriminación por ser mujeres, migrantes y estar privadas de libertad. Los especialistas en el tema reconocen esta particular situación de vulnerabilidad y la incapacidad del aparato penitenciario chileno para enfrentar el problema. En palabras de Alejandro Gómez:

El problema más grave en materia de mujeres son sobre todo las mujeres extranjeras. Están privadas de libertad y diría que son el ícono de la exclusión social. Lo digo porque están en un nivel de abandono terrible. Se explica por cuestiones culturales de la cárcel donde ellas no tienen el apoyo que sí tienen las internas nacionales. No hay nadie que las visite, ni que las provea de útiles de aseo o cosas con las que sí cuentan las personas nacionales. En general, depende de las poblaciones, pero la mayoría de los delitos están

Patricia Pérez presenta política penitenciaria diseñada para población penal femenina”, 22 de enero de 2013.

108 Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok.

109 La literatura sobre el impacto de la prisión femenina y la evidencia empírica levantada en Chile, muestran con claridad sus efectos devastadores. Un estudio sobre el tema, elaborado el año 2012 por investigadores de la Universidad Católica, descubrió que los hijos de madres encarceladas reportan problemas escolares, disminución del rendimiento académico, conductas de agresión, victimización escolar y problemas de salud como depresión. Trece por ciento de los adolescentes hijos de madres privadas de libertad reporta no tener qué comer. Eduardo Valenzuela, Ximena Marcazzolo, Ana María Stiven, y otros, “Impacto social de la prisión femenina en Chile”, en *Propuestas para Chile. Concurso políticas públicas*. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012, pp. 293-321.

110 El año 2014, más del 90% de las 780 internas en el CPF San Joaquín eran madres. Los programas desarrollados apuntan principalmente al desarrollo de actividades productivas como mecanismo de reinserción, pero no consideran especialmente la conservación de un vínculo efectivo entre las madres y sus hijos. Radio Biobiochile: “Día de la madre: Ministros saludan a internas del Centro Penitenciario Femenino”, 9 de mayo de 2014.

vinculados al tráfico de drogas e implican largas condenas y abandono total. Todavía no estamos capacitados para hacernos cargo de esta diferencia.¹¹¹

Ser extranjero privado de libertad en Chile constituye una situación especial de desprotección. La actual regulación de extranjería y migración data del año 1975 y se inspira en una serie de principios que ven al extranjero como una amenaza.¹¹² Esta visión sesgada adhiere al paradigma de seguridad nacional, resulta ajena a la globalidad de las migraciones actuales e impide que se respete el debido proceso.¹¹³ Particularmente grave resulta la descoordinación entre las instituciones del sistema penal y las autoridades administrativas. Por ejemplo, ante una hipótesis de ingreso clandestino al país, las intendencias regionales generalmente ordenan la expulsión inmediata sin esperar persecución penal alguna ni dar por acreditada la culpabilidad en el hecho. Esta decisión atenta contra el principio de igualdad ante la ley, la garantía de presunción de inocencia y la igualdad de armas, principio que garantiza que las partes dentro de un proceso van a contar con idénticos mecanismos de defensa. Además, la reglamentación de Extranjería prevé que aquellos extranjeros que sean condenados por la comisión de un delito en Chile deban, según la gravedad del ilícito, ser expulsados del territorio nacional.¹¹⁴ Esta posibilidad se concreta en el caso de que el imputado acceda a la aplicación de un procedimiento abreviado a raíz de las ventajas que se le ofrecen (como una disminución en el tiempo de condena), pero pocas veces se le advierte que será expulsado inmediatamente una vez que admita su participación en los hechos. Otro punto a destacar es la modificación de la Ley 18.216 que introdujo la expulsión para los extranjeros condenados.¹¹⁵ El año 2014 la medida fue aplicada en las cárceles nacionales. A modo de ejemplo, cuatro extranjeros condenados en el país –tres en la cárcel de Los Andes y uno en la de San Felipe– fueron entregados a las correspondientes autoridades penitenciarias.¹¹⁶ En un sentido similar, el año 2012 el gobierno de Sebastián Piñera implementó el indulto conmutativo a extranjeros. La medida exige que los beneficiarios no vuelvan al país en un plazo de 10

111 Entrevista realizada el 3 de junio de 2014.

112 Decreto Ley 1.094 (en adelante “Ley de extranjería”), complementado por su Reglamento, el Decreto Supremo número 597 de 1984. En esta sección recibimos la invaluable ayuda de Pablo Vera, abogado del Servicio Jesuita de Migrantes. Para una revisión exhaustiva, véase el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” del *Informe 2014*.

113 Así, por ejemplo, permite que un extranjero sea privado de una residencia legal en Chile en aquellos casos en que pueda tener un proceso penal pendiente en su contra o, peor aún, en caso de que ni siquiera exista alguno.

114 Artículos 64 al 67 del Decreto Ley 1.094.

115 La modificación fue realizada mediante la ley número 20.603 del año 2012.

116 Losandesonline.cl: “Decretan expulsión de cuatro extranjeros que cumplen condena por tráfico de drogas”, 4 de octubre de 2010.

años. En la cárcel de Acha, Arica, recinto en el que cerca del 21% de la población penal es extranjera, 27 internos se acogieron a la medida el año 2014.¹¹⁷ El problema de ambas medidas radica en que su aplicación no contempla la obligación de escuchar al afectado ni tampoco considera los lazos que puedan unir al extranjero a nuestro país (familia, trabajo, tratamientos médicos, personas refugiadas, entre otros aspectos). Por si fuera poco, los internos migrantes poseen poca información sobre las leyes que los rigen, encuentran dificultades para acceder a beneficios intrapenitenciarios, mantienen escasa comunicación con sus familias –debido a la falta de disposición de las autoridades a facilitar medios que les permitan interactuar a distancia–, y tampoco se les ofrece un adecuado contacto con las autoridades diplomáticas de su país. En caso de que se les proporcione algún tipo de ayuda, esta suele ser inadecuada o precaria.¹¹⁸

En lo que concierne a la situación de los pueblos indígenas¹¹⁹, los principales problemas dicen relación con la falta de reconocimiento de sus peculiaridades culturales cuando están en prisión. Muchas de las huelgas de hambre de comuneros mapuches tienen por objeto lograr el traslado a Centros de Educación y Trabajo, ya que en estos recintos tienen mayores facilidades para el desarrollo de sus tradiciones.¹²⁰ Las comunidades indígenas tienen derecho a la no discriminación y a un trato igualitario en asuntos relativos a la justicia; merecen también una protección positiva especial, que debe considerar sus tradiciones culturales y favorecer medidas distintas de la prisión.¹²¹ Los privados de libertad en estos casos, debieran poder ejercer las actividades propias de su identidad dentro de los recintos penales y lograr tener acceso a información respecto a su condición de reclusos.¹²² Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos resulta atribuible más a una decisión piadosa de las autoridades penitenciarias que a un ejercicio consistente de respeto a la normativa internacional.¹²³ Especial atención merece la preocupante actitud criminalizadora de las autoridades chilenas. En medio del denominado conflicto en la Araucanía, el año 2014 el gobierno anunció estar evaluando la posibilidad de crear un recinto penitenciario espe-

117 *La Tercera*: “Cifra de reos extranjeros en cárcel de Arica llega a nivel previo al indulto presidencial”, 16 de marzo de 2014.

118 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile*, Santiago, 2013.

119 En materia de derechos, destacan los artículos 13, 34 y 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

120 La huelga de hambre es utilizada como un mecanismo para lograr un traslado efectivo ante la falta de respuestas de la autoridad. El caso más significativo se dio respecto a cuatro internos mapuche de la cárcel de Angol: Biobiochile.cl: “Cuatro comuneros mapuche siguen en huelga de hambre en la cárcel de Angol” (sic), 25 de marzo de 2015; Cooperativa.cl: “Comuneros mapuche presos en Angol terminaron huelga de hambre”, 9 de mayo de 2015.

121 Convenio 169 de la OIT, artículos 8 a 12.

122 Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT

123 Instituto Nacional de Derechos Humanos, op. cit., nota 117, p. 179 y ss.

cial para presos mapuches.¹²⁴ Aunque el propósito sería resguardar su cultura y tradiciones, resulta inquietante que el Ministerio de Justicia haya pensado en construir toda una infraestructura especial para esta población. Varias voces criticaron esta política gubernamental,¹²⁵ sobre todo teniendo a la vista que el derecho internacional exige soluciones alternativas al encarcelamiento. Nada impediría que Chile considere la posibilidad de declarar una amnistía general para los defensores indígenas de los derechos humanos, procesados por realizar actividades sociales y/o políticas en el marco de la defensa de sus tierras ancestrales. Por otra parte, el Estado chileno podría también evaluar la compatibilidad de las costumbres sancionatorias de las comunidades locales con el derecho penal general. De este modo, la justicia de cada comunidad lograría ofrecer una resolución de conflictos apropiada en localidades donde el acceso material a la justicia es limitado.

Respecto a los jóvenes en procesos penales y privados de libertad, resulta alarmante la desprolijidad y negligencia que se dan tanto en las labores de supervisión de menores¹²⁶ como en la manutención de los establecimientos en que se desarrolla la privación de libertad. En relación a esto último, el año 2014 se detectaron altas cantidades de arsénico en el agua que se consumía en el Centro de Internación de Menores de Coronel. Las autoridades del Sename advirtieron de la situación en diciembre de ese año, pero recién en marzo del 2015 se prohibió su consumo.¹²⁷ Además, debido a las precarias condiciones de habitabilidad e infraestructura, fue cerrado provisoriamente el centro de internación de Puerto Montt. Las razones fueron fugas de gas en el recinto y deficiencias en el alcantarillado y en la calidad del agua potable.¹²⁸ En términos institucionales, es necesario establecer una política clara que asegure el respeto de los menores durante la etapa de persecución penal y medidas de privación de libertad justas y atentas al principio de reinserción social.¹²⁹ Las políticas de persecución deben

124 *El Mercurio*: “Gobierno evalúa recinto penitenciario especial para presos mapuches” (sic), 10 de mayo de 2014.

125 Entre ellos, el líder indígena Aucán Huilcamán. TheClinic.cl: “Aucán Huilcamán: «La iniciativa de una cárcel para los mapuche es absurda»”, 23 de mayo de 2014.

126 *La Tercera*: “Funcionario de Gendarmería disparó por error a menor que custodiaba”, 23 de julio de 2014.

127 Radio Biobiochile: “Detectan arsénico en agua utilizada en Centro de Internación de Menores de Coronel”, 13 de marzo de 2015; Radio Biobiochile: “Seremi de Justicia compromete mejorar el Centro de Menores de Coronel y construir nueva cárcel”, 16 de abril de 2015.

128 Radio Biobiochile: “Puerto Montt: Funcionarios del Sename movilizados ante precarias condiciones del centro para menores”, 15 de abril de 2015.

129 Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, en su número 5.1, consagran que “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcional a las circunstancias del delincuente y del delito.” Por su parte, el artículo 40.1 de la Convención de Derechos del Niño, consagra la reinserción social como principio rector de la privación de libertad de menores, al señalar que “los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, a ser tratado

considerar procedimientos respetuosos de los derechos humanos de los menores de edad,¹³⁰ y una vez que el adolescente haya sido condenado, deben potenciarse las políticas de reinserción. La institución encargada de ejecutar esta labor es el Servicio Nacional de Menores, órgano que también participa de nuestra sala penitenciaria ejerciendo la doble función de amparar los derechos de los adolescentes y sancionarlos por su actuar ilícito. De acuerdo al artículo 12 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, el Estado debe garantizarles el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurarles un sano desarrollo y dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad. Para propiciar esta efectiva reinserción, las políticas públicas debieran evitar la segregación de los jóvenes infractores y darles educación y trabajo en instancias en las que puedan compartir con pares prosociales de conducta. De nada sirve mantener a jóvenes “delincuentes” aislados de la sociedad: el Estado debe facilitar el acceso a realidades educacionales y laborales distintas, con el objeto de favorecer el contacto con modelos sociales de conducta. Así también lo establece la regla 38 de la referida normativa.¹³¹ Esta manera de pensar las políticas de adolescencia constituye una fórmula de largo plazo para abordar la delincuencia y la seguridad ciudadana.

En cuanto a grupos de diversidad sexual, los Principios de Yogyakarta contemplan que estas minorías, en circunstancias de privación de libertad, tienen derecho a ser tratadas humanamente, a no sufrir malos tratos o riesgos, a contar con adecuada atención médica y consejería, a habitar en lugares apropiados –sin restricción de sus derechos ni ser sometidas a lugares de aislamiento– y a recibir visitas íntimas. Lamentablemente, en las cárceles chilenas este grupo es víctima de una discriminación constante, tanto por parte de internos como de funcio-

de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

130 Funcionarios policiales de Rancagua fueron recientemente formalizados por desnudar a escolares arrestados tras el desalojo de una toma en el marco de protestas estudiantiles. TheClinic.cl: “Comisaría nudista: Pacos obligan a escolares a empelotarse”, 17 de mayo de 2015.

131 Artículo 38 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad: “Todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades, y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial.”

narios, ya sea a través de agresiones verbales o físicas, o por medio de la denegación permanente del ejercicio de sus derechos.¹³² Estas prácticas desconocen la facultad de ejercer de manera libre la propia orientación sexual. La raíz del problema se encontraría en la falta de información sobre minorías sexuales, la ausencia de capacitaciones para funcionarios e internos y la precariedad de las políticas de segregación.¹³³

En cuanto a poblaciones con necesidades terapéuticas especiales, de acuerdo al Principio X del Conjunto de Principios, las autoridades deben establecer medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como adultos mayores, discapacitados, portadores del VIH y enfermos de SIDA y tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. Pero en Chile el sistema de salud en las cárceles mantiene una enorme deuda. No existe un tratamiento consistente de los internos con trastornos psiquiátricos o problemas de salud mental;¹³⁴ la tuberculosis mantiene una alta prevalencia en las cárceles chilenas¹³⁵ y frecuentemente se niega el indulto a adultos mayores o pacientes en fase terminal.¹³⁶ De acuerdo a una de las actas de la Comisión de Visita de Cárceles de la Corte de Apelaciones de Santiago, en ciertos recintos de reclusión se suspende arbitrariamente el suministro de agua.¹³⁷ Una cuestión también pendiente es la situación de los internos que sufren adicciones a sustancias ilícitas. Ya el año 2013 se constataba que la prevalencia en las tasas de personas drogodependientes es mayor al interior de los recintos penales que fuera de ellos.¹³⁸ Resulta preocupante que el Estado chileno solo se haya preocupado de establecer tribunales especiales en materia de dro-

132 El líder de la organización Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh), Rolando Jiménez, declaró públicamente: “En las cárceles son comunes los atropellos en razón de la orientación sexual o identidad de género entre reclusos y sus formas de expresión son brutales. Este es un sector de mayor o doble vulnerabilidad que necesita con urgencia ser intervenido.” Theclinic.cl: “Presos podrán ver cine gay para erradicar homofobia en las cárceles”, 26 de junio de 2014.

133 Tal como señalan Olga Espinoza y Alicia Salinero, op. cit., pp. 232-234, los criterios formales de clasificación utilizados por Gendarmería, solo consideran el tipo de delito, el compromiso delictual, la edad, el desarrollo de trastornos mentales y criterios relativos al tipo de pena impuesta, o al principio de progresividad. A ellos se agrega solo ocasionalmente la orientación sexual de los condenados. Si a esto se suma la ya mencionada carencia de formación en materia de derechos humanos –que implica el reconocimiento de identidades de género distintas a la sexualidad masculina o femenina– por parte de los funcionarios de Gendarmería, resulta lógico a lo menos colegir que todos estos factores confluyen en el desconocimiento de las necesidades de quienes tienen una orientación sexual diferente.

134 Uno de los casos más dramáticos difundidos por la prensa es el del interno Juan Montupín. TheClinic.cl. “Morir engrillado en Chile”, 6 de agosto de 2014.

135 Centro de Epidemiología y Políticas de Salud de la Facultad de Medicina de la Universidad del Desarrollo.

136 *La Tercera*: “Los gobiernos de Sebastián Piñera (2010-2014) y Michelle Bachelet (2014-) son los gobiernos con menos cantidad de indultos en democracia”, 9 de enero de 2014.

137 Acta de comisión de visita de cárceles de la Corte de Apelaciones de Santiago. Primer Semestre de 2014. Documento disponible en www.soychile.cl.

138 *La Segunda*: “Trastornos mentales en la cárcel: Depresiones y adicciones son más frecuentes en reos ‘más’ nuevos”, 21 de septiembre de 2014.

gas¹³⁹ y no tenga una política concreta respecto a los condenados que requieren tratamientos especiales debido a su consumo problemático. La situación es aún más grave si se considera que los gendarmes pueden llegar a tener una incidencia directa en el problema a través del ingreso de drogas a los recintos penales.¹⁴⁰

Por último, existe una población que consideramos “circunstancialmente” vulnerable: se trata de los internos afectados por traslados injustificados. Como establece el Principio IX.4.4 del Conjunto de Principios, los traslados deben tomar en cuenta la necesidad de que los privados de libertad residan en lugares cercanos a su familia o comunidad. Pero en muchas oportunidades el traslado se utiliza subrepticamente como sanción, de modo que los internos son destinados por Gendarmería a regiones o a penales distintos de aquellos en donde mantienen su arraigo familiar. Durante el año 2014 se presentaron alrededor de dos mil requerimientos de traslado, ocupando el primer lugar entre los reclamos de los reclusos.¹⁴¹ La ausencia de una política adecuada en la materia puede tener consecuencias dramáticas para el recluso, como el alejamiento de la familia o incluso la muerte si es trasladado a un lugar que le resulta inseguro o se le deniega el traslado a un lugar con mayor seguridad.¹⁴²

La familia de cada condenado constituye una población especial afectada por la privación de libertad. El contacto entre el grupo familiar y el recluso resulta indispensable para una posible resocialización del interno y su relación con el mundo libre.¹⁴³ De acuerdo al Principio XX del Conjunto de Principios, “[e]l personal penitenciario debe respetar los derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de sus familiares”. Desafortunadamente, los familiares deben pasar largas horas fuera de la cárcel antes de poder ingresar a la visita y, previo al acceso al lugar, son objeto de intensos registros corporales que desincentivan la motivación a mantener el vínculo con el interno. Existen varias medidas para evitar la vulneración de los derechos de los familiares de las personas privadas de libertad. Se requiere, entre otras

139 Los Tribunales de tratamiento de drogas constituyen aun una experiencia piloto en nuestro país, pero su finalidad esencial es desjudicializar conductas que dicen relación más con el consumo problemático de sustancias ilícitas que con un conflicto con la ley penal. Para un detalle de su funcionamiento: www.senda.gob.cl

140 Radio Cooperativa: “Gendarme fue detenida por ingresar pasta base a un recinto penal”, 9 de julio de 2015.

141 Minuta de resumen de gestión de la Defensa Penitenciaria, proporcionada por Alejandro Gómez en entrevista realizada el 3 de junio de 2015.

142 El caso del interno Patricio Fuentealba Fuentealba demuestra las graves consecuencias que puede acarrear la denegación de un traslado activo. Fuentealba murió tras una aparente riña; previamente su madre había presentado un recurso de amparo con fecha 29 de diciembre de 2014, pidiendo su traslado a Colina 2 por peligro para su seguridad. Radio Biobiochile.: “Madre de reo que murió en Cárcel de Valdivia había presentado recurso de amparo a su favor”, 12 de enero de 2015; Radio Biobiochile: “Juez confirma deficiencias en cárcel de Valdivia tras muerte de reo apuñalado por otro”, 14 de enero de 2015.

143 Borja Mapelli, op. cit., pp. 237 y ss.

cosas, generar una infraestructura cómoda y acogedora para las visitas, implementar tecnologías para la detección electrónica de objetos al momento del registro y ejercer el control del interno después del retiro de los familiares. Esto último permitiría evitar el humillante registro corporal a los integrantes de la familia.¹⁴⁴ Si bien es necesario controlar el acceso de objetos o sustancias ilícitas a los recintos penales, es indispensable implementar medidas menos invasivas para la detección del tráfico. Así se evitaría violar el derecho a la intimidad que tienen los familiares y se promovería la conservación del lazo con el interno.

6. CIUDADANÍA, COMUNIDAD Y PRIVADOS DE LIBERTAD: “DEMOCRATIZAR LA CÁRCEL”

La sala de audiencias que hemos utilizado como imagen incluye butacas para el público. Quienes ocupan los asientos son algunos políticos, académicos, medios de comunicación y ciudadanos interesados en el aparato penitenciario. Junto a ellos se encuentra el Estado, quien tiene la tarea pendiente de propiciar su participación activa y expandir el compromiso de estos actores respecto de las cárceles. Como se demostrará, existen varias medidas para lograrlo.

Para entender con claridad lo que acontece al interior de la “sala de audiencias penitenciaria” resulta imprescindible el ejercicio del derecho al acceso a la información pública. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que la libertad de expresión incluye el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole”. Así también lo declara el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El acceso a la información pública profundiza la democracia, ya que impone a las autoridades el deber de dar cuenta de su gestión, facilita el ejercicio de derechos, fortalece la participación ciudadana y permite controlar la actividad de los organismos públicos.¹⁴⁵ Han existido avances notables en materia de transparencia en las cárceles; en general vinculados a la promulgación de la ley 20.285 sobre acceso a la información pública.¹⁴⁶ Sin embargo, la realidad penitenciaria en Chile sigue estando invisibilizada, tanto para los internos como para la ciudadanía y variados organismos públicos. Por constituir una dimensión socialmente excluida, cuyas relaciones

144 *Ibid.*

145 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Acceso a la Información Pública. Serie Cuadernillos de Temas Emergentes*, Diciembre de 2012, p. 19.

146 *Ibid.* pp. 19-20. En particular, el informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, recalca el caso de una solicitud de información relativa al número de fallecimientos en un establecimiento penitenciario, la cual fue denegada por Gendarmería de Chile. El Consejo para la Transparencia decidió revertir dicha decisión, basado en que el acceso a la información en el ámbito carcelario resulta esencial para una correcta dilucidación de las causas de muerte y la visibilización de los hechos a la opinión pública.

internas pueden degenerar en abusos y violaciones sistemáticas de derechos, la estructura penitenciaria debiera someterse aún con mayor rigurosidad al escrutinio ciudadano. Dado que la población penal está sujeta al ejercicio de la fuerza, el Estado debe robustecer la difusión de sus actuaciones y situar al alcance del público general, tanto la documentación y resoluciones que genera el aparato penitenciario como las actividades que tienen lugar fácticamente dentro de las cárceles.

El año 2014, a propósito de la concesión de beneficios intrapenitenciarios, Gendarmería de Chile sostuvo que la entrega de antecedentes de la población penal podía vulnerar la protección de datos personales. Pero de acuerdo al Consejo para la Transparencia, “el potencial de la información como insumo del control social del adecuado otorgamiento de beneficios intrapenitenciarios de suyo excepcionales, constituye un fundamento suficiente para justificar su divulgación a terceros”.¹⁴⁷ Es decir, el acceso a esta información permite el control sobre el Estado en un ámbito especialmente sensible. Aunque existan otros derechos comprometidos, la entrega de información institucional se convierte en una prioridad que se ubica por sobre la protección de la privacidad o de la seguridad pública. Ahora bien, existen casos en que la información lisa y llanamente no existe, debido a que los organismos estatales, probablemente, aún se encuentran implementando sistemas de manejo de información dinámicos, modernos y actualizados. El Consejo para la Transparencia no ha sido particularmente exigente en la materia. A modo de ejemplo, durante el año 2014 se rechazaron al menos dos amparos producto de que la información solicitada era inexistente.¹⁴⁸ Pero la ausencia de estadísticas y registros obedece también a un precario control de gestión y a la indiferencia por el trabajo periodístico y académico sobre la situación carcelaria.

Dentro de los avances que ha presentado el programa de la Unidad de Defensa Penitenciaria, resulta destacable que los defensores hayan logrado acceso a información a través del sistema SIGDP¹⁴⁹ y del programa “Gendarmería sin papeleo”. Aunque esta última iniciativa constituye un correcto avance hacia la disponibilidad de información pública,¹⁵⁰ en la generalidad de los casos el acceso a información depen-

147 Consejo para la Transparencia, Decisión Rol. C1465-14, 4 de febrero de 2015, considerando 7.

148 Consejo para la Transparencia, Decisión Rol. C1411-13, 16 de mayo de 2014, considerando 4 y 5; y Decisión Rol. C1243-14, 24 de octubre de 2014, considerando 5. Con todo, la información sobre los antecedentes penales del interno debiera resguardarse para evitar su uso inadecuado.

149 El SIGDP es el sistema interno de manejo de información de causas de la Defensoría. Es un software un tanto antiguo, que en ocasiones más que facilitar el trabajo de los defensores lo limita, porque es el medio según el cual se mide su gestión.

150 El acceso a la información sobre o por parte de las personas privadas de libertad, debe sujetarse a las necesidades del caso concreto. Su determinación es una cuestión más bien casuística atendida la entidad de los antecedentes requeridos.

de de la voluntad de los jefes de cada unidad penal. En la circunstancia de que los flujos fallen, los defensores penitenciarios deben someterse al sistema común de acceso a información vía transparencia y sujetarse a sus reglas y plazos. La labor del defensor requiere realizar actuaciones de carácter urgente, de modo que el plazo común de 20 días hábiles (y su respectiva prórroga) para la entrega de los datos solicitados, finalmente equivale a una denegación tácita del derecho a información. En palabras de Alejandro Gómez:

El defensor tiene posibilidad de acceder a la información electrónicamente sobre los datos del condenado a través sistema informático de Gendarmería de Chile. [Pero] los tiempos son diferentes dependiendo de cada realidad carcelaria: en Iquique tenemos acceso bastante rápido a información y la voluntad de las autoridades penitenciarias facilita mucho la tarea. Pero hay cárceles, como el CDP Santiago Sur, en que es más complicado. (...) Sería interesante institucionalizar los procedimientos, ya que actualmente todo depende de quién es el jefe de unidad. Si no hay voluntad, tenemos que recurrir al sistema de transparencia para poder solicitar información, con la dificultad práctica adicional de que la respuesta va a demorarse. (...) A veces hay problemas severos. Por derechos fundamentales y por decisiones técnicas se requiere que el acceso a la información sea más rápido. (...) El problema relevante es que el tiempo de respuesta de Gendarmería de Chile es muy lento.¹⁵¹

Las respuestas de las unidades de transparencia pueden ser, además de lentas, incompletas o desalineadas de los intereses de la solicitud inicial. Por lo tanto, se requiere contar con una política de transparencia reforzada al tratarse de un área excepcionalmente sensible.

Para propiciar la producción de evidencia sobre lo que acontece fácticamente en las cárceles, se debería también perfeccionar la instalación de sistemas de registro audiovisual. Las grabaciones —continuas y permanentes— son útiles tanto para identificar conflictos entre internos como agresiones de los funcionarios penitenciarios contra la población penal. Esto permitiría a los internos denunciar y acreditar situaciones de violencia; y a los funcionarios la posibilidad de generar descargos ante acusaciones falsas.¹⁵² Además, un correcto sistema de supervisión exige evitar la manipulación de los registros por parte de los funcionarios de la institución, lo que se logra a través de la par-

151 Entrevista realizada el 3 de junio de 2015.

152 John Gibbons y Nicholas de B. Katzenbach, *Confronting Confinement: A Report of the Commission on Safety and Abuse in America's Prisons*, Nueva York, Vera Institute of Justice, 2006, pp. 95 y ss.

tipificación de organismos independientes y sistemas conectados en línea con instituciones externas para el almacenamiento del registro audiovisual.

Los medios de comunicación son actores relevantes en materia de acceso a información. Como lo demuestra la evidencia citada en este informe, el vínculo entre prensa y aparato penitenciario es crucial. El Estado debe potenciar el ejercicio del periodismo comprometido con los derechos humanos. Permitir un acceso expedito de periodistas a las cárceles, admitir entrevistas a funcionarios e internos (con la posibilidad de registrarlos a través de grabadoras de voz, cámaras de video y fotográficas) y acceder a registros institucionales, son medidas efectivas para la consecución de ese fin. De no ser por la labor de la prensa, no hubiese salido a la luz pública la información sobre las golpizas de gendarmes contra internos en las cárceles de Calama y Rancagua. Por lo demás, la experiencia internacional considera que la prensa es un actor particularmente relevante en este tema. Según el informe norteamericano *Confronting Confinement* de la Comisión de Seguridad y Abusos en las Prisiones Norteamericanas, el compromiso periodístico favorece la revelación de testimonios, la sistematización de información relevante y una correcta educación del público sobre la realidad carcelaria.¹⁵³ Considerando las lamentables experiencias de las denominadas “detenciones ciudadanas”¹⁵⁴ bien podrían los medios de comunicación constituirse en un actor relevante que participe en la fiscalización del aparato penitenciario.

La autoridad nacional debiese también permitir el ingreso a las cárceles de otras entidades estatales y organizaciones de la sociedad civil. Respecto a la labor de fiscalización de terceros sobre las cárceles, el año 1987 Chile suscribió la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Su protocolo facultativo¹⁵⁵ le impone a cada Estado el deber de designar uno o varios órganos de visitas a centros de privación de libertad como mecanismo para prevenir la tortura. Al año 2015, Chile todavía mantiene incumplida su obligación de instalar el Mecanismo Nacional Contra la Tortura. No existe un órgano autónomo que fiscalice las cárceles e informe pública y periódicamente si las personas privadas de libertad ven vulnerados sus derechos. Como ha sido reiterado en diversos

153 *Ibíd.*

154 Durante el año 2014 se registraron una serie de situaciones en que ciudadanos no uniformados detuvieron a personas que supuestamente habían cometido un delito seguidos de intentos de linchamiento o golpizas callejeras. Varias de esas acciones se caracterizaron por la desproporción en el uso de la fuerza, y la indignidad con que fueron tratados los aprehendidos. Una reflexión crítica en torno al fenómeno puede encontrarse en Eldesconcierto. ci: “Lo faené yo”, 3 de diciembre de 2015.

155 El protocolo facultativo fue firmado por el Estado chileno en diciembre de 2008 y fue publicado bajo Decreto Supremo 340, el 14 de febrero del año 2009.

Informes, resulta necesario adecuar la legislación vigente a los tratados internacionales.¹⁵⁶

Sumado a la posibilidad de instalar un organismo gubernamental que supervise la actividad penitenciaria, se podría favorecer la instalación de una red de inspección ciudadana en centros de detención y privación de libertad, a través del actual Consejo de la Sociedad Civil de Gendarmería. Dada la aparición progresiva de distintas organizaciones civiles dedicadas al tema penitenciario, resultaría particularmente conveniente incluirlas como agentes de cambio.¹⁵⁷ Los observadores ciudadanos podrían acceder a información de primera fuente si se les permitiese el ingreso a las cárceles, además de constituirse como fiscalizadores informales. Para evitar la objeción de que las redes de inspección interfieren con las políticas de Gendarmería, las visitas podrían efectuarse en días y horarios previamente coordinados (aunque aleatorios) para mantener tanto la seguridad de los observadores como de la población penal.

El mundo universitario debiese también cumplir un rol relevante en el análisis de la estructura penitenciaria. En general, la formación universitaria de abogados, psicólogos, sociólogos y trabajadores sociales no contempla especialmente programas dedicados al tratamiento –jurídico, terapéutico e investigativo– del aparato penitenciario. El escaso interés del ámbito académico por el tema es el correlato del abandono del mundo penitenciario por parte del Estado. Por lo mismo, universidades y centros de investigación podrían guiar el desarrollo de las políticas públicas penitenciarias.

La mayor desconexión entre el público observador y la población penal se hace patente en el hecho de que los presos se encuentran excluidos del ejercicio de su derecho a voto. Aunque algunos internos conservan jurídicamente este derecho, se encuentran en la práctica imposibilitados de ejercerlo. Es el caso de las personas sujetas a prisión preventiva que están habilitadas jurídicamente para votar, pero la infraestructura penitenciaria carece de mecanismos que faciliten el acceso de esos internos a centros de sufragio o que viabilicen una fórmula alternativa (como votación por correo, a través de apoderados, con votación electrónica o instalación de urnas al interior en los recin-

156 Otros países de la región han cumplido perfectamente con este deber. Así, en Argentina el Mecanismo entró en vigencia el 7 de enero de 2013, mediante la Ley 26.827; en Perú, el año 2014, el Parlamento encargó a la Defensoría del Pueblo la implementación del Mecanismo; en Uruguay el Mecanismo se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo de dicho país.

157 A la fecha organizaciones como 81 Razones, Confapreco o Leasur intentan relevar el tema penitenciario y reflexionar sobre el entramado carcelario en nuestro país. Actualmente, estas y otras organizaciones forman parte de la mesa temática del Senado “Cárcel y derechos fundamentales de los privados de libertad”. Asimismo, instituciones como Fundación Paz Ciudadana han renovado su interés por la situación de las cárceles nacionales y defendido las garantías de las personas privadas de libertad.

tos penales).¹⁵⁸ Por su parte, los internos condenados a pena aflictiva han sido excluidos directamente del ejercicio de su derecho a voto.¹⁵⁹ El problema que conlleva la privación total de la ciudadanía establecida en la Constitución chilena para los condenados (con la consiguiente imposibilidad de sufragar) es que incumple con lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos humanos. El citado artículo instruye que las restricciones impuestas por los Estados-partes a las personas encarceladas no deben traducirse en una privación absoluta de los derechos consagrados por el mismo instrumento, dentro de los cuales destaca el derecho a voto.¹⁶⁰ Debido a esta situación, los ciudadanos libres no podemos conocer la voluntad política de la población penal ni los reclusos participar del debate democrático. Esta exclusión comprueba el estado de excepción constitucional que se vive en las cárceles. Conceder y garantizar el derecho a voto de los internos constituye el primer paso para asegurar la vigencia del derecho al interior de las prisiones.

El aparato penitenciario chileno requiere urgentemente convertirse en un sistema. La creciente demanda de ciertos sectores políticos por aumentar la extensión y severidad de las penas, exige ser enfrentada con racionalidad. Por esta razón, el Estado debiese rediseñar la “sala de audiencias” penitenciaria. En especial, debe lograr que el estrado vacío sea ocupado por un juez independiente, que los defensores y fiscales fortalezcan su posición, redefinir las labores y apoyar al principal custodio de la población penal. Resulta trascendental impulsar al público a ocupar las butacas de la audiencia, con el justo propósito de fortalecer la responsabilidad de la sociedad con aquellos a quienes encarcela.

RECOMENDACIONES

De acuerdo a lo señalado en este capítulo y a fin de remediar las falencias detectadas, se recomienda al Estado:

1. Generar una política penitenciaria consistente e interinstitucional que incluya la dictación de una ley de ejecución penitenciaria y

158 Esto se aplica salvo en los casos de acusación por delito de pena aflictiva, lo que equivale a una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

159 La Constitución Política suspende el ejercicio del derecho a sufragio para aquellos acusados por delitos que merezcan pena aflictiva o conductas terroristas (Artículo 16 números 1 y 2) y despoja de la ciudadanía a los condenados por pena aflictiva (Artículo 17 número 2).

160 *Diarioconstitucional.cl*: “La restricción de derechos políticos a raíz de causas penales no tiene justificación”, 12 de marzo de 2015. Tal como sostiene Juan Ignacio Núñez, los casos en que el legislador ha vedado el derecho a voto sin que medie una sentencia condenatoria constituyen “una privación desproporcionada de un bien que en esencia obedece a un castigo sin que medie sentencia condenatoria respecto del afectado.” Además, la medida es abiertamente contraria a lo establecido en el artículo 8 inciso segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra el derecho a la presunción de inocencia.

establezca con claridad las competencias y procedimientos ante el juez de ejecución. La nueva Constitución en ciernes debería incluir un capítulo con las finalidades y principios elementales en materia penitenciaria.

2. Fortalecer el rol de la Unidad de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública. Esto requiere ampliar la cobertura a nivel nacional y aumentar la dotación de defensores penitenciarios. Incluir asesoría a los condenados por sistema penal antiguo, iniciar un modelo de actuaciones de oficio y subsanar los déficits de la defensa licitada. El Estado además debe fiscalizar la asistencia jurídica privada a la población penal y eliminar el registro de abogados en causas de Ley 20.000.
3. Asignar al Ministerio Público un rol clave en el aparato penitenciario. Esto debiera incluir la elaboración de un protocolo de investigaciones, especialización y creación de una unidad de víctimas y testigos de delitos intramuros. Con el fin de generar una persecución penal eficaz, debiera instalar una red conectada en tiempo real de registros audiovisuales a través de cámaras de video vigilancia en las instalaciones penales.
4. Las autoridades deben redefinir las funciones de Gendarmería de Chile. Junto con ello, aumentar los estándares de ingreso y formación, mejorar las condiciones laborales de los gendarmes y establecer una política de desvinculación de funcionarios condenados por torturas, malos tratos o apremios ilegítimos. A largo plazo, el Estado debería evaluar la posibilidad de instalar una Gendarmería civil sin formación castrense y profesionalizar la administración penitenciaria. Expertos provenientes del mundo civil podrían incorporar una visión renovada del problema.¹⁶¹
5. El Estado debe generar la apertura del mundo penitenciario a los medios de comunicación y a organizaciones de la sociedad civil. En el mediano plazo, se debiera fortalecer la unidad de transparencia de Gendarmería y reducir los plazos de tramitación respecto del acceso a información penitenciaria.
6. El Estado debe designar a un organismo responsable que gestione la información relativa al aparato penitenciario. Este organismo debiera recibir, sistematizar y difundir la información proveniente de diversos actores institucionales.
7. El Estado debe designar al Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura. El órgano naturalmente llamado a ejercer esta labor es el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

161 Así también lo sugirió el Consejo para la Reforma Penitenciaria, Recomendaciones Para Una Nueva Política Penitenciaria, Marzo de 2010.

8. Se debe democratizar el aparato penitenciario. Para las elecciones del año 2017, las autoridades debieran materializar el derecho a voto de quienes no pueden votar, teniendo el derecho a hacerlo. A largo plazo, se recomienda al Estado de Chile derogar las disposiciones contenidas en los artículos 16 y 17 de la Constitución que despojan de la ciudadanía a los condenados a pena aflictiva.
9. Las capacitaciones en derechos humanos debieran extenderse a internos, familiares y usuarios del sistema penal en general. En el corto plazo, se sugiere que el Ministerio de Justicia revise su política de tenencia de teléfonos móviles en las cárceles y logre conciliarla con el derecho de los internos a comunicarse con el exterior.
10. El Estado debe desarrollar medidas concretas respecto a los grupos especialmente vulnerables. Urge la concreción de una efectiva política penitenciaria de género. En materia de extranjeros, la Ley de Extranjería debe ser reformada y la expulsión tiene que aplicarse como última ratio. En relación a los pueblos indígenas, la ejecución de las condenas debe desarrollarse en recintos que permitan el libre desarrollo de sus tradiciones culturales. Por su parte, el sistema de justicia penal juvenil requiere evaluaciones respecto a la formación del personal e infraestructura para la consecución de los fines de la privación de libertad. La población LGBTQ merece un reconocimiento particular en los recintos penales; el desarrollo de programas de formación para los operadores tiene que propender al reconocimiento del libre ejercicio de la identidad sexual. La ejecución de los traslados debe ser resuelta en sede jurisdiccional y deben aumentar los estándares de objetividad en la persecución, investigación y condena de imputados por delitos sexuales.

ENVEJECIMIENTO Y DERECHOS HUMANOS EN CHILE: LAS PERSONAS MAYORES MALTRATADAS*

“Yo vivo con un ingreso de 85 mil pesos, me arriendan con agua y luz en 50 mil pesos, de ahí saco la plata para pagar la bóveda de mi madre, que va a ser la bóveda mía también, todos los meses: 25 mil pesos aparte. Y para subsistir me quedan 10 mil pesos, eso es lo que me queda”.

*ANA ISABEL MUÑOZ PIZARRO,
beneficiaria de la pensión básica solidaria.¹*

* Capítulo elaborado por Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela. Agradecemos el apoyo de los ayudantes de la Facultad de Derecho: Javiera Aravena, Francisca Piño y Romina Villarroel y a Magdalena Ahumada, de la Facultad de Psicología, en la elaboración de este texto.

1 Reportaje de "Informe Especial," 8 de junio de 2015. Como se relata en el reportaje, la señora Ana Muñoz hoy se alimenta de los rastros que sobran en la feria, padece cáncer y depresión, y su situación la llevó a intentar suicidarse.

SÍNTESIS

Este capítulo describe y analiza la situación de los adultos mayores en Chile desde una perspectiva de derechos humanos. Nos interesó conocer quiénes son y cómo viven los adultos mayores en nuestro país y en qué medida el Estado les garantiza el ejercicio efectivo de ciertos derechos humanos fundamentales: derecho a la salud, seguridad social –en lo relativo a la previsión social– y derecho a la vida digna. Se describen las acciones que el Estado de Chile realiza y las políticas públicas que se han formulado y llevado a cabo en beneficio de los adultos mayores; y se analiza esta situación en relación a los estándares internacionales y la normativa vigente. Nuestra reflexión se centra en algunos de los derechos que nos parecen de mayor relevancia en la vida de un adulto mayor, concretamente, en los derechos a la salud, a la seguridad social y a una vida digna.

El capítulo concluye constatando que el envejecimiento y su protección es una preocupación reciente y que el sistema de pensiones chileno ha puesto en una situación de mayor vulnerabilidad a las personas mayores, situación directamente vinculada a la responsabilidad que tiene el Estado de Chile en el aseguramiento del derecho humano de esos adultos a una vida digna. Contamos con una débil institucionalidad para la protección de las personas mayores, y por consiguiente, Chile no se ha preparado para enfrentar el envejecimiento poblacional. Consideramos esencial la incorporación de la perspectiva de género en la revisión de las necesidades de este segmento de la población vulnerado al momento de crear y desarrollar normativa y políticas públicas. Es esencial, asimismo, contar con un sistema de protección específico que reconozca las necesidades concretas de los adultos mayores y una institucionalidad que otorgue mayores atribuciones al Estado para resguardar la satisfacción de dichas necesidades. El maltrato hacia los adultos mayores en Chile no solo se reduce al ámbito físico o psicológico, sino que estamos en presencia de un maltrato sistémico y sistemático, frente al cual urge una acción estatal decidida a proteger a esta población vulnerable y garantizar el ejercicio de sus derechos.

PALABRAS CLAVES: Adulto mayor, Derecho a la seguridad social, Derecho a la salud, Derecho a la vida digna

INTRODUCCIÓN

Los cambios demográficos y epidemiológicos en Chile han implicado un crecimiento importante de la población adulto mayor. Se estima que para 2025 esta población superará en Chile a la de los niños. Como se puede apreciar en el primer apartado de este capítulo titulado “La situación de las personas mayores en Chile”, la realidad cotidiana de los adultos mayores en nuestro país es dramática y nos permite llegar a la convicción de que estamos frente a una población particularmente vulnerable. Más allá de los insuficientes ingresos económicos que perciben y las diferencias de género que se observan producto de las disímiles trayectorias laborales de hombres y mujeres, el acceso a la salud, la carencia de redes y un imaginario social que los sitúa en una posición de deterioro y decadencia, contrastan con las condiciones objetivas y los propios deseos de los adultos mayores de tomar decisiones sobre sus proyectos de vida de manera autónoma, manteniendo responsabilidades y el necesario sentido de utilidad social que todo ser humano desea cumplir. Lo anterior tiene nefastas consecuencias en el bienestar y en la salud mental de estas personas, condiciones que las inhabilitan y les hacen perder funcionalidad.

En el segundo apartado, se describen las acciones que el Estado de Chile realiza y las políticas públicas que se han formulado y llevado a cabo en materia de envejecimiento y se analiza esta situación en relación a los estándares internacionales y la escasa normativa vigente. Cabe señalar que solo desde junio contamos, en el marco internacional de los derechos humanos, con una Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, donde se establecen estándares que Chile ha suscrito. Nuestra reflexión se centra en algunos de los derechos que nos parecen de mayor relevancia en la vida de un adulto mayor: a la salud, a la seguridad social y finalmente, a una vida digna.

El capítulo concluye constatando que el envejecimiento y su protección es una preocupación reciente, que el sistema de pensiones chileno ha puesto en una situación de mayor vulnerabilidad a las personas

mayores, situación directamente ligada a la responsabilidad del Estado de Chile en el aseguramiento del derecho humano a una vida digna. A esto se suma que contamos con una débil institucionalidad para la protección de las personas mayores. Este panorama descrito nos permite afirmar que Chile no se ha preparado para enfrentar el envejecimiento poblacional. Los adultos mayores viven una situación general de riesgo social, sin embargo, esta precariedad se acentúa en el caso de las mujeres, principalmente por la ausencia de previsión social producto de las demandas del trabajo doméstico en sus hogares (que en muchos casos les impidió acceder al mundo del trabajo remunerado) o por lagunas previsionales a causa de trayectorias laborales interrumpidas e informales. En razón de esto, consideramos esencial la incorporación de la perspectiva de género en la revisión de las necesidades de este segmento de la población vulnerable, al momento de crear y desarrollar normativa y políticas públicas.

Socialmente, la percepción de la vejez es dramática. A los ancianos se les percibe como incapaces física y mentalmente, despojándolos, sin justificación, de su autonomía; por lo mismo es esencial contar con un sistema de protección específico que reconozca las necesidades concretas de los adultos mayores, con una institucionalidad que posea mayores atribuciones que las que hoy día tiene el Servicio Nacional del Adulto Mayor (en adelante, SENAMA). Este organismo, en la actualidad, enfrenta problemas de dotación de personal, centralismo, presupuesto insuficiente y falta de atribuciones en su función de coordinación de programas específicos para el adulto mayor que se realicen a través de la Administración del Estado. Lo descrito dificulta el trabajo desde los ejes estratégicos definidos, a saber: (a) proteger y garantizar los derechos de las personas mayores; (b) fomentar la participación social de quienes pertenecen a este grupo etario; (c) fortalecer el sistema de protección social dirigido a los mayores; (d) avanzar hacia un cambio cultural que reconozca a las personas mayores como sujetos de derechos; (e) fortalecer la gestión territorial y descentralización de la propia Institución.

Como señala el nombre de este capítulo, el maltrato hacia los adultos mayores en Chile no sólo se expresa en el maltrato físico o psicológico, sino que estamos en presencia de un maltrato sistémico y sistemático donde urge la acción estatal para proteger a esta población vulnerable y garantizar el ejercicio de sus derechos.

1. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN CHILE

Este apartado presenta la situación de las personas mayores o adultos mayores (en adelante, PM o AM, indistintamente) en Chile, haciendo

una breve caracterización sobre quiénes son, cómo viven, qué dificultades cotidianas enfrentan y cómo la sociedad los percibe y estigmatiza. La relevancia de indagar en esta población radica en la situación de vulnerabilidad que vive, debido a la carencia de recursos, lo que limita diversos aspectos de su vida tales como el acceso a la salud (y medicamentos), su condición laboral y participación en la vida social. Siendo los AM en su conjunto un colectivo vulnerable, las mujeres adultas mayores son un grupo aun de mayor vulnerabilidad al ser víctimas preferentes de las desigualdades estructurales, tanto sociales como económicas, presentes en nuestro país. Cabe consignar al respecto, las diferencias frente a los hombres en los ingresos que perciben provenientes del trabajo, las lagunas previsionales que presentan por labores temporales o informales o el trabajo doméstico en sus hogares, lo cual tiene efectos en las pensiones que reciben.

Según la convención internacional, para designar a una persona en la categoría de adulto mayor debe superar los 60 años de edad. Este grupo también ha sido denominado como “población pasiva”, puesto que se trata de aquellas personas “no productivas”, desde el punto de vista económico.² Como señala Phillipson (2013) “la vejez, como una fase distintiva del ciclo de la vida, es un concepto relativamente nuevo” y el punto de inflexión que separa a las personas jóvenes de las mayores fue un invento del siglo XIX, con la introducción de la jubilación para la vejez en Alemania por parte de Von Bismarck. Mientras el *establishment* del sistema de jubilación brindaba el derecho a la protección social y la asistencia, autonomía y dignidad en la vejez, al mismo tiempo la edad de la jubilación surgía para definir si los individuos eran productivos (trabajadores) o si necesitaban asistencia (jubilados). Esta concepción que prevalece de la vejez y de las personas mayores como sujetos no productivos, se asocia con la forma en que son vistas y tratadas y eventualmente determina hasta qué punto ciertos derechos humanos, como el de la autonomía y la participación, son respetados en el caso de este grupo.³⁻⁴

2 OEA, Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, firmada por el Estado chileno el 15 de junio de 2015, artículo 2°.

3 Nena Georgantzi, “Garantías legales e institucionales para los derechos de las personas mayores: una mirada desde Europa” en Sandra Huenchuan y Rosa Icela Rodríguez, ed., *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Santiago, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2014, pp. 87-102.

4 El envejecimiento también es considerado un problema socioeconómico. En la Unión Europea persiste la idea generalizada de que el envejecimiento demográfico perjudica a los sistemas de protección social y amenaza a las economías productivas. Los gobiernos, mediante sus políticas sociales, solo están preocupados por quién paga para mantener a las personas mayores, y cómo se brindan los servicios para atender sus necesidades. No existen discusiones sobre cómo las instituciones socioeconómicas favorecen al ejercicio de los derechos de las personas mayores como individuos. Esta construcción de la vejez como un problema debido al tamaño de la población adulta mayor, o a las características de enfermedad o discapacidad que se le atribuyen, no solo ignora el modelo del envejecimiento activo y saludable, sino que además afecta las decisiones sobre los recursos, las

La adultez mayor, considerando que puede extenderse por más de 40 años, es una etapa del ciclo vital que podría llegar a ser la más amplia. Hoy en Chile hay, al menos, 1.400 personas que superan los 100 años⁵ y el pronóstico es que esta cantidad irá en aumento dado el nuevo panorama epidemiológico y demográfico. Chile está viviendo una etapa avanzada de transición hacia el envejecimiento demográfico. Así lo indican datos del último censo que registran una población de adultos mayores cercana a los 2.578.823 personas,⁶ y un aumento de 24 puntos en el índice de envejecimiento de los últimos años⁷, antecedente que respalda las proyecciones donde se estima que para 2025 la población de mayores superará a la de los niños: habrá, de acuerdo a estos cálculos, 111,1 personas mayores de 60 años por cada 100 personas entre 0 y 14 años.⁸ Demográficamente, esto se conoce como cruce de curvas poblacionales. El crecimiento de esta población vinculado al aumento de su expectativa de vida y a la necesidad de abordar sus complejas necesidades, muestran la importancia de abordar esta temática.

La relevancia del proceso de envejecimiento poblacional radica en los múltiples efectos que este tiene en el aspecto individual de las personas mayores, en cuanto al ejercicio efectivo de derechos, en la sociedad chilena en general, tanto en los ámbitos de salud, cuidados e inclusión, como en los relacionados con la economía y fuerza de trabajo. La sociedad no está preparada para enfrentar estos efectos, sometiendo muchas veces al adulto mayor a condiciones desfavorables como la dependencia económica, el menoscabo social y el maltrato, lo que afecta no solo sus posibilidades de integración social y calidad de vida, sino que también le impide el real ejercicio de sus derechos. Esto es particularmente agudo en aquellas PM con bajos ingresos socioeconómicos, que se ven perjudicadas en el acceso y provisión de derechos económicos, sociales y culturales, así como en sus derechos fundamentales de salud, seguridad social, vida digna, entre otros.

En ese sentido, los cambios en relación a la participación laboral de la población AM representan un dato elocuente. Desde el año 2004 hasta 2013 se evidencia un crecimiento sostenido de aproximadamente 9 puntos en la tasa de participación laboral de mayores de 65 años,⁹ lo que implica un aumento de los AM presentes en la fuerza de trabajo. Este incremento se puede relacionar tanto con el aumento de la espe-

prioridades y el valor que se atribuye a las distintas etapas del ciclo de la vida.

- 5 Entrevista a Rayen Ingles Hueche, Directora nacional del Servicio Nacional del Adulto Mayor, 24 de abril de 2015.
- 6 Compendio Estadístico INE 2014.
- 7 MIDESO, Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Adultos Mayores. Síntesis de Resultados), 2013.
- 8 Servicio Nacional del Adulto Mayor. *Inclusión y exclusión social de las personas mayores en Chile. Opiniones, percepciones, expectativas y evaluaciones*, 2013.
- 9 INE, Compendio estadístico (2005-2014).

ranza de vida en el país, estimada en 79,1 años promedio (76,2 para hombres y 82,2 para mujeres)¹⁰ y en el interés personal de mantenerse activos. Pero también se puede explicar por los insuficientes ingresos percibidos por esta población: un 82% de la población AM recibe jubilación, pensión asistencial o pensión básica solidaria, las cuales no superan los 201.671 pesos en promedio, siendo las mujeres quienes reciben una menor cantidad en montos aproximados (170.954 pesos) en comparación con los hombres (227.421 pesos)¹¹. Por ello, urge en Chile un abordaje adecuado y una revisión completa del sistema de pensiones que contribuiría a la integración de las personas mayores, debido a que, como señala Esteban Calvo, “puedes pensar [en mejorar] el sistema de pensiones no solo para prevenir pobreza, sino también para mejorar la salud, para integración social; así existiría un impacto en la calidad de vida de las personas mayores en tanto podrían costear gastos en salud, aportar en el hogar, entre otros efectos”¹².

Los actuales adultos mayores son un grupo empobrecido y heterogéneo. Se trata de las primeras generaciones con jubilaciones del sistema de AFP, el cual, en sus orígenes, prometió mantener una jubilación equivalente al 70% del sueldo, mientras que la realidad da cuenta que esta no supera el 30%.¹³ Asimismo, los adultos mayores son un grupo heterogéneo, con marcadas diferencias culturales e ideológicas, en función de la década en la cual se encuentren, según su lugar geográfico de procedencia, de género y estrato social, distinciones que sin duda, requieren ser consideradas en el diseño de las políticas públicas. Es así como la generación que hoy tiene entre 60 y 70 años alcanzó a participar más activamente del mundo globalizado, y por ende, su relación con la tecnología, con el dinero plástico, el endeudamiento y sus expectativas de vida, son diferentes a otras generaciones de AM. Es también la primera generación que cuenta con integrantes con VIH, tiene una mayor alfabetización, y posee distintos niveles de dependencia, respecto de los AM, que se encuentran en décadas posteriores, entre los 70 y 80 y entre los 80 y 90 años. La aproximación a la vejez, a las concepciones morales e ideológicas son también distintas entre las diferentes generaciones.

Además de estas diferencias intergeneracionales de los actuales adultos mayores, debemos tener en cuenta que, en términos generales, se trata de personas con bajos niveles de escolaridad (mujeres 8 años y hombres 9 años).¹⁴ Este también es un dato crucial tanto para la for-

10 INE, op. cit., 2014.

11 MIDESO, op. cit., 2013.

12 Entrevista a Esteban Calvo, sociólogo experto en envejecimiento, 10 de abril de 2015.

13 Dato Fundación Sol, en www.fundacionsol.cl

14 Entrevista a Rayen Inglés Hueche, Directora nacional del Servicio Nacional del Adulto Mayor, 24 de abril de 2015.

mulación de políticas como para el establecimiento de tratos diferentes entre los diversos grupos etarios de esta población. Como señala la directora de SENAMA, “es importante respetar la cosmovisión que tienen de su propia vida, tenemos que hacernos cargo respetando esto, por lo tanto, tenemos que ser capaces de vincularnos con ellos desde las concepciones más básicas de sus necesidades a las preguntas más esenciales de sus proyectos de vida”.¹⁵ Este marco de distinciones debe ser contemplado para la formulación de políticas públicas puesto que no es propicio pensar en políticas estandarizadas, ya que se requiere de una aproximación y una planificación que considere la diversidad de la actual población de AM.

En cuanto a la precariedad de condiciones en las que viven los AM, podemos demostrar que las mujeres se encuentran en una situación aún más vulnerada, ya que no solo perciben un ingreso menor en sus pensiones, sino que, además, las brechas de participación laboral en este colectivo son mayores que en otros rangos etarios.¹⁶ Finalmente, y como se señaló, las mujeres adultas mayores son el grupo con más baja escolarización (sólo un 26% completó la educación media o superior).¹⁷

En relación a la situación de salud que viven los adultos mayores en Chile, se estima que un 86% de la población de 60 o más años se encuentra afiliada a FONASA,¹⁸ de los cuales un 76% se encuentra en los grupos A y B, que incluyen desde personas indigentes hasta las que perciben un ingreso imponible mensual menor o igual a 210.001 pesos. Por otro lado, al analizar indicadores de discapacidad en la población nacional, observamos que mientras tan sólo el 7% de los niños/adolescentes y el 9% de los adultos presenta alguna discapacidad, un 37% de la población adulto mayor sufre algún grado de discapacidad física o mental. Del total de la población de adultos mayores con discapacidad, un 57% son mujeres y un 47% son hombres, presentándose como principales discapacidades la dificultad física y/o de movilidad, la ceguera o dificultad para ver, incluso usando lentes; la sordera o dificultad auditiva, aun con el uso de audífonos; y la dificultad psiquiátrica, mental o intelectual.¹⁹

Cabe destacar que a pesar de las cifras sobre discapacidad en adultos mayores, y habiendo constatado la percepción generalizada de que no pueden valerse por sí mismos, los hechos nos muestran que tan solo una de cada cinco personas adultas mayores presenta dependencia funcional y, en consecuencia, requiere ayuda de otra para realizar tareas

15 Ibid.

16 Servicio Nacional del Adulto Mayor “Estadísticas sobre las personas adultas mayores, un enfoque de género”, Informe Final, Santiago, 2008.

17 MIDESO, Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Adultos Mayores. Síntesis de Resultados, 2013).

18 MIDESO, op. cit., p.29.

19 INE, CENSO, 2012.

cotidianas.²⁰ Los prejuicios sobre sus capacidades pueden entenderse a la luz del estigma que implica envejecer en las sociedades actuales y de la enorme carga discriminatoria que lleva asociado. En Chile, un 14% de los adultos mayores se ha sentido discriminado. Dentro de las principales razones de discriminación, mencionan el hecho de ser un adulto mayor y el nivel socioeconómico,²¹ lo que deja en evidencia la condición y posición desfavorable de esta población.

Tanto el imaginario social de la vejez, como las condiciones materiales en las que viven los AM en Chile, avalan ciertas conductas que excluyen al adulto mayor de la vida social, política y cultural del país, en tanto no se les reconoce como sujetos que pueden gestionarse a sí mismos. Se pierde así el valor social y lugar propio que debería tener la vejez.²² No es, en consecuencia, solo la privación material la que afecta a los adultos mayores en Chile, sino también la privación de múltiples formas de participación en la sociedad. Sobre la visión que prevalece del adulto mayor en la actualidad, existiría una tendencia a reducir el envejecimiento a una noción de deterioro propia del desarrollo biológico. Ante esta situación, la psicóloga Daniela Thumala, experta en envejecimiento, plantea: “Hay una tendencia muy marcada a homologar el proceso de envejecimiento al proceso de cambio biológico, a reducir el desarrollo humano a sus aspectos biológicos. Entonces, el envejecimiento cae en la categoría de deterioro por definición [...], pero no es así, el desarrollo humano es mucho más que eso: hay desafíos adaptativos, hay ganancias y pérdidas durante toda nuestra trayectoria de vida y en la vejez también hay desarrollo, hay crecimiento, también se potencia y no todo se deteriora...”²³

Dicha tendencia permite comprender muchas situaciones de maltrato contra los adultos mayores: “Hay una manera de mirar la vejez que contribuye a que se den muchas situaciones de maltrato; no estamos hablando [meramente] de maltrato físico sino que un maltrato más estructural, más instalado socialmente a distintos niveles”, puntualiza Thumala.²⁴ Este maltrato estructural fomenta una visión precarizada de la vejez, lo que, a su vez, invisibiliza fenómenos como el maltrato que viven los AM dentro de las familias e instituciones. De acuerdo a lo que los propios adultos mayores relatan, se traduce principalmente en maltrato relacional y emocional, vinculado a situaciones de violencia psicológica, abandono y agravio económico. Todo lo anterior está vinculado con la pérdida –del AM– de su lugar dentro de la familia y la merma

20 Servicio Nacional del Adulto Mayor, *Inclusión y exclusión social de las personas mayores en Chile. Opiniones, percepciones, expectativas y evaluaciones*, 2013.

21 Servicio Nacional del Adulto Mayor, *Estudio Nacional de la Dependencia en las Personas Mayores*, 2009.

22 Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2013, op. cit., p. 78.

23 Entrevista a Thumala, psicóloga experta en envejecimiento, 30 de Marzo de 2015.

24 *Ibid.*

de su poder en los procesos de toma de decisiones vitales.²⁵ Una de las visiones frente a este maltrato, es entenderlo como el punto más álgido de una situación de desborde en las familias, debido a que estas ya no poseen la estructura extensa (donde convivían varias generaciones) para hacerse cargo de la situación que vive un adulto mayor,²⁶ ni tampoco las condiciones materiales para atender con calidad sus necesidades.

A pesar de que los AM son una proporción importante de la población y de que experimentan serias dificultades para enfrentar con dignidad este momento natural de la vida, siguen permaneciendo relativamente invisibles. Nos atrevemos a plantear que sabemos relativamente poco de los adultos mayores en nuestro país, y a pesar de existir programas enfocados a esta población, cabe cuestionar el alcance que estos tienen. Si bien el SENAMA ha realizado, en conjunto con algunos académicos,²⁷ un importante esfuerzo por comprender la situación del adulto mayor en Chile, mediante la elaboración de la Encuesta Nacional de Inclusión y Exclusión Social y de algunas otras publicaciones, por ejemplo, sobre el maltrato de los AM, la producción académica que existe sobre la realidad de los AM en el país es valiosa, pero escasa, insuficiente y se concentra en cuatro focos de atención: a) salud; b) calidad de vida; c) la situación del trabajo de cuidado; y d) aspectos políticos y socioculturales. Hoy contamos con evidencia que muestra que la calidad de vida de los adultos mayores se ve negativamente afectada por los problemas de salud, el sentido de autoeficacia²⁸, y por la dificultad para llevar a cabo una vida social activa (por ejemplo, viviendo en lugares donde puedan generar nuevos vínculos con vecinos de edades similares).²⁹ Otro importante número de publicaciones pone énfasis en los problemas de salud, en particular, los vinculados a enfermedades crónicas, y otro tanto, en la funcionalidad del adulto mayor, la que puede verse afectada por patologías,³⁰ o bien favorecida por la percepción de bienestar psicológico que involucraría la sensación de autoestima y autoeficacia en los AM.³¹ Asimismo, la evidencia en torno a la salud de los adultos mayores es clara y contundente en señalar la

25 Gabriel Guajardo y Teresa Abusleme, *El maltrato hacia las personas mayores en la Región Metropolitana, Chile*, Santiago, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2013.

26 Entrevista a Thumala, 30 de Marzo de 2015.

27 Teresa Abusleme, Marcelo Arnold-Cathalifaud, Francisco González y otros, *Inclusión y Exclusión Social de las Personas Mayores en Chile. Opiniones, percepciones, expectativas y evaluaciones*, Santiago, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2013.

28 Miguel Bravo, Alfonso Urzúa, Mario Ogalde y otros, "Factores vinculados a la calidad de vida en la adultez mayor", en *Revista médica de Chile*, 139(8), 2011, pp. 1006-1014.

29 Marisa Torres, Margarita Quezada, Reinaldo Riosco y otros, "Calidad de vida de adultos mayores pobres de viviendas básicas: Estudio comparativo mediante uso de WHOQOL-BREF", en *Revista médica de Chile* 136(3), 2008, pp. 325-333.

30 Carolina Delgado y Pablo Salinas, "Evaluación de las alteraciones cognitivas en adultos mayores", en *Revista Hospital Clínico Universidad de Chile*, 1(20), 2009, p. 244.

31 Juan Ortiz y Manuel Castro, "Bienestar psicológico de los adultos mayores, su relación con la autoestima y la autoeficacia. Contribución de enfermería", en *Revista Ciencia y Enfermería*, 15(1), 2009, pp. 25-31.

influencia que tienen diversas variables socioeconómicas en el estado de salud, no solo por las inequidades en el acceso a los servicios sino que también en las cifras de mortalidad³² y en las diferencias de género existentes en tanto son las mujeres las que presentan una prevalencia significativamente mayor de discapacidad.³³

Un tercer tema, que ha sido levantado con fuerza en la literatura, se refiere al estado de los cuidadores informales de adultos mayores en estado de dependencia, ya que se evidencia una sobrecarga que aumenta al existir factores como el desarrollo de otra actividad laboral y/o tener hijos y se advierten nefastos resultados en la salud y bienestar de dichas cuidadoras. De esta forma, el interés se focaliza en la generación de políticas públicas que permitan mejorar las iniciativas y proyectos de desarrollo social que busquen aumentar las redes de soporte y mejorar el plan de apoyo al cuidador que existe en Chile.³⁴ Es importante señalar que el rol de cuidador informal involucra un tema de género, ya que tal como plantea la directora del SENAMA Rayen Inglés, “este rol es tomado principalmente por mujeres con escolaridad básica que se encargan día y noche de los cuidados del adulto mayor y de las labores domésticas en general, y quienes, además, no cuentan con la capacitación adecuada para proveer cuidados al adulto mayor. Estas características terminan siendo factores de riesgo ante el maltrato”.³⁵

Finalmente, también se ha puesto atención sobre los ámbitos de participación social, cultural y político. Los estudios, junto con demostrar que Chile está transitando por un cambio demográfico y epidemiológico³⁶, lo que provoca no sólo consecuencias económicas derivadas, entre otros factores, de un mayor gasto en salud³⁷, advierten consecuencias socioculturales en tanto se evidencia que el país no está preparado para enfrentar el envejecimiento poblacional.³⁸ A partir de este proceso de envejecimiento, emergen discusiones y preocupaciones en torno a la integración de la población adulto mayor en Chile, se constata que los AM institucionalizados perciben una situación de aislamiento, soledad

32 Francisco Mardones, “Algunos antecedentes sobre la inequidad en la situación de salud del adulto mayor en Chile”, en *Revista médica de Chile*, 132(7), 2004, pp. 865-872.

33 Cecilia Albala, Hugo Sánchez, Lydia Lera y otros, “Efecto sobre la salud de las desigualdades socioeconómicas en el adulto mayor. Resultados basales del estudio expectativa de vida saludable y discapacidad relacionada con la obesidad (Alexandros)”, en *Revista médica de Chile*, 139(10), 2011, pp. 1276-1285.

34 Elizabeth Flores, Edith Rivas y Fredy Seguel, “Nivel de sobrecarga en el desempeño del rol del cuidador familiar de adulto mayor con dependencia severa”, en *Revista Ciencia y Enfermería*, 18(1), 2012, pp. 29-41.

35 Entrevista a Rayen Inglés Hueche, Directora nacional del SENAMA, 24 de abril de 2015.

36 Jorge Szot, “La transición demográfico-epidemiológica en Chile, 1960-2001”, en *Revista Española Salud Pública* 77 (5), 2003, pp. 605-613.

37 Camilo Cid y Lorena Prieto, “El gasto de bolsillo en salud: el caso de Chile, 1997 y 2007”, en *Rev Panam Salud Pública* 31(4), 2012, pp. 310-16.

38 Daniela Thumala, Marcelo Arnold y Anahí Urquiza, “Opiniones, expectativas y evaluaciones sobre diferentes modalidades de inclusión/exclusión social de los adultos mayores en Chile”, en *Argos* 27 (53), 2010, pp. 91-122.

personal y déficit de cuidado en las instituciones a cargo, así como también se evidencian situaciones de maltrato que los propios adultos mayores encubren por el desconocimiento de sus derechos, por la dependencia económica y/o por el temor a represalias.³⁹ Además, como caso particular, es relevante mencionar la situación de pacientes nonagenarias en situación de institucionalizadas, ya que este grupo etario es principalmente femenino, y debido a las condiciones en las que viven, presentan altos indicadores de fragilidad y redes sociales escasas,⁴⁰ con esto se evidencia la situación de abandono que enfrentan los adultos mayores, tanto por la condición de institucionalización que vive parte de esta población como por aquellos que experimentan la soledad al ser apartados de sus redes sociales o vivir en situaciones deplorables como la indigencia. Cabe destacar que un 1,6% de los adultos mayores se encuentra en estado de indigencia y esta cifra es levemente superior en zonas rurales.⁴¹ Aun cuando la cifra señalada parezca menor, es posible constatar que hoy en Chile 13.187 adultos mayores⁴² viven institucionalizados en establecimientos residenciales de larga estadía, muchos de ellos en condiciones muy precarias.

En derecho, el concepto de “vulnerabilidad” abre nuevos y más amplios ámbitos de protección y garantía, constituyendo una noción más dinámica que la exclusiva pobreza, en la medida que abarca diferentes aspectos de realidades complejas.⁴³ La vulnerabilidad se posiciona como lenguaje técnico pertinente a la hora de describir y analizar las diversas esferas en que las personas mayores enfrentan desventajas y déficits, producidos por sus condiciones sociales y amenazas del entorno. De ahí que se justifique hablar de los adultos mayores como un colectivo vulnerable, más que como una población mayoritariamente pobre, puesto que este último concepto no nos permite abarcar condicionantes estructurales y sociales, además de las condiciones meramente económicas.

39 Catalina Sepúlveda, Edith Rivas, Luis Bustos y otros, “Perfil socio-familiar en adultos mayores institucionalizados. Temuco, Padre las Casas y Nueva Imperial”, en *Revista Ciencia y Enfermería* 16(3), 2010, pp. 49-61.

40 Pedro Paulo Marín, Homero Gac, Trinidad Hoyl y otros, “Estudio comparativo de mujeres mayores de noventa años y ancianas menores institucionalizadas”, en *Revista médica de Chile*, 132(1), 2004, pp. 33-39.

41 SENAMA, “Estudio de Situación de los AM dependientes con pensión asistencial y sus cuidadores domiciliarios”, 2007.

42 SENAMA, “Estudio de actualización del catastro de establecimientos de larga estadía (ELEAM) de las regiones de Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Libertador general Bernardo O’Higgins, Maule, Biobío, Araucanía, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, Magallanes y Antártica chilena, Los Ríos, Arica y Parinacota y Región Metropolitana”, 2013.

43 Ángela Arenas, *Adulto Mayor. Nuevas perspectivas para el desarrollo humano*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2012, pp. 27- 28. La autora agrega que “Vulnerabilidad social y pobreza no son sinónimos; la pobreza está asociada a flujos de ingresos, niveles de consumo o satisfacción de ciertas necesidades básicas, mientras que la vulnerabilidad se asocia con activos (definidos de manera amplia y no solo vulnerabilidad económica) que poseen las personas, las familias y las comunidades”.

Considerando el estado de vulnerabilidad que viven los AM en Chile surge la inquietud acerca de la situación de la salud mental de esta población. Al revisar los datos es posible mencionar que tanto la depresión como los estados ansiosos son los principales problemas de salud mental en esta etapa de la vida. En Chile los estudios dejan en evidencia que un 15,1% de la población de 65 años o más se ha sentido muy o demasiado deprimida y un 20% ha experimentado mucha o demasiada ansiedad.⁴⁴ A pesar de que las cifras mencionan la depresión y los estados ansiosos como las principales complicaciones de los AM, queremos enfatizar que esos problemas de salud mental no son inherentes al envejecimiento y que deben ser abordados adecuadamente en relación a las necesidades materiales y sociales de la población. La evidencia confirma que la depresión en AM es en el 80% de los casos tratable, por lo que un tratamiento pertinente y oportuno sería totalmente efectivo si es que consideran ciertos factores de riesgo tales como viudez, enfermedad física, bajo nivel educativo, deterioro funcional y consumo excesivo de alcohol.⁴⁵ Cabe insistir en que estas patologías se presentan como una consecuencia de las precarias condiciones de vida y el menoscabo social, así como la vulneración de los derechos fundamentales de los adultos mayores. No existe evidencia concluyente para señalar que la prevalencia de problemas de salud mental en los AM sea atribuible a la condición biológica de esta etapa vital, sino que están fuertemente ligados a un conjunto de determinantes sociales.

A pesar de que la población adulto mayor está creciendo y se mantiene bastante activa en la participación laboral y en la gestión de sí misma, el imaginario social continúa sosteniendo una visión negativa de la vejez, centrándose en limitaciones en esta etapa de la vida, tales como la dependencia y la ineficacia. Esto se traduce, a nivel político y social, en la invisibilización de las problemáticas sociales, culturales y económicas de esta población, cuestiones que pese a ser de interés público no se han transformado en acciones concretas por parte del Estado. Los déficits observados en el plano estatal en lo relativo a la protección de las personas mayores no se relacionan solo con el fenómeno relativamente nuevo del envejecimiento poblacional en la región —a diferencia de Europa donde es una tendencia hace décadas—, sino también con obstáculos políticos e ideológicos respecto del rol, tamaño y funciones del Estado en esta materia. Las crisis financieras que han azotado al mundo, y especialmente a Europa en las últimas décadas, han afectado los sistemas de reparto, y por ende, han puesto en entredicho los sistemas de protección social de la socialdemocracia europea. Estaban

44 MINSAL, Encuesta Nacional de Salud, 2009-2010.

45 National Association of Chronic Disease Directors, *The State of Mental Health and Aging in America*, 2008.

Calvo⁴⁶ contrasta lo que está sucediendo en Europa, en este sentido, con la realidad actual de Latinoamérica. Si bien durante buena parte del siglo XX gobiernos militares de corte neoliberal se encargaron, en los países de la región, de minimizar la acción estatal, privatizar la protección social, e instalar la idea del progreso en el ámbito individual y privado –lo cual dio lugar a una desprotección de las personas y a la conculcación de sus derechos–, el tránsito hacia sociedades democráticas con una decidida demanda por protección social del Estado, con estabilidad y buenas proyecciones fiscales, ha dibujado, particularmente en Chile, un escenario político y económico que abre posibilidades muy concretas para instalar con fuerza el tema de los derechos de las personas mayores.

2. ANÁLISIS NORMATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

El siguiente apartado describe la normativa internacional y nacional, además, las políticas públicas en materia de protección de los adultos mayores en Chile.

2.1. Políticas públicas y programas relativos a personas mayores

Para ilustrar el panorama normativo en el contexto nacional se describen, en primer lugar, los planes y programas que tienen como beneficiarios a los AM en Chile. Estos son variados y provienen principalmente de dos ámbitos de acción del Estado: la salud y la seguridad social. Abordaremos ambos campos especialmente desde la perspectiva del derecho.

En lo referido al ámbito de la Salud, la Estrategia Nacional de Salud⁴⁷ (en adelante la Estrategia) señala que actualmente se ejecutan una serie de medidas que tienen como beneficiarios a los AM. Entre ellas destacan:

- a) Las capacitaciones dirigidas a los equipos de salud de la atención primaria, destinadas a mejorar las competencias en la atención y detección de adultos mayores frágiles o con algún grado de deterioro funcional;
- b) el examen de funcionalidad del adulto mayor (EFAM), instrumento para detectar y clasificar a los adultos mayores según su grado de autovalencia;

46 Entrevista a Esteban Calvo, sociólogo experto en envejecimiento, 10 de Abril de 2015.

47 Gobierno de Chile, Estrategia Nacional de Salud para el cumplimiento de los Objetivos Sanitarios de la Década 2011-2020. Disponible en: <http://web.minsal.cl>. Respecto a las herramientas de medición del cumplimiento de los objetivos de la Estrategia es preciso señalar que no cuenta con estas, para ello véase “Salud Mental y Derechos Humanos: la salud de segunda categoría”, *Informe 2013*, pp. 191 y ss.

- c) el Examen Médico Preventivo del Adulto Mayor (EMPAM) como parte de las garantías GES, que tiene como objetivo evaluar la salud integral y la funcionalidad del adulto mayor, identificar y controlar los factores de riesgo de pérdida de la misma, y elaborar un plan de atención y seguimiento, para ser ejecutado por el equipo de salud;
- d) el diseño e implementación de talleres de prevención de caídas, destinados a kinesiólogos, quienes a su vez capacitan a otros profesionales, técnicos y monitores de la comunidad. Dentro de esta línea se elaboró el “Manual del Cuidado de Personas Mayores Dependientes y con Pérdida de Autonomía”, destinado a todo el equipo de salud que entrega atención al adulto mayor en atención primaria, con el objeto de mejorar la calidad de atención de las personas mayores dependientes, así como también prevenir la discapacidad severa en ellos;
- e) el desarrollo de Centros de Rehabilitación Comunitarios, cuyo objetivo es insertar el modelo de rehabilitación integral y posicionar a la rehabilitación biopsicosocial como una línea estratégica de desarrollo en salud, y así aumentar la capacidad de respuesta de la red pública en relación con las necesidades de sus usuarios en este sentido;
- f) la priorización realizada para el régimen GES⁴⁸ que incorporó durante la última mitad de la década gran parte de las patologías más relevantes de los adultos mayores: vicio de refracción en mayores de 65 años; artrosis de cadera con limitación funcional severa (mayores de 65 años); neumonía adquirida en la comunidad (mayores de 65 años); órtesis o ayudas técnicas (mayores 65 años); hipoacusia bilateral en personas de 65 años y más que requieren uso de audífono; salud oral integral para los adultos mayores de 60 años; artrosis de cadera o rodilla, leve o moderada (mayores de 55 años). El GES incluye 80 patologías, de las cuales 59 cubren enfermedades propias de esta etapa de la vida;⁴⁹
- g) normas y guías clínicas, en relación con ciertos problemas del adulto mayor. Entre ellas destacan: trastorno cognitivo y demencia, fragilidad, caídas y depresión.
- h) Programa de Alimentación Complementaria para el Adulto Mayor (PACAM), definido como el conjunto de actividades de apoyo alimentario-nutricional de carácter preventivo y curativo;
- i) Residencias para adultos mayores subsidiadas.

48 Rayén Inglés Hueche, Directora Nacional Servicio Nacional del Adulto Mayor, *Presentación comisión de familia y adulto mayor, Cámara de Diputados*, 9 de marzo de 2014, p. 17, www.camara.cl/pdf.

49 *Ibid.*, p. 17.

En estas medidas concretas, planes y programas se ha mantenido estrecha colaboración de parte del MINSAL con actores relevantes, como el SENAMA, el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS), Chile Deportes, el Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR), el Instituto de Previsión Social, las AFP, el FONASA y las ISAPRE.

Respecto al trabajo intersectorial, la Estrategia propone elaborar y actualizar recomendaciones periódicas al intersector relacionadas con la salud en el adulto mayor; realizar estrategias de comunicación social, a través de campañas de sensibilización y promoción; mantener y ampliar la cobertura y la calidad de la estrategia del EMPAM, favoreciendo el cumplimiento de los planes de intervención propuestos para cada individuo de acuerdo a su evaluación; Modelo de Atención Geriátrica Integral, que considera entre otras dimensiones la mirada geriátrica en atención primaria, e incorpora una “derivación asistida” de los adultos mayores con problemas de salud con la instalación del gestor de casos con lo cual se pretende disminuir las hospitalizaciones innecesarias.⁵⁰

Por su parte, el SENAMA, en coordinación con otros servicios, ejecuta los siguientes programas principales:

- a) Fondo Nacional del Adulto Mayor: programa establecido en la Ley 19824 que crea el SENAMA, entrega recursos a organizaciones de personas mayores para que desarrollen sus proyectos, busca contribuir a la promoción, protección de los derechos y la participación social de las personas mayores, fomentando su autonomía, autogestión y asociatividad. Opera a través de tres componentes: el Fondo Autogestionado, el Fondo para Ejecutores Intermedio y Convenios Institucionales⁵¹; y los Asesores Seniors, programa de voluntarios mayores que brinda apoyo escolar a niños y niñas de familias en riesgo social. Se ejecuta a través de la coordinación entre el Servicio Nacional del Adulto Mayor, SENAMA, y el Fondo de Solidaridad e Inversión Social, (FOSIS);⁵²
- b) Programa Vínculos, que entrega herramientas a personas mayores en situación de vulnerabilidad social para que logren vincularse con la red de apoyo social de su comuna y con sus pares. Ejecutado por el SENAMA en conjunto con el Ministerio de Desarrollo Social (MIDESO), consiste en el acompañamiento continuo para los mayores de 65 años que ingresan al nuevo Subsistema de Seguridades y Oportunidades, Ingreso Ético Familiar, con el objeto de entregar herramientas psicosociales que permiten fortalecer su

50 Instituto Nacional de Geriátrica, *Modelo de Atención Geriátrico Integral*, ver www.ingerchile.cl.

51 Servicio Nacional del Adulto Mayor, *Programa Fondo nacional del adulto mayor*, www.senama.cl.

52 *Ibid.*, *Programa Asesores seniors*.

identidad, autonomía y sentido de pertenencia; favorece también la articulación de redes formales e informales (municipalidades, grupos organizados, vecinos, amigos, familiares), de manera de constituirse una red de protección social de las personas mayores ante el abandono. Sus principales características son el apoyo psicosocial individual y grupal; apoyo psicosocial personalizado y en el domicilio de las personas, y apoyo psicosocial grupal;⁵³

- c) Programas de Turismo Social que permiten acceder a espacios de recreación y esparcimiento para adultos mayores vulnerables que no tienen posibilidades de acceso a satisfacer esta necesidad por sus propios medios;⁵⁴
- d) Programa de Servicios y Vivienda para el adulto mayor, dirigido a PM en situación de vulnerabilidad que requieren resolver su problema habitacional y de servicios de apoyo y/o cuidado, permitiéndoles que accedan a una solución integral a través de la oferta pública, para lo cual se consideran sus condiciones de funcionalidad y/o niveles de dependencia. En su línea de vivienda, este programa distingue 3 tipos de soluciones habitacionales: (1) Establecimientos de larga estadía (ELEAM) para mayores en condición de dependencia física y/o psíquica (existen 13 proyectos en distintas etapas de ejecución a lo largo del país); (2) conjuntos de viviendas tuteladas (condominios) para mayores autovalentes (actualmente se desarrollan 51 proyectos en diferentes etapas, 23 proyectos programados para el 2015, con una cobertura propuesta de 485 cupos a nivel nacional que durante este año se proyecta a 1466 beneficiarios a través del país, nivel nacional), (3) Viviendas stock SERVIU, que corresponden a los inmuebles construidos por dicho Servicio y que son traspasados gradualmente a SENAMA para su entrega en comodato a mayores;⁵⁵
- e) Programa por el buen trato al adulto mayor, que tiene como objetivos específicos: (1) promover la generación de conocimientos en torno al abuso, la violencia y el maltrato hacia el AM; (2) ejecutar acciones de prevención y difusión en relación al abuso, violencia y el maltrato al adulto mayor; (3) brindar asesoría y coordinación ante casos de maltrato hacia el adulto mayor, y (4) otorgar orientación legal y facilitar el acceso a la justicia en casos de maltrato hacia el AM. Este Programa atiende a cualquier persona natural y/o a quien se presente al Servicio a través de cada Coordinación Regional de SENAMA. Del mismo modo, atiende a todas las personas derivadas por los distintos canales de atención del Ser-

53 *Ibíd.*, Programa Vínculos.

54 *Ibíd.*, Programa Turismo social.

55 *Ibíd.*, Programa Servicios y Vivienda Para el Adulto Mayor.

vicio, ante consultas y casos de maltrato a las personas mayores. Supone un trabajo intersectorial y de coordinación con los dispositivos locales y territoriales, especialmente con municipalidades, consultorios, servicios de salud, policías, organismos auxiliares de justicia, entre otros, tanto para la coordinación de abordaje de situaciones de maltrato, como para acciones de prevención, visibilización y sensibilización;⁵⁶

- f) Programa *Te Acompaño*, que consiste en la tutoría de mentores adultos mayores sobre adolescentes de 10 a 14 años, más el involucramiento de los muchachos en actividades comunitarias y el entrenamiento en habilidades sociales y de resolución de problemas;⁵⁷
- g) Programa de Participación y Formación, a través de una escuela de formación de dirigentes e integrantes de organizaciones de PM a fin de contribuir al ejercicio de su ciudadanía activa, informándoseles sobre sus derechos y los desafíos que plantea la etapa de la vejez, a través de metodologías participativas, diálogo e intercambio de experiencias. Los principales temas se relacionan con el envejecimiento activo, los liderazgos participativos, las políticas públicas y programas que benefician a las personas mayores;⁵⁸
- h) Envejecimiento Activo (programa de beneficios complementarios de protección social), que busca contribuir al envejecimiento activo de personas mayores en situación de vulnerabilidad social, proporcionando conocimientos y oportunidades para el desarrollo personal, cognitivo, biológico, físico y de participación. Este Programa se materializa a través de la participación de personas mayores en talleres, encuentros, jornadas, actividades de recreación y cultura, y se lleva a cabo en 7 Casas Encuentro a nivel nacional;⁵⁹
- i) Programa Centro de Día, que tiene como objetivo mantener a las PM en su entorno familiar y social, fortaleciendo y promoviendo su autonomía e independencia y realizando acciones de apoyo familiar preventivo, por medio de prestaciones como servicios socio-sanitarios durante el día, de apoyo familiar preventivo, actividades socioculturales y de desarrollo de un envejecimiento activo;⁶⁰
- j) Programa de cuidados domiciliarios, que tiene como objetivo mejorar la calidad de vida de las personas mayores en situación de vulnerabilidad y dependencia, así como también del cuidador, en el que un grupo de asistentes domiciliarios capacitados entregan un conjunto de servicios de apoyo sociosanitarios a los adultos mayores en su hogar, manteniéndolos en sus casas el mayor tiem-

56 *Ibid.*, *Programa Por el Buen Trato al Adulto Mayor*.

57 *Ibid.*, *Programa Te Acompaño*.

58 *Ibid.*, *Programa de Participación y Formación*.

59 *Ibid.*, *Programa Envejecimiento Activo*.

60 *Ibid.*, *Programa Centro de Día*.

po posible, insertos en su comunidad y ejerciendo sus roles familiares y sociales;⁶¹

- k) Fondo Concursable para Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores, destinado a instituciones que administren uno o más ELEAM, presentando proyectos de iniciativas de apoyo directo, que incluyan como beneficiarios a personas mayores residentes que cumplan con ciertos requisitos.⁶²

Como se puede apreciar, los programas que ofrece SENAMA a las personas mayores son indicativos de la potencia que tienen las iniciativas que promueven una visión positiva de la vejez en el marco de un enfoque de derechos. Sin embargo, este conjunto de programas que se debiera replicar es deficiente en cuanto a su alcance, ya que su cobertura no puede articularse sostenidamente si los esfuerzos estatales no tienen como imperativo la urgencia de protección de derechos de los AM más vulnerables del país, con un alcance a nivel nacional y que tenga como beneficiarios a todos los AM que necesiten provisión de servicios para cubrir sus necesidades vitales.

Por su parte, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y los servicios que dependen de él ofrecen a las PM programas de capacitación e inclusión laboral⁶³; Bono Bodas de Oro⁶⁴; y para los adultos mayores pensionados Beneficios ex Cajas de Previsión fusionadas en el IPS⁶⁵, un sistema pensiones solidarias y beneficios previsionales⁶⁶: Pensión Básica Solidaria de Vejez (PBSV)⁶⁷, Aporte Previsional Solidario de Vejez (APSV)⁶⁸, Aporte Previsional Solidario de Invalidez (APSI)⁶⁹, Pensión Básica Solidaria de Invalidez (PBSI)⁷⁰ y Bono de Invierno.⁷¹

61 *Ibid.*, *Programa de Cuidados Domiciliarios*. La prestación es individual y se planifica de acuerdo a la situación personal, familiar y social del adulto mayor beneficiario. Entre las prestaciones están: acompañamiento y ayuda en las actividades de la vida diaria, incluyendo las instrumentales cuando se requieren, como técnicas de confort e higiene; y de manejo de administración de alimentos; control de signos vitales –presión, pulso, frecuencia cardíaca–, entre otras.

62 *Ibid.*, *Programa Fondo Concursable Para Establecimientos de Larga Estadía Para Adultos Mayores*.

63 Ministerio del Trabajo y Previsión Social, *Trabajo y discapacidad*, www.mintrab.cl/trabajo-discapacidad.

64 Bono Bodas de Oro, ver <http://www.ips.gob.cl>.

65 No se presenta la lista exhaustiva; más beneficios revisar en: <http://www.ips.gob.cl>.

66 Ministerio del Trabajo y Previsión Social, www.ips.gob.cl/sistema-pensiones-solidarias-y-beneficios-previsionales.

67 *Ibid.*, Pensión Básica Solidaria de Vejez. Como señala el programa de gobierno, se inició un proceso de restitución a quienes habían perdido este beneficio que consiste actualmente en \$82.058 mensuales, de cargo fiscal, al que pueden acceder todas aquellas personas mayores de 65 años de edad, que no tengan derecho a una pensión en un régimen previsional y tengan Ficha de Protección Social vigente, pertenezcan al 60% de las familias más vulnerables y cumplan con los demás requisitos que establece la ley.

68 *Ibid.*, Aporte Previsional Solidario de Vejez.

69 *Ibid.*, Aporte Previsional Solidario de Invalidez.

70 *Ibid.*, Pensión Básica Solidaria de Invalidez.

71 Ministerio del Trabajo y Previsión Social, *¿Qué es el bono invierno?*, www.ips.gob.cl.

Es preciso reconocer que a partir de los años 90 “se han incrementado gradualmente los recursos de las pensiones asistenciales, se han implementado programas de salud específicos para los adultos mayores, se ha promovido su participación social y recreación, el fortalecimiento de la imagen y el respeto por el adulto mayor”,⁷² entre otras acciones de política pública. Cabe preguntarse si el desarrollo y profundización de estas políticas ha sido suficiente para abordar la protección de las personas mayores desde un enfoque de derechos, particularmente sociales, porque en este caso –a diferencia de los clásicamente identificados como derechos civiles– su satisfacción implica y compromete al Estado como principal garante de los derechos a la salud y protección de las y los AM, no solo de los más pobres sino también de los más vulnerables.

Pese a los avances y beneficios que paulatinamente se han implementado en el sector salud como el Régimen de Garantías Explícitas o la gratuidad en la atención pública, “se requiere un mayor esfuerzo estatal para disminuir el impacto del consumo de medicamentos y/o los denominados cuidados de largo plazo, en los precarios ingresos de los adultos mayores. Por otra parte, frente a las necesidades sanitarias de los AM, la respuesta del sector salud será insuficiente si no se adopta una respuesta integral y coordinada con otros servicios sociales.”⁷³

Al realizar un análisis de la normativa nacional, lo primero que salta a la vista es que es muy reciente, surgida en la última década. En dicha normativa se encuentran las leyes que crean el Comité Nacional y los Comités Regionales para la Persona Mayor; la Ley 19.828 del año 2002, que crea el SENAMA; además de legislación dispersa en los temas de pensiones, violencia intrafamiliar (Ley 20.066), y las ya mencionadas Normas de Garantías Explícitas en Salud.

Chile no cuenta con una ley de protección integral a las personas mayores que entregue garantías, directrices y principios generales en torno al tema. Tampoco tiene una política nacional que explicita las directrices y enfoques de trabajo existentes, y que consagre normas que regulen, protejan y aseguren el ejercicio real de derechos. Es cierto que existen programas implementados a nivel nacional, no obstante dichos programas no poseen el alcance necesario para dar respuestas integrales a las necesidades más urgentes de la población adulta mayor.

Del análisis global de los programas, políticas públicas y de la normativa que beneficia a los AM, podemos señalar que las iniciativas vigentes, aun cuando son positivas e inclusivas y bien orientadas en la perspectiva de derecho, al encontrarse dispersas no logran satisfacer las necesidades de este grupo poblacional especialmente vulnerable.

72 Ángela Arenas, *Adulto Mayor. Nuevas perspectivas para el desarrollo humano*, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2012, p. 61.

73 *Ibid.*, p. 62.

Esto es posible atribuirlo a la ausencia de un órgano que coordine la totalidad de las políticas enfocadas al AM y a que el SENAMA, en la actualidad, carece de atribuciones suficientes para supervisar y fijar directrices transversales e intersectoriales. Esta situación se ve agravada por las condiciones socioeconómicas y estructurales de esta población. Coincidimos con Lathrop en la preocupación de que la continuidad de los programas y políticas públicas para los AM dependa de la voluntad de los gobiernos que se suceden en el mando de la nación y no se diseñe para ellos una política de Estado, que garantice imperativamente la mantención de los programas, el aumento de su alcance y su progresividad.⁷⁴ En este sentido, una muestra de la voluntad estatal para saldar su deuda de continuidad en la provisión de la salud de los AM, sería la de reimpulsar el Programa Nacional de Salud de la Persona Adulta Mayor⁷⁵ para que se materialicen las directrices que proponen un enfoque promocional orientado a la atención de salud,⁷⁶ que coincide con el paradigma central de la geriatría –mirada anticipatoria y centrada en la funcionalidad–, y es coherente a su vez con el derecho constitucionalmente reconocido a la protección en salud (artículo 19)⁷⁷ y con el límite a la soberanía estatal, cual es el de respetar, promover y garantizar los derechos humanos establecidos por la Constitución y por los tratados internacionales (artículo 5 inciso 2º CPE). La importancia de consagrar normativamente obligaciones es que le sean exigibles al Estado, a la sociedad civil y a todos los actores públicos y privados, de manera que el ejercicio de derechos sea efectivo y se pueda fomentar el respeto y cuidado de los AM.

Como se mencionó anteriormente, los AM son sujetos de derecho que conforman un grupo vulnerable. Por lo mismo, las políticas estatales debiesen tener un correcto diseño y un reconocimiento especial en torno a este grupo para, al menos, velar por su protección. Pero los instrumentos normativos que de alguna manera hacen referencia a los AM, son insuficientes. Por ello, a continuación, una vez revisado el marco internacional, explicaremos la necesidad de generar protección especial y garantías explícitas que aseguren y establezcan los derechos de los AM.

74 Fabiola Lathrop, "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), 2009, pp. 77-113. La autora reflexiona que "La falta de política pública es una muestra de la poca preocupación que se ha tenido en lo que respecta al tema, siendo también grave el hecho de que las políticas cambien según el gobierno de turno, no permitiendo mantener una estructura de los Servicios Públicos adecuada para el funcionamiento correcto de estos, cambiando de perspectivas y programas."

75 Ministerio de Salud, Borrador del Programa Nacional de Salud de las Personas Adultas Mayores, Chile, 2014. Disponible en <http://web.minsal.cl>.

76 *Ibid.*, p. 8. "(...) orientar la atención de salud de este grupo etario, dentro de un enfoque anticipatorio y preventivo, dirigido a la mantención de la funcionalidad. Dicho de otra manera, antes de que se instale el daño."

77 N° 9 inciso 2º CPE que garantiza el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud.

2.2. Derechos humanos y adulto mayor

En derecho internacional de los derechos humanos, los tratados internacionales sobre derechos humanos (en adelante, TIDH) consagran derechos de manera amplia mediante normas que, por estar escritas como estándares o principios, son y deben ser concisas. El contenido de estos derechos humanos es desarrollado por los órganos autorizados por los TIDH para interpretar su sentido y alcance, tales como comités y cortes internacionales, que completan e integran el contenido de los derechos consagrados a nivel nacional, en virtud del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución.

Habiendo revisado la normativa internacional, hasta antes de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPDHPM) existían escasas menciones específicas respecto a los AM, siendo estos contemplados en los convenios y tratados internacionales en términos generales, es decir como personas, pero sin menciones particulares a la necesidad de protección de este grupo vulnerable, y normalmente en declaraciones más que en instrumentos vinculantes. Estos serían: el Comentario General 6 sobre los Derechos de las Personas Mayores, adoptado por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1995);⁷⁸ los Principios en favor de las personas de edad (1991)⁷⁹ y la Observación General 14 sobre el Derecho a la Salud (2000).⁸⁰ A nivel Interamericano, solo el Protocolo de San Salvador establece en forma explícita en su Artículo 17, la protección a la vejez.⁸¹

78 “[...] el cual examina el rol de las personas mayores y el rol debilitante de la familia tradicional en los países en desarrollo. Para los países en desarrollo con población de edad avanzada en crecimiento, el documento señala derechos específicos, como el derecho al empleo, a la seguridad social, a la protección de la familia, a un estándar de vida adecuado, a salud física y mental y a la educación y la cultura”. Derechos Humanos y Salud, Personas mayores, OPS 2008.

79 Se centran en su independencia, participación, cuidado, realización personal y dignidad. El Principio 7 declara que “las personas mayores deben permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación e implantación de políticas que afectan directamente su bienestar y compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes”. El Principio 14 promueve el envejecimiento saludable y recomienda que “las personas mayores deben poder gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales cuando residen en cualquier asilo o centro de tratamiento o de cuidado, lo cual incluye el respeto pleno a su dignidad, creencias, necesidades y privacidad, así como el derecho a tomar decisiones sobre su atención y la calidad de sus vidas”. El Principio 16 declara que “las personas mayores deben tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad”. Derechos Humanos y Salud, Personas mayores, OPS 2008.

80 “Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación al art 12 del PIDESC, relaciona y depende del ejercicio de otros derechos humanos como la vida, la no discriminación, la igualdad, la libertad de trato inhumano o degradante, el derecho a la asociación, la asamblea y la movilización, a la alimentación, la vivienda, el empleo y la educación. Hace referencia a las personas mayores como un grupo cuya vulnerabilidad requiere programas especiales, de costo relativamente bajo que ofrezcan acceso a centros de salud, bienes y servicios sin discriminación.” Derechos Humanos y Salud, Personas mayores, OPS 2008.

81 “[...] asegura que la integridad física, mental y moral de la persona mayor será respetada y que no será sometida a un trato cruel, inhumano y degradante. Esta protección estipula que

En el mes de junio de 2015 el Estado de Chile firmó la CIPD-HPM. Por consiguiente, en la actualidad contamos por primera vez con un instrumento jurídico internacional que tutela y resguarda los derechos a favor de los adultos mayores. A esta Convención específica relativa al tema, se suman en términos generales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Estos convenios y tratados establecen un marco general para la protección de las personas, salvo el mencionado Protocolo de San Salvador, que en su artículo 17 hace una referencia específica a la protección del adulto mayor.

Sin embargo, el Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha sido solo firmado pero no ratificado por Chile, aun cuando se le ha recomendado ratificarlo, al igual que el Protocolo PIDESC. Lo anterior implica que no está vigente ni es obligatorio para Chile. Sin embargo, se estima que de todas formas tendría validez para nuestro país ya que, en materia de DDHH, se ha establecido que existiendo firma, todos los objetivos emanados de dicho instrumento normativo tienen fuerza obligatoria para el Estado, no pudiendo Chile actuar contra el “objeto y fin” del Protocolo San Salvador (en este caso, contra la protección y el respeto a los Derechos Económicos Sociales y Culturales consagrados en el protocolo).⁸²

El artículo 17 del Protocolo de San Salvador consagra explícitamente la Protección de los Ancianos, indicando textualmente que:

“Toda persona tiene derecho a protección especialmente durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar estos derechos a la práctica y en particular a:

- a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ellas y no se encuentren en condiciones de pro-

las necesidades de salud específicas de las personas mayores necesitan atención médica especial, programas de trabajo y el establecimiento de organizaciones sociales. El artículo 10 garantiza que todo ser humano debe gozar del derecho a la salud. A fin de lograr el ‘derecho a la salud’, los Estados deben comprometerse a reconocer la salud como un bien público, a prevenir más abusos y a promover la educación sobre los problemas de salud. El Artículo 3 asegura el derecho a la no discriminación. Además, el artículo 18 reconoce a las personas con discapacidades físicas y mentales, incluyendo a las personas mayores, como grupos vulnerables que tienen derecho a atención médica especial y rehabilitación.” Derechos Humanos y Salud, Personas mayores, OPS 2008.

82 Siendo el Protocolo la última interpretación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales que están enumerados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, esta interpretación se debe “tomar en cuenta” para la interpretación de ésta última (que está vigente para Chile a través de la Carta de la OEA).

porcionársela por sí mismas.

- b) Ejecutar programas laborales específicos, destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad adecuada a sus capacidades, respetando su vocación o deseos.
- c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.”

Este artículo contiene un mandato directo a los Estados en orden a satisfacer demandas esenciales para esta población, ejecutar programas específicos en materia laboral y, lo que es más importante, establece la necesidad de ejecutar programas laborales que concedan a los ancianos la posibilidad de realizar actividades adecuadas acordes a su capacidad y respetando sus vocaciones y deseos.

Hasta ahora solo contábamos con el Plan de Madrid (Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento) y en este contexto se ha utilizado La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (conocida por su denominación en inglés como CRPD).⁸³ El Plan de Madrid es un instrumento que tuvo por objeto mejorar la situación de las personas mayores, ya que fue un acuerdo global firmado por 159 gobiernos. Pero carecía de carácter vinculante, ya que a diferencia de la actual Convención, no fue elaborado como un instrumento de derechos humanos, “[...] sino como una serie de recomendaciones para alcanzar objetivos socioeconómicos”.⁸⁴ Este Plan no consideraba un monitoreo general sobre el progreso alcanzado, por consiguiente “[...] los Estados miembros podían seleccionar en qué áreas avanzar no existiendo indicadores o prioridades sujetas a plazos específicos [...]”⁸⁵

Es en este contexto que el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de julio de 2013, reconoció que algunas cuestiones sobre los derechos de las personas mayores no habían recibido suficiente atención en la práctica de los mecanismos y organismos de derechos (Naciones Unidas, 2013a).

83 Amerita un análisis más profundo, teniendo en cuenta las situaciones en las que la vejez y la discapacidad, tal como son definidas en este instrumento, se superponen. Esta Convención fue elaborada considerando el escenario del envejecimiento demográfico, ya que es probable que las personas adquieran discapacidades al envejecer. Incluye una serie de cláusulas que ilustran la necesidad de tener en cuenta la vejez y la situación específica de las personas mayores, en particular el artículo 13, sobre los ajustes para un acceso igualitario a la justicia; el artículo 16, sobre la asistencia y el apoyo para proteger contra el abuso; el artículo 25, sobre los servicios de salud para minimizar y prevenir discapacidades mayores, incluyendo a las personas de edad; y el artículo 28, que pretende asegurar el acceso de las personas mayores con discapacidad a sistemas de protección social y programas de reducción de la pobreza.

84 Nena Georgantzi, “Garantías legales e institucionales para los derechos de las personas mayores: una mirada desde Europa” en Sandra Huenchuan y Rosa Icela Rodríguez, ed., *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Santiago, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2014, pp. 87-102.

85 Op. cit., p. 95.

Además, la Comisión de Desarrollo Social concluyó –en su segundo examen sobre la aplicación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento– que seguían existiendo desafíos y obstáculos que limitaban la participación de las personas mayores, su inclusión e integración social, considerando, además, la discriminación y el abuso de los que son víctimas (United Nations, 2013).⁸⁶

Mencionamos también la Convención sobre Discapacidad, la cual si bien no está dirigida a la población de Adultos Mayores, incluye algunas normas dedicadas a este grupo “A pesar de que la CRPD no diferencia a las personas mayores para una protección especial, muchos de sus artículos pueden ser utilizados para la protección de los derechos de este grupo social, como el artículo 9, sobre la accesibilidad; el artículo 19, sobre el derecho a vivir de forma independiente; el artículo 20, sobre la movilidad personal, y el artículo 26, sobre la habilitación”.⁸⁷ Este era el panorama existente de normativa internacional, cuando surgió, luego de años de trabajo, la Convención sobre Derechos de las personas Mayores.

El texto de esta Convención posee un enfoque de derechos humanos y establece derechos fundamentales, los cuales se encuentran mayormente garantizados en nuestra propia Constitución. Se aprecia un avance en el reconocimiento de derechos que se relacionan específicamente con las necesidades del AM, tales como: el derecho a la autonomía e independencia; a la participación e integración comunitaria; a una vida sin ningún tipo de violencia, a no ser sometidos a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. También reconoce los derechos de quien recibe servicios de cuidado a largo plazo, a la recreación, al esparcimiento y al deporte, a la vivienda, y a la accesibilidad. Cabe señalar que la mayoría de los derechos consagrados en la Convención poseen una protección a nivel constitucional. Sin embargo, ninguno de ellos –en el contexto nacional– reconoce especificaciones o menciones especiales acerca del adulto mayor, quedando este grupo protegido solo por los derechos que se otorgan a todas las personas en general.

Revisando la normativa existente podemos señalar que el hecho de que existan instrumentos internacionales sobre un grupo especialmente desfavorecido como los AM, es parte del camino hacia el reconocimiento de la comunidad internacional y de cada uno de los Estados, de los AM como sujetos de derecho. Si bien es cierto que su reconocimiento como tales está en otros instrumentos internacionales, regionales y universales (al recaer sobre la protección de toda persona), un

86 Op. cit., p. 94.

87 Op. cit., p. 92.

instrumento jurídico internacional que proteja a los adultos mayores en forma central y específica, es de gran relevancia. Esto no solo por la significación simbólica que implica contar con un documento internacional –cuyo contenido versa sobre compromisos y garantías hacia un grupo de la población peculiarmente excluido, empobrecido y lesionado en sus derechos fundamentales–, sino porque además, lo expresado en el instrumento es un compromiso fuerte que realiza el Estado para cumplir con esas obligaciones y, en ese sentido, poderle exigir el cumplimiento de los compromisos contraídos, no en el sentido puramente “judicial”, sino que, también, público y social.

Dado que la Convención acaba de ser firmada, resultaría inútil hacer el ejercicio de evaluar el cumplimiento de Chile con los estándares propuestos. Pero es posible establecer algunas brechas en relación a lo que Chile hoy hace y lo sugerido en la Convención, dado que en ella se consagran y adecúan los derechos humanos, añadiendo especificaciones destinadas a salvaguardarlos y adaptarlos a las necesidades del adulto mayor. Para hacer la comparación, nos detendremos en tres derechos fundamentales reconocidos por el Estado chileno a nivel nacional e internacional y consagrados también en la Convención, de altísima relevancia dada la situación de vulnerabilidad y pobreza de los AM: el derecho a la salud, a la seguridad social y a una vida digna.

2.2.1. Derecho a la salud

El derecho a la salud se reconoce en el artículo 19 N° 9 de la Constitución chilena y a nivel internacional se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) que en su artículo 12 reconoce el derecho a la salud estableciendo que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”⁸⁸ Este precepto ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) a través de la Observación General 14⁸⁹ que indica que, el derecho a la salud está estrechamente vinculado –en una relación de interdependencia e indivisibilidad– con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de ellos. Se trata, además, de un derecho que tiene como factores determinantes básicos la interrelación que existe entre la pobreza y la efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, ya que los problemas de salud

88 Ver Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, “Salud Mental y Derechos Humanos: la salud de segunda categoría”, *Informe 2013*, pp. 191 y ss.

89 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), “Observación General 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 22° periodo de sesiones, 2000, párr. 12.

pueden ser tanto causa como consecuencia de la pobreza.⁹⁰

La CIPDHMP pretende asegurar un acceso preferencial y universal del adulto mayor a los servicios de salud (en diversos aspectos, incluyendo el sexual y nutricional), promoviendo un envejecimiento saludable, la prevención y la capacitación de las personas encargadas de proveer estos servicios, orientada especialmente a la atención de adultos mayores.⁹¹ En este ámbito se puede señalar –además del reconocimiento expreso del derecho a la salud en la Constitución– que los programas son abundantes, existen tanto del SENAMA como del MINSAL, y tienden a asegurar y promover los distintos aspectos que exige la Convención respecto a la salud (incluso el SENAMA ha realizado charlas de educación sexual para los adultos mayores), enfocándose especialmente en la prevención y en el envejecimiento saludable, así como en la capacitación especial de personas que atienden a adultos mayores en asuntos relacionados con su salud.

Sin duda han existido esfuerzos del Estado por cambiar el paradigma sobre cómo abordar los temas vinculados a las personas mayores. La labor del SENAMA presenta un enfoque de derechos, y el MINSAL también ha hecho avances en esta línea y en temas de cobertura, sin embargo, ese impulso no alcanza a todas las reparticiones públicas que tienen como beneficiarios a los AM, y menos se ha irradiado a la sociedad en su conjunto, que continúa manteniendo una visión negativa respecto a la vejez (como un estado invalidante, de dependencia, etc.).

Respecto a la provisión del derecho a la salud hoy se constata una gran desigualdad entre el sistema privado y público, cuestión que reviste gran impacto en la población AM, toda vez que dadas sus bajas pensiones deben migrar al sistema público y acceder a una salud insuficiente, territorialmente mal distribuida, con escasez de especialistas, sin garantías de calidad, entre otras dificultades. En este punto, se hace evidente que el diseño del modelo neoliberal estruja a las personas en su periodo de vida laboralmente productivo para luego darles la espalda cuando dejan de serlo.

Fernando Atria advierte que concebir los derechos sociales como derechos a un mínimo (dado que su contenido debe ser jurisdiccionalmente adjudicable), neutraliza el potencial transformador de estos derechos.⁹² Tratar la salud como un derecho social no implica que cada uno pueda acceder a todas las prestaciones de salud que desee (significaría negar el hecho de la escasez), sino que las atenciones de salud no pueden distribuirse según lo que cada uno pueda dar a cambio, sino de

90 *Ibíd.*

91 OEA, Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, *op. cit.*, artículos 2, 6, 11, 19, entre otros.

92 Fernando Atria, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*, Lom, Santiago, 2014, p. 65.

acuerdo a un criterio cuya aplicación sea consistente con el reconocimiento del mismo derecho para la totalidad de los habitantes: que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones según sus necesidades,⁹³ para enfrentar el hecho de la escasez con un criterio público. Hay que considerar que la mayoría de los problemas que padecen los AM en la salud pública son los mismos que viven otros usuarios en distintos ciclos de vida, pero que se ven agravados por la alta prevalencia de enfermedades crónicas, discapacidad, mayor necesidad de atención, medicamentos no cubiertos por el AUGE, falta de especialización en geriatría o gerontología, etc.

2.2.2. Derecho a la seguridad social

La consagración de prestaciones de seguridad social aparece claramente en la Declaración de Filadelfia, de 1944, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la que se pedía “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitan y prestar asistencia médica completa”. Como derecho humano, la seguridad social es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), que sostiene, en el artículo 22, que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”, y en el párrafo 1 del artículo 25 establece que tiene, también “derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”⁹⁴, por Convenio N° 102 de la OIT, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y por Convenio N° 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967). Derecho que fue posteriormente reconocido en diversas normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁹⁵

El derecho a la seguridad social es reconocido en el Sistema Universal de Derechos Humanos en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁹⁶ y la índole de las obligaciones de los Estados Partes es desarrollada en la Observación General N°3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). La Observación General N°19 del Comité DESC desarrolla el contenido del derecho a la seguridad social (artículo 9), señalando que es de importancia fundamental para garantizar la digni-

93 Ibid.

94 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General N°19 El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 6.

95 Artículo 5 e) iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 11.1 e) y 14.2 c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

96 Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

dad humana, incluyendo el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, sin discriminación,⁹⁷ de tal forma que desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión y promover la inclusión social, debido a su carácter redistributivo.⁹⁸ En cuanto al tema que nos interesa –la seguridad social en el sistema de previsión social en la vejez– esta observación señala que aunque los sistemas privados no son la regla general⁹⁹, resultan aceptables otros sistemas como los planes privados, las medidas de autoayuda, los planes comunitarios o de asistencia mutua, siempre que respeten los elementos esenciales del derecho a la seguridad social, que son aplicables a todas las circunstancias y realidades nacionales, guiándose por la definición de la seguridad social “como un bien social y no principalmente como una mercancía o un mero instrumento de política económica o financiera”¹⁰⁰ y que debe considerar los siguientes factores:

(1) Disponibilidad.

(2) Riesgos e imprevistos sociales: (a) atención en salud, (b) enfermedad, (c) vejez,¹⁰¹ (d) desempleo, (e) accidentes laborales, (f) prestaciones familiares, (g) maternidad, (h) discapacidad, (i) sobrevivientes y huérfanos.

(3) Nivel suficiente.¹⁰²

97 Prestaciones sociales en efectivo o en especie, “sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General 19: El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 2°.

98 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General 19: El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008/Ibid., párr. 3°.

99 Como sí lo son los “Planes contributivos o planes basados en un seguro, como el seguro social expresamente mencionado en el artículo 9. Estos planes implican generalmente el pago de cotizaciones obligatorias de los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común.” ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General 19. El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008/Ibid., párr. 4 a).

100 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General 19: El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008/Ibid., párr. 10.

101 El Comité señala que “Los Estados Partes deben establecer, hasta el máximo de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas, servicios sociales y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que, al cumplir la edad de jubilación prescrita en la legislación nacional, no tengan cubiertos los periodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.” ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General 19: El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008/Ibid., párr. 15.

102 Implica que las prestaciones “deben ser suficiente en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud”, respetar el principio

- (4) Accesibilidad.
- (5) Relación con otros derechos.

Una de las obligaciones básicas (mínimas) que establece la observación sobre el derecho humano a la seguridad social, es el aseguramiento en el acceso a un sistema que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permitan obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación.¹⁰³

El sistema universal de protección a los derechos humanos hace tiempo viene reconociendo y advirtiendo a los Estados acerca de la revolución silenciosa del envejecimiento. La Observación General N°6, de 1995, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores,¹⁰⁴ consideró a los AM como uno de los grupos de la población que figura entre los más vulnerables, marginales y desprotegidos.¹⁰⁵

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), el derecho a la seguridad social se entiende incorporado jurídicamente en virtud del artículo XXVI de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).¹⁰⁶ Este derecho está establecido en el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo del Salvador)¹⁰⁷,

de dignidad humana y de no discriminación con el fin de evitar efectos adversos sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden. Se señala expresamente que los criterios de suficiencia deben ser revisados periódicamente, “para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.” ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General N°19. El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008/lbid., párr. 22.

103 Observación General N°19, El derecho a la seguridad social, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008/lbid., párrs. 22 y 59.

104 ONU, Comité DESC, Observación General N°6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995).

105 Ibid., párr. 17.

106 Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

107 Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social.

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes

instrumento que no ha sido ratificado por Chile, pero sí fue firmado por nuestro país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Cinco pensionistas contra Perú* al pronunciarse sobre el artículo 26 de la CADH señaló que “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,¹⁰⁸ se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.”¹⁰⁹ En relación a la misma norma y en el caso *Acevedo, Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la Contraloría) contra Perú*, la Corte IDH dictaminó “que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado ‘Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado ‘Deberes de los Estados y Derechos Protegidos’ y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado ‘Enumeración de Deberes’), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado ‘Derechos Civiles y Políticos’).”¹¹⁰ La Corte afirmó lo siguiente:

“102. El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos “no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providen-

de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

108 U.N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General No. 3: La indole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Periodo de Sesiones, 1990, punto 9.

109 Corte IDH, sentencia *Cinco pensionistas contra Perú*, 28 de febrero de 2003, párr. 147.

110 Corte IDH, sentencia *Acevedo, Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú*, 1 de julio de 2009, párr. 100.

cias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.”.

Y recordó, asimismo, “la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.”¹¹¹

Rodrigo Pica Flores, siguiendo a Humberto Nogueira, define el derecho fundamental a la seguridad social como el acceso a un sistema legal destinado a proporcionar y financiar diversas prestaciones referidas a estados de necesidad social específicos, que deriven de riesgos como la cesantía, la invalidez, la viudez, orfandad, la vejez, la cesantía y la incapacidad asegurando un conjunto de condiciones de vida en forma general, integral y uniforme,¹¹² y que su contenido esencial “está constituido por el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social configuradas legislativamente, sin discriminación alguna; el derecho a no ser privado arbitrariamente de ellas; y un derecho a la no reversibilidad de las prestaciones incorporadas al patrimonio de las personas; como asimismo, un derecho a la irreversibilidad de las prestaciones de seguridad social que asegura y garantiza el ordenamiento jurídico. Conformado dogmáticamente por los principios de generalidad, integralidad, uniformidad y solidaridad (...)”¹¹³ La solidaridad es un principio que no debiera faltar en un sistema previsional y se asocia con el rol redistributivo en la sociedad, lo que supone el aporte de todos a un sistema de fondo común que cubra las contingencias de todos.¹¹⁴

Nuestro sistema previsional, basado en la capitalización individual impuesto durante la dictadura militar bajo el Decreto Ley 3.500, no ha sufrido hasta hoy modificaciones sustantivas. Pica señala que al basarse el sistema previsional chileno en la capitalización individual, y

111 Corte IDH, sentencia *Acevedo, Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú*, 1 de julio de 2009/ *Ibíd.*, párr. 101.

112 Rodrigo Pica, “El derecho a la seguridad social en el sistema constitucional chileno” en Gonzalo Aguilar (Coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago, 2012, pp. 262-263.

113 Humberto Nogueira, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 3, Librotecnia, Santiago, 2009, p. 453.

114 Rodrigo Pica, *op. cit.*, p. 263.

por ende, carente de solidaridad, genera la paradoja que el más pobre –entre ellos las personas mayores– tiene menor cobertura frente a la vejez y la invalidez; esto es especialmente grave dado que por el ciclo de vida en el que se encuentran las personas mayores, ya son un grupo especialmente pobre como se detalló en el acápite “La Situación de las Personas Mayores en Chile” de este capítulo.¹¹⁵ Junto con lo anterior, el sistema previsional chileno basado en la capitalización individual y en la entrega total de la administración de los dineros para la vejez a organizaciones privadas con fines de lucro (AFP), confronta casi todos los principios que forman parte del contenido de la seguridad social, al que el Estado se ha obligado a garantizar y respetar en virtud del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución.¹¹⁶ Además, las prestaciones en seguridad social compuestas por diversos sistemas de bonos y pensiones básicas solidarias entregadas por el Estado a los más pobres, en muchos casos, ni siquiera proveen el mínimo para subsistir.

En cuanto al derecho a la seguridad social del que son titulares todos los AM, podemos concluir que el sistema previsional privado chileno solo viene a profundizar las desigualdades estructurales impúdicas de nuestra sociedad. El diseño del modelo previsional discrimina abiertamente a un colectivo vulnerable de vasta población, puesto que no asegura el acceso a la seguridad social en la vejez, porque las pensiones recibidas por los jubilados chilenos no son previsibles ni confiables al estar entregadas al mercado que de por sí es dinámico y riesgoso, y por otro lado, se basa en el aporte del propio AM jubilado en su etapa de trabajo, sin exigir aportes de su empleador o del Estado, cuando el primer garante debiera ser el propio Estado.

Creemos que los intentos jurídicos e institucionales de dotar de efectividad el derecho a la seguridad social en la vejez, no deben estar diseñados bajo los mismos supuestos del sistema previsional actual pues, como se señaló, es su propio diseño el que empobrece y convierte en letra muerta un derecho consagrado en la Constitución y en la Corte IDH.

La CIPDHPM pretende asegurar que los AM reciban ingresos que aseguren una vida digna. Existe abundante legislación que establece diversos sistemas de bonos y pensiones, sin embargo, a nivel nacional tales ingresos no alcanzan para asegurar una vida digna al adulto mayor. Al respecto, es necesario recordar que un 82% de los adultos

115 Es en clave del derecho a la seguridad social que se deben leer y medir los proyectos de ley sobre la creación de una AFP estatal o el bullado proyecto que permite a los adultos mayores hipotecar sus bienes raíces para incrementar sus pensiones. En ambos casos se trata de posibles soluciones que resultan insuficientes dado que el sistema de previsión social basado en la capitalización individual es lo que contradice los principios del derecho a la seguridad social y es lo que genera serias dificultades en el goce y ejercicio de derechos a los AM.

116 Ver artículos 9, 10 y 11 del PIDESC, artículo 25 DUDH.

mayores que reciben algún tipo de jubilación o pensión, tienen ingresos que no superan los 201.671 pesos. De esta cifra se extrae que las mujeres son la población más desventajada al recibir, en promedio, 170.954 pesos, en comparación con los hombres que reciben 227.421 pesos. Es decir, la población femenina recibe, aproximadamente, un 24.8% menos de jubilación.¹¹⁷

2.2.3. Derecho a un nivel adecuado de vida, a una vida digna o a un mínimo vital

La dignidad es el fundamento axiológico de todo derecho humano, es el sustento jurídico y moral del Sistema Universal de Derechos Humanos, y es un principio que nuestra Carta Fundamental expresamente incorpora, al declarar en su artículo 1° que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La Constitución reconoce el derecho a la vida e integridad física y psíquica en el artículo 19 N° 1; la CADH reconoce el derecho a la vida en su artículo 4 y el derecho a la integridad personal en su artículo 5; a su vez el derecho a la vida se reconoce en el artículo 25 (1) de la DUDH y en el artículo 11 del PIDESC. La Corte IDH lo ha reconocido como un derecho protegido en el SIDH en varias ocasiones. Este cúmulo de consagraciones del derecho a la vida e integridad ha implicado –en el derecho internacional, de los derechos humanos– concebir el derecho a la vida como algo más que el derecho a no verse privado de la existencia arbitrariamente. Como señala la autora Daniela Méndez, en virtud de las normas internacionales de Derechos Humanos existe cierto acuerdo en que las necesidades básicas que son parte del derecho a tener un nivel adecuado de vida, incluyen alimentación, vestuario, vivienda y salud.¹¹⁸ Añade Méndez que lo esencial es que cada persona deba ser capaz de disfrutar [cubrir] sus necesidades básicas bajo condiciones de dignidad, lo cual implica que ninguna persona debería vivir en condiciones en las que el único modo que tenga para lograr la satisfacción de sus necesidades básicas sea degradándose o privándose de sus libertades (...).¹¹⁹

Este como otros, es un derecho interrelacionado y no podemos entenderlo sin hacer referencia al derecho a la salud o a la seguridad social. Daniela Méndez explica que el derecho a la seguridad social es fundamental cuando las personas no pueden por sí mismas asegurarse un adecuado nivel de vida, particularmente cuando no tienen los recursos o capacidad de trabajo necesaria debido, por ejemplo, a la condición de ser un adulto mayor. Este derecho también se relaciona

117 MIDESO, Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (Adultos Mayores. Síntesis de Resultados), 2013.

118 Daniela Méndez Royo, “El derecho a un adecuado nivel de vida para la persona y su familia” en Gonzalo Aguilar (Coord.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago, 2012, p. 297.

119 *Ibid.*

con el derecho de los AM a la integridad física, psíquica y a la vida. El derecho a la vida incluye el derecho a una vida digna, como ha señalado la jurisprudencia de la Corte IDH, puesto que esta noción es uno de los componentes del derecho a la vida. En el *caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala*, la Corte IDH señaló que “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen entonces la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”¹²⁰

Como ha quedado expuesto, existe consenso acerca de lo fundamental que resulta comprender los derechos humanos como interrelacionados e interdependientes los unos de los otros. Esta visión en el caso de las PM, tiene una significación especialmente relevante, dado que las condiciones materiales en las que vive la gran mayoría de los ancianos chilenos son de pobreza y vulnerabilidad. En términos jurídicos, aquello se traduce en la efectiva privación de goce y ejercicio de derechos básicos que el Estado se ha obligado a cumplir y garantizar y, en consecuencia, comprometen su responsabilidad.

La privación de derechos sociales a la cual nos referimos, es un efecto que difícilmente podría evitarse con el modelo social, jurídico y económico que hoy tenemos. La sociedad chilena sigue siendo de mercado, donde los derechos sociales de mayor importancia en el ciclo de vida de las personas han sido forzosamente privatizados, como son los derechos a la salud y a la protección social. El rol del Estado es mínimo en la provisión del derecho a la seguridad social en el área de la previsión social y subsidiario respecto a la salud, pues solo interviene en defecto de la iniciativa privada y en casos de extrema pobreza (pensiones de vejez, bonos asistenciales, etc.). Es así como el diseño institucional de la salud y del sistema de pensiones –que difícilmente podemos llamarlo un sistema “de seguridad social”– empobrece a las personas mayores, las tiene en condiciones precarias de vida y salud y no les permite acceder al derecho a una existencia digna. No podemos olvidar que ambos modelos (de salud y sistema de pensiones) pudieron implementarse en nuestro país a raíz de la violencia y radicalidad

120 *Ibid.*

propias de un régimen dictatorial. Como reflexiona Fernando Atria, el Estado en el modelo neoliberal chileno neutraliza los derechos sociales como derechos de ciudadanía y, por tanto, no los satisface.¹²¹ De ahí que compartamos con él la necesidad de un cambio de paradigma en cuanto a los derechos sociales, que permita superar aquella visión que considera la senectud propia de un sujeto débil y beneficiario de prestaciones asistenciales, para dar paso a una mirada que ve al adulto mayor como sujeto de derechos exigibles al Estado. Finalmente, el avance en el reconocimiento de derechos fundamentales hacia el adulto mayor tiene como imperativo ético que, junto con el desarrollo de una política pública específica para el AM, se dé visibilidad jurídica y protección ante las particularidades de este grupo etario, a modo de prevenir el trato inhumano y degradante provocado por el abandono y las condicionantes sociales a las que hemos hecho mención.

Generar las condiciones para avanzar en la protección de los derechos de las personas mayores implica, además de lo que compete a la acción estatal, bogar por un cambio en el imaginario social de la vejez y abandonar el injustificado estatuto de dependencia de los adultos mayores. Las personas mayores no pierden necesariamente la capacidad de tomar decisiones de forma autónoma. “Continuamente se toman diversas decisiones para dirigir los deseos y voluntades en el diario vivir. Si se hace un recuento de las decisiones tomadas en un día se comprende el valor de contar con esa posibilidad. Quizás para muchas personas esta reflexión no tiene importancia, ya que sus decisiones siempre son respetadas, pero para aquellas cuya capacidad de decidir es cuestionada, o cuyas decisiones son controladas, esto significa una dimensión crucial de la vida, que además se transforma en el escenario de graves violaciones de los derechos humanos”.¹²² Negarles a las personas mayores la posibilidad de tomar decisiones es contribuir a la pérdida de sus derechos, a su posibilidad de ejercerlos y, finalmente, a la reducción de su autonomía.

El trato que hoy socialmente existe en torno a la vejez, como “personas incapaces, dependientes, que requieren tutela y en que su voluntad puede ser fácilmente reemplazada por la de quienes están a cargo de su cuidado”, no solo es injustificado, discriminador y atentatorio contra la autonomía en el ejercicio de derechos, sino que conduce al riesgo de

121 T. H. Marshall señala que “(...) los derechos sociales constituyen la sustancia de la ciudadanía: su contenido. Los derechos sociales contienen la idea de que ciertos aspectos del bienestar de cada uno son responsabilidad de todos, y porque descansan en la idea de realización recíproca, no pueden ser entendidos como indiferentes a la cooperación (...)” en Fernando Atria, *op. cit.*, p. 51.

122 Rodrigo Jiménez, “Autonomía personal y capacidad jurídica de las personas mayores: la necesidad de un cambio de paradigma”, en Sandra Huenchuan y Rosa Icela Rodríguez, eds. *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México, Publicación de las Naciones Unidas, 2014, p. 77.

abusos físicos, psicológicos y económicos, a la pérdida de bienes y de propiedades, de derechos civiles y políticos, a la institucionalización sin consentimiento, entre otras restricciones.¹²³ La existencia de una autonomía individual que va en regresión forzosamente por una construcción social del sujeto, se contradice con las recomendaciones de la OEA en la CIDHPM, “... sobre la capacidad legal y la autonomía, incluyendo personas con discapacidad y miembros de la sociedad civil”.¹²⁴ Es por eso que hemos llamado a este fenómeno autonomía regresiva en AM, en contraposición a lo que sería la autonomía progresiva (que se describe en materia de infancia y evolución de sus derechos). En el caso de los AM existiría una verdadera involución en su autonomía, en el ejercicio efectivo de sus derechos. Ejemplo de lo precedente es que solo 1 de 5 casos de vulneración de derechos de los AM, son reportados a las autoridades.¹²⁵ Esto deja en evidencia que este grupo etario no está acostumbrado a judicializar sus conflictos y la imposibilidad que presentan de denunciar a los propios miembros de la familia (hijos o cónyuges) a cargo de su cuidado.

CONCLUSIONES

En base al desarrollo anterior se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. Chile no se ha preparado para enfrentar el envejecimiento poblacional. Aun cuando el listado de planes y programas enfocados a los adultos mayores es extenso, Chile aún no ofrece condiciones para enfrentar las demandas y cubrir las necesidades del envejecimiento poblacional, tanto por el insuficiente alcance de las políticas como por la dificultad para atender a la heterogeneidad de este colectivo. Asimismo, se mantiene un imaginario social en relación a la vejez como vinculada al deterioro, la dependencia y la decadencia.
2. El maltrato sistémico hacia las personas mayores en Chile. Las personas mayores en Chile viven una situación de vulneración y vulnerabilidad. Estas vulneraciones no solo se reducen a un maltrato físico o psicológico, sino que estamos en presencia de un maltrato sistémico y sistemático donde urge la acción es-

123 Nena Georgantzi, “Garantías legales e institucionales para los derechos de las personas mayores: una mirada desde Europa” en Sandra Huenchuan y Rosa Icela Rodríguez, ed., *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Santiago, Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2014, pp. 87-102.

124 Op. cit., p. 73.

125 Pedro Marín y Sergio Castro, “Abuso o maltrato en el Adulto Mayor”, Pedro Marín, ed., *Manual de Geriatría y Gerontología*, Santiago, Fondo para el Desarrollo de la Docencia, 2000, p. 2.

tatal. La privación de las condiciones mínimas de vida de los adultos mayores en Chile, no incluye únicamente los insuficientes ingresos percibidos por este colectivo, sino que en general, se consideran también, las restricciones en el acceso a la salud, la insuficiencia del sistema previsional, las condiciones laborales precarizadas y/o la baja participación en la vida social. Se suma a este panorama, la percepción de que la vejez está asociada a la pérdida de capacidad, dentro de lo que hemos llamado una autonomía regresiva, que conlleva un maltrato sistémico hacia la población mayor.

3. Perspectiva de género en problemáticas del adulto mayor.
Las mujeres adultas mayores viven en condiciones más desfavorables respecto a sus pares masculinos. Además de la situación de vulnerabilidad que sufren por ser adultos mayores, son víctimas de las desigualdades estructurales, sociales y económicas de nuestro país en relación al género. Sus interrumpidas trayectorias laborales se traducen en peores pensiones que las que tienen los hombres. Asimismo, la división sexual del trabajo las obliga a mantener a su cargo las tareas domésticas y de cuidado, ya sea de niños u otros adultos mayores y familiares con discapacidades, lo que significa un enorme desgaste físico y mental que deben enfrentar en soledad y careciendo de herramientas suficientes para llevar a cabo esta labor de cuidado.
4. Institucionalidad débil para la protección de las personas mayores.
La ausencia de una entidad con la suficiente fuerza para sincronizar los distintos programas y planes provenientes de diferentes reparticiones gubernamentales, impide tener visión estratégica e intersectorial. Tampoco existe un órgano estatal con la facultad de evaluar, supervigilar y, en su defecto, aplicar sanciones respecto de la acción de otros organismos públicos en materia de medidas de protección para los AM.
5. Necesidad de contar con normativa de protección especializada.
Es necesario generar a nivel nacional, una ley de protección del AM que reconozca las especificidades de esta población, fije las directrices que impulsen un debido cuidado de sus necesidades y los sitúe como sujetos de derechos con autonomía. Se precisa una legislación que sea capaz de entregar respuestas a este grupo vulnerable que posee necesidades específicas y que reconozca, entonces, la especificidad de este grupo. Dicha Ley debiese contar con derechos y garantías; indicar ámbito de aplicación e interpretación y establecer mecanismos de protección jurisdiccionales, administrativos e institucionalidad.
6. Nuestro actual sistema de seguridad social es una fábrica de pobreza. Ser AM en Chile equivale a empobrecimiento.

Es urgente revisar el actual sistema de pensiones basado en la capitalización individual y avanzar hacia sistemas que incorporen el componente de solidaridad, pilar fundamental de la protección social en el mundo. En la actualidad el sistema de pensiones basado en Fondos de Administración de Pensiones, actúa como una fábrica de pobreza en la población de adultos mayores de nuestro país, donde vejez es sinónimo de empobrecimiento.

RECOMENDACIONES

A partir del análisis realizado en este capítulo, se recomienda al Estado de Chile:

1. Fortalecimiento de la institucionalidad. El déficit institucional señalado en las conclusiones puede remediarse mediante diversas alternativas, entre ellas, la creación de una Superintendencia que coordine y supervigile las acciones multisectoriales que tienen como beneficiarios a los AM; fortalecimiento del SENAMA como una entidad que cuente con las potestades para confeccionar, coordinar y evaluar los planes y políticas enfocadas a las personas mayores, erigiéndose como una repartición que pueda colocarse a la cabeza del trabajo intersectorial de los planes que tienen como beneficiarios a los PM. Por ejemplo, incluir competencias de representación jurídica de los AM en casos de vulneración de sus derechos.
2. La creación de una Ley de Protección de Derechos de los Adultos Mayores, que contenga garantías específicas para resguardar el efectivo ejercicio de derechos de las personas mayores.
3. Elaboración de un Plan Nacional sobre el adulto mayor, con el objeto de entregar directrices y coordinar las diversas acciones estatales (y municipales) para evitar los déficits en materia de trabajo intersectorial y establecer las orientaciones en esta área, con el fin de garantizar el pleno desarrollo de los adultos mayores.
4. Que la Constitución consagre el derecho a la seguridad social concebido desde los principios de universalidad y solidaridad en materia de previsión social.
5. Que se establezcan garantías jurisdiccionales para el derecho a la salud (solo es justiciable el inciso final del 19, N° 9, sobre elección del sistema privado y público) y seguridad social.

HABLAR DE DIVERSIDAD SEXUAL TAMBIÉN ES HABLAR DE EDUCACIÓN INCLUSIVA*

–¿Qué tenemos en común tú y yo?

–¿Cómo? ¿Qué tenemos tú y yo de qué, Andy?

–¿Qué tenemos tú y yo de igual?

–Tú te llamas Andrea Ignacia y eres niña y yo me llamo Andrés Ignacio y soy niño.

–No, no es eso. Yo siento algo en mi corazón.

–¿Ah! Debe ser porque tú naciste niño y eres niña y yo nací niña y soy niño.

–¿Eso era! ¿Viste que teníamos algo igual! ¿Y cómo te llamabas tú?

–Yo me llamaba María Georgina.

–Yo me llamaba Baltazar. Pero yo ahora me llamo Andrea Ignacia y tú te llamas Andrés Ignacio.

–¿Y tú ahora eres feliz?

–Sí, yo ahora soy feliz.

–Yo también soy feliz.¹

* Este capítulo ha sido preparado por las académicas Pilar Muñoz Hardoy y Liliana Ramos Abadie de la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales, con la colaboración de las ayudantes de investigación Sofía Andrade Huepe y Claudia Navarro Gutiérrez.

1 Entrevista al Fundador de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), Consultor en DDHH e Identidad de Género, María Georgina/Andrés Rivera, realizada el 28 de abril de 2015, en que reproduce un diálogo sostenido con una niña transexual.

SÍNTESIS

*A la profe se le ocurrió hacer un juego y pidió que nos pusiéramos un nombre, y cuando nos tocó a nosotros una compañera dijo “las mujeres y un hueco”, y a esta estúpida no se le ocurrió nada mejor que ponerlo en la pizarra. Y puso así textual: “las mujeres y un hueco”, y mis compañeros muertos de la risa, y yo así pa’ dentro, yo nunca me había sentido tan humillado en mi vida. Fue feo, me sentí desprotegido, humillado pisoteado entero, porque yo decía: qué hago ahora, o sea, si ni siquiera mi profe me respeta. Me sentí traicionado, muy mal.
(Estudiante gay de enseñanza media)²*

Cada día, en las aulas de nuestro país, ocurren episodios de discriminación que pueden ser brutales o imperceptibles; situaciones, muchas veces normalizadas, que menoscaban la dignidad de muchos/as niños, niñas y adolescentes, por el hecho de pertenecer a la comunidad LGTBI (Lesbiana, Gay, Transexual, Bisexual o Intersexual). El sentido de este capítulo es analizar la situación del sistema escolar en Chile con respecto al aseguramiento del derecho a una educación inclusiva y no discriminadora para esta población escolar. Esta temática es de alta relevancia al considerar la recientemente promulgada Ley de Inclusión que, entre sus fines, persigue acabar con todas las formas de discriminación y exclusión que se dan en el sistema educativo. Las conclusiones del informe revelan que, si bien Chile cuenta con normativas y orientaciones educativas que apuntan a la no discriminación de estudiantes LGTBI, estas son insuficientes para enfrentar de manera estructural el fenómeno de la discriminación.

PALABRAS CLAVES: Comunidad LGTBI, Sistema Escolar, Formación de Profesores, Ley Zamudio, Discriminación

2 Entrevista realizada el 30 de abril de 2015. Entrevistado ha solicitado anonimato.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende identificar la situación de Chile respecto de la aplicación del derecho a una educación inclusiva, que no discrimine a los/as estudiantes por su orientación sexual y/o identidad de género. Como metodología de recogida y análisis de información se implementaron las siguientes acciones: (i) Análisis documental de instrumentos legislativos; orientaciones del Ministerio de Educación (Mineduc) sobre la temática; el currículum escolar para las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación; los estándares de formación inicial docente para las carreras de Educación Parvularia, Pedagogía Básica, Pedagogía Media y Educación Diferencial; informes de derechos humanos ya publicados; noticias desde 2014 hasta junio de 2015; (ii) análisis del contenido de información encontrada en páginas web del Ministerio de Educación, de la Superintendencia de Educación, medios de prensa y de organizaciones de la sociedad civil defensoras de la diversidad sexual; (iii) revisión de fallos judiciales con la aplicación de la Ley 20.609; (v) realización de entrevistas semiestructuradas a estudiantes pertenecientes a la comunidad LGTBI, expertos y representantes de movimientos de la sociedad civil que defienden los derechos de la diversidad sexual y análisis cualitativo del contenido de estas entrevistas.

El capítulo se inicia con un apartado referido a los estándares internacionales de derechos humanos para la diversidad sexual en materia educacional. Luego, aborda la situación chilena en cuanto a aspectos legislativos, curriculares, de orientaciones educativas, y de casos de discriminación. Finalmente, se entregan conclusiones y recomendaciones.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN PARA LA COMUNIDAD LGTBI

Si bien existen instrumentos amplios del derecho internacional que prohíben la discriminación, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Econó-

micos, Sociales y Culturales o la Convención Americana de Derechos Humanos, nos interesa en este capítulo centrarnos en aquellos instrumentos que se refieren en forma explícita a los derechos –en particular al derecho a la educación– de la comunidad LGTBI.

La materialización de normativas internacionales específicas para favorecer la protección de derechos de la comunidad LGTBI es un asunto relativamente reciente. Solo en 2011 la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó la primera resolución de derechos humanos, diversidad sexual e identidad de género,³ que fue actualizada en 2014 con una segunda resolución.⁴ En ambas, el organismo expresa su preocupación por la violencia y discriminación que afecta a las personas por su orientación sexual e identidad de género en todas las regiones del mundo. En la misma línea, la Organización de Estados Americanos (OEA), desde 2008, ha aprobado anualmente declaraciones sobre la temática. Si bien en las declaraciones de los dos organismos no existe mención específica al contexto educativo, la última resolución de la OEA es clara en la condena hacia “todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género”,⁵ e insta a los Estados miembros a eliminar las barreras que enfrentan las personas LGTBI en el acceso equitativo a diversos ámbitos de la vida pública. Cabe señalar que esas resoluciones, de la ONU y de la OEA, han contado con el apoyo del Estado de Chile.

Ahora bien, en 2006, una comisión de expertos, encomendada por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, elaboró los Principios de Yogyakarta relativos a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en el ámbito de la orientación sexual e identidad de género.⁶ En 2009, en el Examen Periódico Universal ante la ONU, Chile se comprometió a utilizar estos principios como guía en la formulación de sus políticas.⁷ Con relación a la no discriminación de personas LGTBI en el sistema educativo, los Principios de Yogyakarta incluyen el derecho a la educación en su principio 16, indicando que “ Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas ”.⁸

3 ONU, *Resolución Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género*, 15 de junio de 2011.

4 ONU, *Resolución Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género*, 24 de septiembre de 2014.

5 OEA, *Resolución Derechos Humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género*, 5 de junio de 2014, res.1.

6 Comisión Internacional de Juristas, *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, marzo de 2007.

7 ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile al Estado de Chile*, 4 de junio de 2009.

8 Principios de Yogyakarta, p. 22.

En este contexto, se insta a los Estados a: (i) adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y la no discriminación de estudiantes, personal y docentes, por motivos de orientación sexual o identidad de género; (ii) garantizar que la educación promueva el desarrollo integral de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades, y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales y de género; (iii) garantizar que la educación inculque el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, considerando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género; (iv) asegurar que los métodos, currículos y recursos educativos permitan la comprensión y el respeto de la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de los/as estudiantes, de sus madres, padres y familiares; (v) garantizar que las políticas y leyes protejan a estudiantes, docentes y personal, de diferentes orientaciones sexuales e identidades de género, de la exclusión social y la violencia en el ámbito escolar; (vi) asegurar que no se margine ni segregue a estudiantes, víctimas de exclusión o violencia, con el fin de protegerlos/as, y que se reconozcan y respeten sus intereses superiores en forma participativa; (vii) adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole que garanticen que los establecimientos escolares aborden la disciplina de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminaciones ni castigos motivados por la identidad de género, la orientación sexual, o la expresión de ambas condiciones, y; (viii) velar por el acceso a la educación en todas las etapas del ciclo vital de las personas, sin discriminación por orientación sexual o identidad de género.⁹

2. SITUACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE ESTUDIANTES LGTBI EN CHILE

2.1. Legislación y normativas

A partir de 2012, Chile cuenta con la Ley 20.609, conocida como ley Zamudio o ley anti-discriminación, cuyo propósito fue instaurar un mecanismo judicial contra la discriminación arbitraria por motivos que incluyen la orientación sexual e identidad de género.¹⁰ De acuerdo a información de prensa,¹¹ desde su promulgación se han tramitado un total de 120 causas por los juzgados civiles del país, en 20 de las cuales ha habido sentencia definitiva.

9 Comisión Internacional de Juristas, op. cit.

10 La Ley 20.609 fue promulgada en julio de 2012, después de 7 años de tramitación. Tras el asesinato del joven homosexual Daniel Zamudio, en marzo de 2012, esta ley fue considerada de suma urgencia.

11 *La Tercera*: “Ley Zamudio: 2014 fue el año con más denuncias”, 31 de marzo de 2015.

De acuerdo a lo afirmado por Luis Larraín,¹² presidente de la Fundación Iguales, la ley Zamudio, además de ser la primera ley que menciona la orientación sexual y la identidad de género como conceptos, tiene un particular valor simbólico al convertirse en “una señal del Estado de Chile que dice que ya no es más tolerable ningún tipo de discriminación”.¹³ Sin embargo, Larraín considera que la ley es “poco útil en la práctica”, ya que la discriminación es un problema histórico y endémico de la sociedad, que no se resuelve con respuestas puntuales, sino con medidas estructurales como la revisión de los currículos educativos del Mineduc, y de las mallas de ciertas carreras; con campañas masivas orientadas a quienes ya no están en el sistema educacional; y la capacitación a funcionarios del Estado. Todo lo anterior aparece especificado en el fallo Atala,¹⁴ como garantía de no repetición de situaciones de discriminación.¹⁵ Y corresponden a medidas que deben ser asumidas por el Estado al alero de una institucionalidad que las haga posibles. Al respecto, Rolando Jiménez,¹⁶ director del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), plantea que “Chile está en transición a construir un cuerpo legislativo, normativo y de políticas públicas que recoja los temas de diversidad, inclusión y no discriminación”, sin embargo, todavía existirían importantes carencias en este sentido, ya que el país no cuenta con un organismo del Estado que se haga cargo de monitorear las políticas antidiscriminatorias existentes y de elaborar nuevas, en base a la evidencia proveniente de investigaciones sobre el tema.

De acuerdo a lo planteado por la Fundación Iguales, la ley Zamudio es una norma incompleta “que pone el peso de la carga de prueba sobre la víctima y que, finalmente, concluye en muy pocas sanciones efectivas”.¹⁷ Al respecto, María Georgina/Andrés Rivera, consultor en DDHH e identidad de género, concuerda con lo planteado por la Fundación Iguales y señala que se trata de una de las peores leyes en Latinoamérica relativas a la materia, ya que, además de poner el peso de la prueba en la víctima, determina que “la multa que paga el discriminador vaya al Estado y que no exista una reparación” a la víctima.¹⁸ Sobre este aspecto del cuerpo legal, el informe de 2015 del Comité de Naciones Unidas que examinó el cuarto reporte periódico de Chile sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

12 Entrevista realizada el 28 de abril de 2015.

13 *Ibid.*

14 Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile, del 24 de febrero de 2012, por privar a la jueza Karen Atala de la tuición de sus hijas debido a su condición sexual.

15 *Ibid.*

16 Entrevista realizada el 3 de julio de 2015.

17 Ver www.iguales.cl/educacion/. Sobre críticas a la Ley 20.609 ver también *Informe 2013*.

18 Entrevista realizada el 24 de Abril de 2015.

recomienda que se realice una revisión exhaustiva de esta ley a fin de que garantice una protección efectiva contra la discriminación.¹⁹ Entre las recomendaciones específicas, el Comité propone que se incorporen disposiciones que posibiliten la reparación en casos de discriminación y que se adopten medidas para prevenir y combatir la persistente discriminación contra diversos grupos, entre los que se incluyen a las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (12d-e).

Un tema fundamental para el análisis del presente capítulo es el referido a la Ley de Inclusión –que pone fin al lucro, al copago y a la selección de estudiantes– promulgada el 29 de mayo de 2015 por la presidenta Bachelet.²⁰ Esta ley plantea un enfoque inclusivo y abierto a la diversidad. Determina explícitamente que “el sistema propenderá a eliminar todas las formas de discriminación arbitraria que impidan el aprendizaje y la participación de las y los estudiantes” y “propiciará que los establecimientos educativos sean un lugar de encuentro de distintas condiciones socioeconómicas, culturales, étnicas, de género, de nacionalidad o religión”.²¹ Sin embargo, después de su aprobación en el Congreso, el proyecto de ley pasó al Tribunal Constitucional, donde se desestimó una propuesta impulsada por organizaciones defensoras de la diversidad sexual y presentada por el diputado Fidel Espinoza, que pretendía añadir a la ley el siguiente contenido: “un colegio no puede invocar como justificación la libertad de enseñanza si es que algún alumno reclama que se le discriminó por situaciones contempladas en la denominada Ley Zamudio”.²² La Fundación Iguales, a través de su página web, planteó que “con esta decisión sólo se está perpetuando y replicando un sistema discriminador”²³ e hizo un llamado a Mineduc para buscar fórmulas que permitan detener la discriminación por diversidad sexual.

2.2. Orientaciones del Ministerio de Educación para la formación en sexualidad, afectividad y género

En este apartado se analizarán los contenidos de la página web del Mineduc relativos a afectividad, sexualidad y género. Se identificaron dos sitios donde se hace alusión al asunto que nos ocupa: el de Currículum Nacional y el de Convivencia Escolar.²⁴ En el primero, Mineduc manifiesta su preocupación por la formación en sexualidad, afectividad y género²⁵ y establece tres modalidades de apoyo para fortalecer esta área de

19 ONU, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 19 de junio de 2015.

20 Ley 20.845, de inclusión escolar, que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

21 Ley 20.845, art. 1, K.

22 Emol.com: “Reforma Educacional sigue firme: TC rechaza impugnación de la Alianza”, 2 de abril de 2015.

23 www.iguales.cl.

24 Los referidos sitios web son www.curriculumnacional.cl y www.convivenciaescolar.cl

25 www.mineduc.cl.

trabajo: (i) la incorporación de la temática en los planes y programas del currículo nacional en las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación; (ii) la disponibilidad de material complementario para trabajar la temática; y (iii) la oferta de información sobre diversas Asistencias Técnicas Educativas (ATE), para que las comunidades escolares puedan solicitar apoyo en esta área, en concordancia con sus proyectos educativos.

2.2.1. Análisis del currículo de Ciencias Naturales y Orientación respecto a la temática de diversidad sexual

Del análisis del currículo chileno se puede concluir que el concepto de diversidad sexual, considerando la orientación sexual e identidad de género, no está presente en los programas de Ciencias Naturales vigentes en la actualidad. En la siguiente tabla, se identifican los objetivos de aprendizaje que Mineduc reconoce como aquellos que permiten abordar la formación en sexualidad, afectividad y género:

Tabla 1: Objetivos de aprendizaje de la asignatura de Ciencias Naturales y Biología relacionados con la formación en sexualidad, afectividad y género.

6° Básico (Bases Curriculares 2012)	7° Básico (Currículum 2009)	II° medio (Currículum 2009)
Identificar y describir las funciones de las principales estructuras del sistema reproductor humano femenino y masculino.	Descripción de las principales estructuras y funciones del sistema reproductor femenino y masculino y de su relación con las etapas del desarrollo humano (fecundación, desarrollo embrionario, parto, lactancia, pubertad).	Descripción del mecanismo general de acción hormonal en el funcionamiento de los sistemas del organismo y análisis del caso particular de la regulación hormonal del ciclo sexual femenino.
Describir y comparar los cambios que se producen en la pubertad reconociéndola como una etapa del desarrollo humano.	Discusión sobre los aspectos biológicos, psicológicos y de salud involucrados en manifestaciones de la sexualidad humana como lactancia materna, conductas sexuales, vida en pareja, maternidad, paternidad, entre otros.	Reconocimiento de que la sexualidad humana y la reproducción son aspectos fundamentales de la vida y que cada persona tiene responsabilidad individual frente a estos.
Reconocer los beneficios de realizar actividad física en forma regular y de cuidar la higiene en el periodo de la pubertad.	Descripción general de los métodos naturales y artificiales de control de la natalidad humana y de las medidas de prevención del contagio de enfermedades de transmisión sexual como el SIDA, herpes genital, entre otras.	

Fuente: Mineduc²⁶

Como se puede observar en la tabla 1, los objetivos de aprendizaje no contemplan conceptos como orientación sexual, intersexualidad, transexualidad o identidad de género. De esta forma, no hay espacio para dar a conocer otras sexualidades ni para fomentar el respeto por la diversidad que representan quienes pertenecen a la comunidad LGTBI.

Con relación a los programas de Orientación, el Mineduc declara que en las Bases Curriculares 2012 de 1° a 6° básico “se incluye el tema de afectividad y sexualidad en los cursos de 1° a 4° básico, donde antes no se impartía”.²⁷ Sin embargo, al igual que en los programas de Ciencias Naturales, los objetivos de aprendizaje propuestos no hacen referencia a contenidos sobre diversidad sexual. De hecho, un objetivo de aprendizaje que se propone para 4°, 5° y 6° básico incluye la idea de “evitar y rechazar toda forma de violencia y discriminación, ya sea por etnia, género, religión, nacionalidad, etc.”²⁸ Se aprecia que la diversidad sexual tiende a omitirse cuando se hace referencia a potenciales grupos objetos de discriminación.

Por otra parte, en 8° básico, una de las unidades del programa de Orientación se refiere a las relaciones de pareja. Los objetivos propuestos apuntan a que los/as estudiantes:

- Distinguen entre las etapas de gustarse, enamorarse y formar una pareja.
- Reconocen actitudes y formas de comunicación que favorecen una buena relación de pareja.
- Descubren la importancia de fundar la relación en el respeto y responsabilidad en relación a sí mismos y a la pareja.
- Reflexionan sobre valores y criterios que orientan la toma de decisiones responsables en torno a la vivencia de la sexualidad y afectividad en esta etapa del desarrollo.
- Refuerzan habilidades que les permitan manejar situaciones de presión, ya sea de pares, como del entorno, relacionadas con la vivencia de la sexualidad en esta etapa.²⁹

En el análisis de estos objetivos, impresiona la total ausencia de contenidos orientados al reconocimiento de la identidad de género y la orientación sexual. Sin que sea explícito, se presenta a la pareja humana como una configuración preestablecida que, en la racionalidad común, corresponde a la de una pareja heterosexual. Pero claramente no hay una respuesta educativa para abordar diferentes identidades sexuales, es decir, la diversidad sexual vuelve a ser omitida. Lo mismo sucede

27 Ver www.mineduc.cl.

28 Objetivo de Aprendizaje 06 de las Bases Curriculares de Orientación.

29 Objetivos de Aprendizaje del 2.01 al 2.05, Unidad 2, programa de Orientación.

en los programas de 5° y 6° básico, en los cuales se hace referencia a la sexualidad y la afectividad en relación a los siguientes contenidos: (i) el autoconcepto y la autoestima; (ii) la identidad sexual: ser hombre, ser mujer; (iii) la identidad social; (iv) los cambios propios de la etapa de la pubertad en el ámbito físico y emocional (v) hombres y mujeres: diferencias, semejanzas y complementariedad; y (vi) roles y estereotipos sexuales. Se observa nuevamente la omisión de contenidos propios de la diversidad sexual: no se habla sobre homosexualidad, lesbianismo, transexualidad, bisexualidad ni intersexualidad. Evidentemente, podemos preguntarnos ¿cómo se siente un niño, niña o adolescente homosexual o transexual frente a una educación en que su identidad es omitida?, ¿qué pasa con aquellos que no cumplen con los patrones establecidos por estos objetivos y contenidos?, ¿qué cabida tienen sus preguntas, inquietudes y temores en un sistema que los niega en esencia?

Con respecto a las sugerencias a los docentes que se efectúan en los programas de Orientación, no se especifican propuestas pedagógicas concretas relacionadas con la diversidad sexual, sin embargo, aparecen temáticas como la situación de las adolescentes embarazadas, el VIH-SIDA, el pololeo, la comunicación familiar, las relaciones sexuales precoces, entre otras. Al referirse a la diversidad de los y las estudiantes, el programa alude a variables como género, cultura, etnia, religión, estilos de aprendizaje y niveles de conocimiento, obviando la orientación sexual e identidad de género como aspectos que también determinan la identidad de las personas. Queda en evidencia, entonces, un vacío importante en un programa que, por su naturaleza y sentido, debiera profundizar en el ámbito de la diversidad sexual, en la perspectiva de construir aulas y escuelas inclusivas, capaces de acompañar los procesos de vida que requiere la comunidad LGTBI. Sobre este aspecto, Julio Dantas,³⁰ fundador y presidente de la Fundación Todo Mejora, plantea que la búsqueda de la identidad y reconocimiento de la sexualidad, se vive de mejor manera cuando “un adulto protector puede estar como facilitador de este proceso”, y por este motivo el docente juega un rol fundamental.

2.2.2. Análisis del material complementario disponible en Mineduc para abordar la temática de la afectividad, sexualidad y género

El segundo sitio de Mineduc, referido a la Convivencia Escolar, reconoce que la sexualidad es un componente esencial de la vida del ser humano, y señala que el concepto de género se “refiere a los atributos sociales y a las oportunidades asociadas con el ser femenino y masculino y las relaciones entre mujeres y hombres, niños y niñas,

30 Entrevista realizada el 27 de mayo de 2015.

como también entre mujeres y entre hombres”.³¹ De esta forma, se evidencia un avance en el reconocimiento de la diversidad sexual, cuestión que no está presente –como ya se ha señalado– en las bases curriculares que definen lo que todos/as los/as estudiantes del país deben aprender.

En el sitio de Convivencia Escolar se encuentran disponibles los siguientes documentos de apoyo para abordar la formación en sexualidad, afectividad y género, que se describen brevemente, a continuación:

- Orientaciones Técnicas Internacionales sobre Educación en Sexualidad. Unesco (2010). Este texto aborda argumentos que justifican la educación en sexualidad, entrega orientaciones técnicas para el desarrollo de programas efectivos, ofrece una propuesta de temas y objetivos de aprendizaje para diversos tramos etarios entre los 5 y 18 años. Un aspecto fundamental de este texto es que reconoce la diversidad sexual, considerando la orientación sexual e identidad de género, y promueve la no discriminación.
- Un solo currículum: actividades para un enfoque integrado hacia la educación en sexualidad, género, VIH, derechos humanos. Population Council (2011) y Un solo currículum: pautas para un enfoque integrado hacia la educación en sexualidad, género, VIH, derechos humanos. Population Council (2011). Ambos materiales elaborados por un grupo internacional de expertos, presentan métodos, principios y estrategias para abordar la temática de la diversidad sexual en la escuela.

Otro documento de Mineduc, que vale la pena destacar, se titula “Discriminación en el contexto Escolar: Orientaciones para promover una escuela inclusiva”,³² y está disponible, al igual que los recién citados, en el sitio Convivencia Escolar. En el texto se acoge la perspectiva de que una escuela inclusiva debe ser capaz de acoger la diversidad y “garantizar para todos los estudiantes, sin excepción, la igualdad de oportunidades”.³³ Un aspecto significativo de este material es que brinda orientaciones para abordar situaciones de discriminación en la escuela, considerando las variables de orientación sexual e identidad de género, entre otras. En referencia a esta población, el texto reconoce que los y las adolescentes homosexuales, lesbianas, bisexuales o transexuales son víctimas habituales de discriminación arbitraria en el espacio escolar.³⁴

31 www.convivenciaescolar.cl.

32 Mineduc, *Discriminación en el contexto escolar, orientaciones para promover una escuela inclusiva*, Santiago de Chile, Ministerio de Educación, 2013.

33 *Ibid.*, p. 5.

34 *Ibid.*, p.19.

Además, en el link sobre la temática de sexualidad, afectividad y género del sitio Currículum Nacional,³⁵ se encuentran disponibles los siguientes documentos:

- Orientaciones para el diseño e implementación de un programa en sexualidad, afectividad y género (2012): en este documento se fundamenta la necesidad de implementar un programa de educación sexual y se entregan orientaciones amplias y sugerencias específicas para hacerlo, pero no se hace referencia a la diversidad sexual.
- Formación en sexualidad, afectividad y género (2013): es un documento complementario al anterior, dirigido a docentes y equipos directivos, que se plantea como finalidad la entrega de “elementos y herramientas conceptuales que orienten sobre ámbitos, temáticas y espacios curriculares pertinentes para abordar la formación en sexualidad, afectividad y género”.³⁶ En este documento, a diferencia del anterior, se explicita que la orientación sexual y las identidades de género son parte de la sexualidad, la que es entendida como una dimensión central del ser humano.

Llama la atención que los últimos documentos mencionados no incluyen fuentes ni referencias a los movimientos de diversidad sexual, aun cuando varias de estas organizaciones disponen de materiales de apoyo educativo orientados a la temática. Un ejemplo de lo anterior son los manuales del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual MOVILH: “Educando en la Diversidad, orientación sexual e identidad de género en las aulas” del año 2009;³⁷ y el “Manual Pedagógico para aminorar la discriminación por orientación sexual e identidad de género en los establecimientos educacionales” de 2010.³⁸ También se puede mencionar un material de la Fundación Todo Mejora,³⁹ que dedica sus esfuerzos a la prevención del suicidio adolescente y el *bullying* homofóbico, y que cuenta con guías para apoyar a las familias, escuelas y profesionales, en el fortalecimiento de la construcción de espacios inclusivos para la comunidad de la diversidad sexual.

De acuerdo a lo publicado en el sitio web de la Fundación Iguales, en las jornadas de examen de Chile ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, realizadas en junio de 2015,

35 www.mineduc.cl.

36 Mineduc, *Formación en sexualidad, afectividad y género*, Santiago de Chile, Ministerio de Educación, 2013, pp. 3.

37 MOVILH, *Educando en la Diversidad, orientación sexual e identidad de género en las aulas*, Santiago de Chile, 2009.

38 MOVILH, *Manual Pedagógico para aminorar la discriminación por orientación sexual e identidad de género en los establecimientos educacionales*, Santiago de Chile, 2010.

39 www.todomejora.org.

el Estado chileno se comprometió a: (i) elaborar un manual contra el *bullying* hacia la diversidad sexual; (ii) capacitar a los docentes en la temática; (iii) elaborar recursos pedagógicos, programas de inclusión y no discriminación orientados a la comunidad LGTBI; y (iv) generar un protocolo escolar de respeto de la identidad de género de los niños, niñas y adolescentes transexuales.⁴⁰ En este sentido, Rolando Jiménez⁴¹ plantea que se requiere de una política nacional de educación sexual y que esta necesidad se está negociando entre el movimiento que lidera y representantes del gobierno.

Con respecto a los reglamentos internos de los establecimientos educacionales, en noviembre de 2013 se actualizó un instructivo referido a la convivencia escolar,⁴² en que se especifica que el reglamento debe sancionar cualquier acto discriminatorio entre los miembros de la comunidad escolar (8.m), incluyendo las variables de orientación sexual e identidad de género.

En síntesis, se puede ver que, a diferencia de lo que ocurre a nivel de bases curriculares, en la actualidad los establecimientos escolares cuentan con material de apoyo y orientaciones normativas sobre el tema de la diversidad sexual, en las que se reconoce que su visibilidad responde a un enfoque educativo inclusivo.

2.2.3. Análisis de la información de Asistencias Técnicas Educativas disponible en la página del Mineduc

Como se ha señalado anteriormente, en el sitio web Currículum Nacional se dispone de información sobre diversas Asistencias Técnicas Educativas (ATE) para que los establecimientos escolares puedan solicitar apoyo en las temáticas de afectividad, sexualidad y género, en consistencia con sus proyectos educativos.⁴³ En este sitio, se indican los pasos para buscar asistencia, entre los cuales se sugiere utilizar palabras claves que permitan encontrar los servicios prestados. Las palabras claves sugeridas son: sexualidad, sexual, afectividad, género, prevención y abuso. Para efectos del presente análisis se seleccionaron las palabras sexualidad y género. Al seleccionar cada uno de estos términos, se desplegó una página con datos de varias ATE, donde fue posible acceder a información sobre su organización, equipo de trabajo, servicios ofrecidos y referencias. Luego, al entrar a la información sobre los servicios ofrecidos por cada ATE, se desplegó una tabla con el detalle de los programas de asesoría, incluyendo los contenidos de cada uno de ellos. En base a esta información, se pudo establecer: (i) la cantidad total de

40 www.iguales.cl.

41 Entrevista realizada el 3 de julio de 2015.

42 Superintendencia de Educación Escolar, *Instructivo para los establecimientos educacionales sobre Reglamento Interno, en lo referido a Convivencia Escolar*, 29 de noviembre de 2013.

43 www.mineduc.cl.

programas ofrecidos por la ATE; (ii) el número de programas destinados a la temática de sexualidad o género, ya que, si bien la información aparecía al seleccionar una de estas palabras clave, los programas se referían a múltiples temáticas del ámbito de la educación; (iii) la presencia directa de contenidos sobre diversidad sexual en los programas ofrecidos; y (iv) la identificación de contenidos cercanos a la temática. En la tabla N°2 se presenta la información relativa a las ATE asociadas a la palabra clave sexualidad, sus servicios y contenidos

Tabla 2: ATE, servicios y contenidos asociados a la palabra clave sexualidad

Nombre de la ATE	N° de servicios ofrecidos	N° de servicios relacionados con la temática	Presencia directa de contenidos sobre diversidad sexual	Contenidos explícitos o cercanos a la temática
A-prender	17	1	No	
Aprofa Capacitaciones S.A.	1	1	No	DDHH y sexualidad
Asesorías en Gestión Escolar DGE	20	0	No	
Asistex Ltda.	29	1	Sí	Sexualidad, identidad y género
Capacitaciones CAEM	7	1	No	
Cecilia Teresa Salinas Rivera	5	1	Sí	Estereotipos sexuales, identidad y sexualidad
Ceic Ltda.	29	1	No	Construcción social del género
Ceís Capacitación Ltda.	18	1	No	
CEIS Maristas	10	0	No	
Centro Cinda	13	1	No	
Centro de Formación Técnica Ceitec	6	1	No	
Epu Newen	20	1	No	
Fidecap	13	1	No	
Fidegroup Educa	22	1	No	
Focoescuela	10	0	No	
Génesis E.I.R.L	5	0	No	
Grupo Magisterio Ltda.	1	0	No	
INTRAEDUC	13	0	No	

Lógico	10	0	No	
Macor Consulting Ltda.	7	1	Sí	Diferenciación entre sexo, género, identidad sexual y sexualidad
Olimpo Asesorías y Capacitación Limitada	7	2	No	
PARÉNTESIS ATE	2	1	Sí	Identidad y género
Soc. Educacional e investigación Académica Ltda.	5	0	No	
Talentos Chile SPA	19	2	Sí	<i>Bullying</i> homofóbico y género
Teen Star	1	1	No	
Unach	28	1	No	
Universidad Católica Silva Henríquez	5	0	No	
Universidad San Sebastián	3	1	No	

Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada en página de Mineduc.

Como se puede observar en la tabla N°2, de un total de 313 programas ofrecidos por 28 ATE, 21 de ellos se refieren a temáticas de afectividad, sexualidad o género y cinco cuentan con la presencia explícita de contenidos relativos a diversidad sexual, lo que equivale a un 1,6% de la cantidad total de programas ofrecidos. Además, dos de ellos presentan contenidos cercanos a la temática. En la tabla N°3 se presenta la información relativa a las ATE asociadas a la palabra clave género, sus servicios y contenidos.

Tabla 3: ATE y programas asociados a la palabra clave género

Nombre de la ATE	Nº de servicios ofrecidos	Nº de servicios relacionados con la temática	Presencia directa de contenidos sobre diversidad sexual	Contenidos explícitos o cercanos a la temática
Asesorías en Gestión Escolar DGE	48	1	Sí	Diversidad, bullying homofóbico, diferencias de género
Asistex Ltda.	29	0	No	
Bilmark	9	0	No	
Ceic Ltda.	29	1	No	

Consultora Educativa Metanoia spa	3	0	No	
Fabiola Serna Santamaría	1	1	No	
Focoescuela	10	0	No	
Francisca Corbalán Herrera	2	0	No	
Instituto Chileno Británico de Cultura Concepción	6	0	No	
INTRAEDUC	13	1	No	
Lógico	10	0	No	
Macor Consulting Ltda.	7	1	Sí	Diferenciación entre sexo, género, identidad sexual y sexualidad
PARÉNTESIS ATE	2	1	No	
Progreso Capacitación SPA	1	0	No	
Talentos Chilenos SPA	19	1	No	
Universidad Mayor	8	1	No	Derechos sexuales y reproductivos
Veomás Educación	9	0	No	

Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada en página de Mineduc.

Como se aprecia en la tabla N° 3, de 206 programas ofrecidos por 17 ATE, ocho se refieren a temáticas de sexualidad, afectividad o género, solo dos poseen contenidos explícitos sobre diversidad sexual y uno tiene contenidos cercanos a la temática, lo que equivale a un 1,5% del total de programas ofrecidos.

Si bien se valora la existencia de información en relación a asistencias técnicas y servicios para apoyar a las escuelas en la temática, se considera de suma importancia que esta información sea presentada de una forma más accesible y que quede claro el enfoque que sustenta cada programa. La formación continua de profesores en esta materia, es necesaria y oportuna para asumir los cambios en una sociedad cada vez más abierta a su propia diversidad. De acuerdo a Julio Dantas “hay prejuicios en los profesores con quienes hemos trabajado (en la Fundación Todo Mejora), basados en el desconocimiento del tema. Del total, tenemos un 20% de educadores que conocen el tema, leyeron un artículo, que conocen a alguien... un 20% que discrimina... y un

60% que simplemente no tiene conocimiento”.⁴⁴ La experiencia de este dirigente ratifica la necesidad de promover la formación de los profesores en ejercicio, en este ámbito.

2.3. Estándares de Formación Docente

“No es posible que estén formando docentes, en universidades públicas y privadas del sistema, sin que estas materias estén en su currículum”...“la excusa (por ese vacío curricular) siempre ha sido la libertad académica de las universidades” (Rolando Jiménez)⁴⁵

El Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas (CPEIP) es un organismo del Mineduc que se encarga de fomentar acciones para el desarrollo profesional de las y los docentes del país. Para la formación de futuros/as profesores/as entrega lineamientos, a través de los Estándares Orientadores para egresados de carreras de pedagogía. El concepto de estándar, en este contexto, se entiende como “aquello que todo docente debe saber y poder hacer para ser considerado competente en un determinado ámbito”.⁴⁶ Los estándares están vinculados con dos ámbitos: disciplinar y pedagógico. Los estándares disciplinares se refieren al dominio disciplinar relacionado con el currículo escolar, es decir, lo que se debe enseñar. Por su parte, los estándares pedagógicos dicen relación con el dominio de metodologías, recursos didácticos y procesos de evaluación, es decir, el cómo y para qué enseñar; así como con los aspectos éticos de la profesión y los conocimientos sobre la manera en que se genera y transforma la cultura escolar. En los documentos del CPEIP, cada estándar, para lo pedagógico o disciplinar, tiene una descripción general y luego se desglosa en indicadores “que especifican el logro de los conocimientos y habilidades en el ámbito que cubre el estándar” (Mineduc, p.12).⁴⁷ Para efectos del presente análisis, se revisaron los estándares pedagógicos de las carreras de Educación Parvularia, Pedagogía Básica, Diferencial, y Media; y los estándares disciplinarios de Educación Parvularia, Pedagogía Básica y Pedagogía Media en las asignaturas de Historia, Geografía y Ciencias Sociales y Ciencias Naturales y Biología, y de Pedagogía en Educación Diferencial. Para el caso de esta última carrera, los estándares pedagógicos se homologan con los de Pedagogía Básica y Media, y los disciplinarios son específicos de la profesión.

44 Entrevista realizada el 27 de mayo de 2015.

45 Entrevista realizada el 3 de julio de 2015.

46 Mineduc, *Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Básica*, Santiago de Chile, 2011, LOM Ediciones, pp. 7.

47 *Ibid.*, p. 12.

2.3.1. Estándares Pedagógicos

Tanto en los niveles de Educación Básica como Media, así como en la modalidad de Educación Especial o Diferencial, el estándar pedagógico N°8 apunta a la formación de un profesor o profesora con un perfil inclusivo. Este estándar plantea que el/a egresado/a de pedagogía debe estar preparado/a “para atender la diversidad y promover la integración en el aula”.⁴⁸ En Educación Básica, uno de los indicadores asociados a este estándar se explicita de la siguiente forma: “Respeta y valora la diversidad de sus estudiantes con relación al género, etnia, religión, creencias, nacionalidad, discapacidad, condición socioeconómica y talentos, evitando la discriminación, previniéndola y promoviendo la inclusión”.⁴⁹ Por su parte, en Educación Media el indicador equivalente está formulado del siguiente modo: “Respeta a cada uno de los estudiantes, sus familias y sus comunidades, y actúa previniendo el efecto discriminatorio que pueden tener sus propias acciones, decisiones y juicios respecto a las características personales derivadas de variables sociales, sexuales, étnicas, de apariencia física o variables en el desarrollo académico, afectivo y social de los jóvenes y adolescentes que estarán a su cargo”.⁵⁰ En ambos niveles, los estándares presentados que debieran orientar el desarrollo de competencias docentes para acompañar los procesos personales y únicos que viven los niños, niñas y jóvenes, no hacen visible la diversidad sexual de la comunidad LGTBI. En Pedagogía Básica solo se considera la variable género y, en el caso de Pedagogía Media, se menciona la variable sexual, sin embargo, no se explicitan las nociones de orientación sexual ni de identidad de género. El Estándar Pedagógico N° 2, en ambos niveles, se plantea de la siguiente forma: “Está preparado para promover el desarrollo personal y social de los estudiantes”.⁵¹ En el caso de Pedagogía Básica, el indicador que se asocia a la temática tratada propone que el/a futuro/a docente debe estar “preparado para resolver problemáticas emergentes tales como, educación sexual, prevención en el uso de drogas, bullying y acoso mediante la web”.⁵² Se incorpora el tema de la educación sexual, sin embargo, no se hace mención a la diversidad sexual. En este mismo estándar, para Educación Media, el indicador asociado expresa que el/a futuro/a docente “Conoce estrategias o solicita ayuda a otros docentes o especialistas para promover el cuidado personal de sus estudiantes en materia de salud, sexualidad, consumos de tabaco, alcohol y drogas, conductas violentas, temerarias, autodestructivas o de exclusión (ma-

48 Ibid., p. 16.

49 Ibid., p. 37.

50 Mineduc, *Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Media*, Santiago de Chile, 2012, LOM Ediciones, p. 44.

51 Mineduc, *Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Básica*, Santiago de Chile, 2011, LOM Ediciones, p. 27.

52 Ibid.

tonaje, acoso)”.⁵³ Nuevamente, se omiten contenidos explícitos sobre orientación sexual e identidad de género.

Con relación a los estándares de Educación Parvularia, en su introducción se explicita la importancia de la educación preescolar como “decisiva en el desarrollo futuro de estudiantes”.⁵⁴ Aun cuando no está especificado el tema de diversidad sexual, sí hay evidencias de formación de las y los educadores/as en aspectos que favorecen la construcción de espacios inclusivos protectores de niños y niñas. En el ámbito pedagógico, por ejemplo, el estándar 5 propone que el o la futuro/a educador/a: “genera y mantiene ambientes acogedores, seguros e inclusivos”.⁵⁵ Y el estándar 2 plantea que el/a futuro/a profesional de la educación parvularia: “está preparado para promover el desarrollo personal y social de los estudiantes”,⁵⁶ haciendo hincapié en el aspecto inclusivo de la formación de los y las futuros/as docentes cuando especifica que “enseña a sus estudiantes el respeto hacia los demás, sobre la base de la igualdad de derechos de todas las personas, valorando su diversidad”.⁵⁷

2.3.2. Estándares Disciplinarios

Para la carrera de Pedagogía Básica, en la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, el estándar 7 plantea que el/a futuro/a docente: “comprende los conceptos fundamentales de las Ciencias Sociales relacionados con formación ciudadana, identidad cultural y organización económica”.⁵⁸ El indicador asociado a este estándar más vinculado a la temática tratada, se encuentra en la siguiente proposición: “Analiza críticamente, utiliza y relaciona conceptos fundamentales vinculados a identidad cultural, tales como identidad, diversidad cultural y sus fuentes principales (por ejemplo, etnia, nacionalidad, religión), sociedad, cultura, patrimonio, estereotipos, prejuicios y multiculturalidad”.⁵⁹ El Estándar 3 de la asignatura de Ciencias Naturales propone que el/a futuro/a profesor/a “comprende los conceptos que permiten relacionar las estructuras con sus funciones en los seres vivos y está preparado para enseñarlos”⁶⁰; mientras que el indicador 8, asociado a este estándar, especifica que el profesional egresado “analiza la sexualidad humana, integrando aspectos biológicos, psicológicos y sociales”.⁶¹ Como se observa, una vez más no se visibilizan contenidos relativos a la diversidad sexual.

53 Mineduc, *Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Media*, Santiago de Chile, 2012, LOM Ediciones, p. 35.

54 Mineduc, *Estándares orientadores para egresados de carreras de pedagogía en Educación Parvularia*, Santiago de Chile, 2012, LOM Ediciones, p. 7.

55 *Ibid.*, p. 17.

56 *Ibid.*

57 *Ibid.*, p. 23.

58 Mineduc, *Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Básica*, Santiago de Chile, 2011, LOM Ediciones, p. 131.

59 *Ibid.*, p. 131.

60 *Ibid.*, p. 144.

61 *Ibid.*, p. 145.

Con relación a los Estándares Disciplinarios de Pedagogía Media, en la asignatura de Historia, Geografía y Ciencias Sociales, el estándar 13 expresa que el/a egresado/a de pedagogía: “Desarrolla estrategias didácticas que promuevan los aprendizajes, valores y conductas ciudadanas, conducentes a hacer de sus estudiantes sujetos activos y responsables ante el desafío de la convivencia democrática y el desarrollo sustentable”.⁶² En la descripción de este estándar se indica que los y las futuras docentes deben “ejercer liderazgo en la promoción de la democracia, el respeto a la diversidad, la igualdad de género y la resolución pacífica de conflictos”.⁶³ Luego, en los indicadores asociados, no hay ninguno que se haga cargo de los aprendizajes que permitan a los y las docentes el desarrollo de espacios sanos y de protección para la comunidad de la diversidad sexual. Lo mismo sucede con la asignatura de Biología: el Estándar 5 señala que el futuro maestro/a: “comprende conceptos de estructura y función de los seres vivos”,⁶⁴ y se relaciona la asignatura únicamente con los mecanismos reproductivos, el control de la natalidad y las bases biológicas de la sexualidad humana, sin incorporar en forma explícita contenidos sobre diversidad sexual.

Los estándares disciplinares de Educación Parvularia tampoco incorporan en forma manifiesta contenidos de diversidad sexual, ya que no está expresamente citada la comunidad LGTBI como una preocupación real en la formación de nuevos docentes, aun cuando es sabido que los casos de transexualidad se manifiestan desde la edad preescolar. Los estándares disciplinares 2 y 3 se orientan al manejo de estrategias pedagógicas basadas en la comprensión de las nociones fundamentales del desarrollo y el aprendizaje y en los temas de identidad y convivencia.

En el caso de los estándares disciplinarios para la formación de docentes de Educación Diferencial, si bien en su mayoría se expresa una orientación inclusiva, dada por la naturaleza de la acción de esta disciplina, en ninguno de ellos, ni en sus descripciones e indicadores asociados, se evidencia la presencia de contenidos referidos a diversidad sexual.

En síntesis, la revisión de los estándares de formación inicial docente –en Educación Parvularia, Pedagogía Básica, Media y Educación Diferencial– nos revela la invisibilidad de la diversidad sexual. Esta situación es preocupante, ya que la escuela constituye el espacio propicio para generar una transformación cultural orientada a la inclusión real de la comunidad LGTBI, desafío en que las y los docentes tienen un rol fundamental.

62 Mineduc, *Estándares Orientadores para Egresados de Carreras de Pedagogía en Educación Media*, Santiago de Chile, 2012, LOM Ediciones, p. 162.

63 *Ibid.*, p. 162.

64 *Ibid.*, p. 159.

2.4. Casos de discriminación de estudiantes LGTBI entre 2014 y junio de 2015

En Chile nosotros no tenemos datos que hablen específicamente de la experiencia LGBT, pero sí sabemos que datos de otros países muestran que adolescentes que se identifican como LGBT son cuatro veces más propensos a suicidarse por la discriminación que los heterosexuales, y ocho veces más a suicidarse si son rechazados por sus familias
(Julio Dantas, fundador y presidente de la Fundación Todo Mejora)⁶⁵

Las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile con relación a la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶⁶ incluyen como preocupación “los limitados datos estadísticos actualizados presentados por el Estado parte sobre la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales” (ONU, 2015). Esta falta de datos estadísticos, claros y precisos, se hace patente al revisar la información disponible en la página web de la Superintendencia de Educación sobre la situación de derechos de los y las estudiantes de la comunidad LGTBI. En esta información se aprecian las siguientes falencias: (i) si bien hay datos sobre discriminación por orientación sexual, la categoría de identidad de género está ausente; (ii) una de las categorías que constituye motivo de discriminación se denomina “comportamiento de connotación sexual que no constituye agresión”, en la que se identifican una gran cantidad de casos, sin que se explicita claramente a qué se refiere; (iii) la información proporcionada solo se refiere a denuncias, cuyo contexto, monitoreo y desenlace no es conocido; y (iv) por último, para el desarrollo de este capítulo, fue necesario solicitar a la Superintendencia, en virtud de la Ley de Transparencia, el envío de información sobre denuncias del periodo 2014 y 2015, lo que se concretó el 13 de mayo de este año. Cabe señalar que, recién a partir de julio de 2015, se actualizó la información de este sitio. De acuerdo a esta información, en 2014 se produjeron 19 denuncias de discriminación por orientación sexual, y en 2015, hasta el mes de junio, nueve. Respecto de las denuncias por comportamiento de connotación sexual que no constituye agresión, en 2014 hay 117 denuncias y hasta junio de 2015 se contabilizan 43.

Ahora bien, la ausencia de la categoría de identidad de género implica la exclusión de casos de discriminación en la población transexual. El consultor María Georgina/Andrés Rivera,⁶⁷ al momento de conceder la entrevista para este informe, asesoraba 14 casos de niños/as y adolescentes entre los 3 años y medio y los catorce años, en el

65 Entrevista realizada el 27 de mayo de 2015.

66 ONU, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 19 de junio de 2015.

67 Entrevista realizada el 28 de abril de 2015.

proceso de descubrimiento de su transexualidad. Uno de estos casos se ha transformado en un proceso emblemático de discriminación por identidad de género. Fue publicado en mayo de 2015 por el diario *La Nación*⁶⁸ y, luego, dado a conocer por numerosos medios de prensa. Se trata de una niña transexual, Andy, cuyo colegio (Pumahue de Chicureo) no accedió a cambiar su identidad de género, a pesar de la solicitud efectuada por los padres. De acuerdo a la información publicada por el diario electrónico *El Mostrador*, la directora del establecimiento envió un comunicado a los padres y apoderados dando a conocer la situación y explicando que “el colegio no puede actuar contra lo que la ley establece. El establecimiento educacional debe apegarse a los antecedentes que constan en la partida de nacimiento del menor, pues no existe ninguna autorización legal para desconocer el nombre y sexo registrados en el certificado de nacimiento del menor, que corresponden al masculino.”⁶⁹ El comunicado explica, además, que el motivo para rechazar la petición de la familia de Andy es “evitar cualquier tipo de discriminación arbitraria que podría ocurrir contra el niño de parte de sus compañeros y compañeras, quienes lo conocieron durante todo un año por su identidad y nombre masculino.”⁷⁰

Un trabajo importante de acopio de información sobre casos de discriminación, es el desarrollado por el Movimiento por la Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), que en su informe de DDHH del año 2014, denunció un total de 17 casos de discriminación por diversidad sexual en el contexto educacional. En relación a los anteriores informes, se evidenció un considerable aumento de estos actos discriminatorios: en 2012, el mismo informe declaró 10 casos y en 2013 fueron solo cinco. Un aspecto preocupante expresado en el informe de MOVILH es que, de la totalidad de los casos, tan solo en 3 de ellos hubo intervención por parte de Mineduc y en el resto no se dio a conocer el resultado de las investigaciones.

CONCLUSIONES

1. Chile no cuenta con una legislación educativa que haga efectivo el pleno derecho a una educación sin discriminación para los y las estudiantes de la comunidad LGTBI. La Ley 20.845, de inclusión escolar –que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en

68 *La Nación*: “Padres piden a colegio que su hijo de pre-kinder sea tratado ahora como niña”, 13 de mayo de 2015.

69 *El Mostrador.cl*: “Colegio de Chicureo y padres de niño de kínder se enfrentan en polémica decisión”, 14 de mayo de 2015.

70 *Ibid.*

establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado—considera el principio de libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación. Si bien se puede invocar la ley Zamudio en caso de discriminación, los sostenedores pueden apelar en base al principio de la libertad de enseñanza. Esta situación se agrava al constatar que, en la práctica, la ley Zamudio ha carecido de eficacia para enfrentar casos de discriminación en la escuela y tampoco ha respondido de manera estructural al problema de la discriminación de personas LGTBI en la sociedad. En base a lo anterior, se sostiene que Chile está por debajo de los estándares internacionales de derechos humanos en el ámbito educativo, en materia de diversidad sexual.

2. Las medidas dispuestas por el Mineduc destinadas a apoyar la formación en sexualidad, afectividad y género, son insuficientes para asegurar la plena inclusión de estudiantes LGTBI en el sistema escolar. Si bien se valoran positivamente los apoyos que brinda Mineduc desde el área de Convivencia Escolar, es evidente que las Bases Curriculares, en las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación, no integran contenidos que hagan referencia explícita a la orientación sexual e identidad de género.
3. Los estándares orientadores de la formación inicial docente para las carreras de Pedagogía Básica, Educación Parvularia, Educación Diferencial y Pedagogía Media, no visibilizan la temática de la diversidad sexual ni incluyen indicadores relacionados con la orientación sexual e identidad de género. Esta situación impide asegurar que, a nivel de formación de profesores/as, se promueva la adquisición de conocimientos y actitudes que favorezcan la inclusión efectiva de los estudiantes LGTBI en el sistema escolar.
4. La Superintendencia de Educación, no incorpora como variable de discriminación la identidad de género, lo que no facilita las denuncias por discriminación en el caso de estudiantes transexuales.

RECOMENDACIONES

En base al desarrollo anterior y sus conclusiones, se recomienda al Estado:

1. Hacer los ajustes necesarios a la Ley 20.845, de inclusión escolar, con el fin de asegurar que ningún estudiante LGTBI pueda ser discriminado del sistema escolar, con el pretexto de apelar al principio de libertad de enseñanza por sobre el derecho a la educación. Asimismo, modificar la Ley 20.609, conocida como

Ley Zamudio o antidiscriminación, en base a las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

2. Implementar modificaciones en las bases curriculares de las asignaturas de Ciencias Naturales y Orientación, con el fin de visibilizar la temática de diversidad sexual desde un enfoque de derechos.
3. Modificar los estándares de formación inicial docente para las diversas carreras de pedagogía, tanto en el ámbito pedagógico como disciplinar, con el fin de asegurar que las nuevas generaciones de docentes cuenten con herramientas para el reconocimiento y acompañamiento de la comunidad LGTBI en la escuela.
4. Mantener actualizada la información de la Superintendencia de Educación sobre casos de discriminación e incluir la variable identidad de género como potencial causa de discriminación.

EL ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN CHILE. AVANÇES Y DESAFÍOS*

*“Es mi aspiración que la salud no sea vista finalmente como una bendición a desear, sino como un derecho humano por el que luchar”
Kofi Annan.¹*

* Capítulo preparado por Víctor Hugo Lagos y Delfina Lawson. Los autores agradecen la colaboración de las ayudantes Francisca Vargas y Virginia Miranda y del ayudante Tomás Correa, estudiantes de la Escuela de Derecho de la UDP que apoyaron en la recopilación de información, solicitudes de acceso a la información y sistematización de datos.

1 Séptimo Secretario General de Naciones Unidas (1997-2006), Premio Nobel de la Paz (2001).

SÍNTESIS

En la actualidad, y de acuerdo a información oficial, residen en Chile cerca de medio millón de personas migrantes de diferentes nacionalidades, pero principalmente provenientes de países de la región. Su ingreso al país y su permanencia en el territorio nacional se sigue rigiendo por el Decreto Ley 1.094, del año 1975. Todos los actores involucrados en la defensa y promoción de los derechos de las personas migrantes han señalado, en múltiples y distintas instancias, la necesidad de reformar el marco normativo que regula las migraciones, dotándolo de un enfoque de derechos y asegurando que se encuentre en línea con los principales estándares de derechos humanos en esta materia. Durante los últimos años se han adoptado diferentes acuerdos regionales y/o sectoriales para hacer frente al déficit normativo. Si bien estos esfuerzos han logrado un impacto positivo en parte de la población migrante, aún quedan muchos desafíos pendientes.

El capítulo se enfoca en el acceso a la salud de la población migrante en Chile desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Siendo el derecho a la salud un derecho humano, su ejercicio y goce debe ser garantizado en forma universal y sin discriminación. Las consecuencias de la vulneración de este derecho, en muchos casos, son gravísimas e irreversibles. El capítulo aborda los avances y las deudas en la materia e insta al Estado a adecuar su normativa y sus políticas a los estándares internacionales relacionados con la población migrante.

PALABRAS CLAVES: Migrantes, Decreto Ley 1094, Reforma migratoria, Derecho a la salud

INTRODUCCIÓN

Las personas salen de sus países por diversos motivos. Muchas de ellas lo hacen para mejorar su situación económica, para escapar de un conflicto armado, de la violencia basada en el género, de los desastres naturales o del cambio climático; por haber sido privados de su nacionalidad (o porque nunca la tuvieron como en el caso de las personas apátridas); o bien para huir de la pobreza estructural. Con frecuencia los migrantes se exponen a situaciones de extrema vulnerabilidad, convirtiéndose en uno de los grupos que sufre mayor discriminación y marginación en el mundo.

En función de los compromisos asumidos en sede internacional, de la evolución de los estándares de los derechos humanos y de su propia normativa interna, los Estados se encuentran obligados a brindar protección y a respetar y promover los derechos de las personas migrantes que se encuentran en sus territorios, incluyendo el derecho humano al goce del nivel más alto posible de salud, independientemente de sus situaciones migratorias.

De acuerdo a los tratados internacionales y a la interpretación que de ellos hacen los órganos que monitorean su cumplimiento, el derecho a la salud no se relaciona únicamente con la posibilidad de una persona enferma de acceder al sistema médico, sino que incluye, también, el acceso al agua potable y a servicios higiénicos, a una alimentación adecuada, a una vivienda digna, y a un ambiente laboral saludable, entre otras necesidades humanas.

El acceso a la salud debe ser garantizado a todas las personas, independientemente de su nacionalidad, su raza, su condición social, su pensamiento político, su sexo, su orientación sexual, su grupo étnico, su edad o su situación migratoria.

Sin embargo, el Decreto Ley 1.094 de 1975 que establece normas sobre extranjeros en Chile (y que en la actualidad continúa fijando el marco normativo para las migraciones en el país) no reconoce el dere-

cho a salud, ni siquiera hace referencia a él.² Tampoco reconoce otros derechos humanos como a la educación, a la vivienda, al acceso a la justicia, entre otros. En este sentido, ya se ha señalado en los *Informes 2014 y 2013*, la necesidad de adoptar en forma urgente una política migratoria, incluyendo un nuevo marco normativo que contenga un enfoque basado en los derechos humanos, que sea respetuoso de las obligaciones contraídas por el Estado y que proteja a las personas migrantes que se encuentren en el territorio chileno.

Si bien se han logrado importantes avances durante el primer año de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, es necesario que el Estado asuma en forma fehaciente y efectiva la necesidad de reformar su política migratoria y de modificar el marco normativo.

El presente capítulo tiene por objeto dar cuenta de los avances y desafíos que se presentan en relación con el ejercicio del derecho a la salud en nuestro país, tomando como base para el análisis los estándares fijados en el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Al finalizar la lectura del capítulo pretendemos dar luces acerca de las áreas críticas donde es necesario avanzar para garantizar este y otros derechos sociales a todas las personas migrantes que se encuentran en Chile. Esta es una deuda que debemos saldar para poder decir que, efectivamente, Chile es un país respetuoso de los derechos humanos de todas las personas que se encuentran en su territorio, o utilizar la frase de la presidenta Bachelet durante su primer mandato: “Chile, país de acogida”.³

1. EL DERECHO A LA SALUD DESDE LA MIRADA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la salud es un derecho humano, y como tal se encuentra reconocido y garantizado en una gran cantidad de instrumentos internacionales ratificados por Chile.⁴ Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) reconoce en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.⁵

2 Menciona una única vez la palabra “salud” para hacer referencia a un tipo de ingreso, dentro de la categoría de turistas (Art.44 DL 1094).

3 Instructivo Presidencial N° 9 / 2008 “Imparte instrucciones sobre “Política Nacional Migratoria”, Art. 6°.

4 Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25); PIDESC (artículo 12); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares (artículo 28); Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (artículo 5); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 y 12).

5 Asimismo, el artículo 12 establece una serie de medidas que deberán ser adoptadas por los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho y conseguir: a) la

Cuando el artículo habla del “nivel posible”, alude a la obligación que tiene el Estado de adoptar todas las medidas que permitan cumplir con el objetivo de que la persona pueda gozar del mejor nivel de salud dentro de sus características particulares y de la gravedad de la enfermedad o del cuadro clínico que presente.

La obligación del Estado no es “curar” a la persona, sino adoptar todas las medidas necesarias para que ello suceda. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.⁶

El derecho a la salud no comprende únicamente el derecho a estar sano y libre de afecciones y enfermedades, sino que se refiere a un estado de completo bienestar físico, mental y social. Por lo tanto, incluye el acceso al agua potable y a servicios higiénicos, a una alimentación adecuada, a una vivienda digna, y a un ambiente laboral saludable, entre otras necesidades. El derecho a la salud es considerado un factor esencial para poder ejercer otros derechos, y de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, OMS, es también “una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad”.⁷

En su Observación General N°14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud,⁸ el Comité DESC estableció el contenido mínimo que debe garantizarse a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. El alcance efectivo de estos componentes debe ser prioritario para el Estado. En el caso del derecho a la salud, el Comité DESC ha señalado que los Estados deben garantizar:

a) Disponibilidad: Un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos, centros de atención y programas de salud. Esos servicios deberán contar con las condiciones básicas para garantizar la salud: agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, infraestructura como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud y personal médico y profesional capacitado y bien remunerado de acuerdo a las condiciones económicas existentes en el país, así como los medicamentos definidos en el Programa de acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.⁹

reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

6 Comité DESC, *Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 2000, párr. 9.

7 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

8 Comité DESC, *Observación General 14*, op. cit.

9 Véase la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS, revisada en diciembre de

b) Accesibilidad: El acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna. Este componente presenta cuatro dimensiones:

b1- No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

b2- Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados. La accesibilidad también implica que los servicios médicos con los factores determinantes básicos de la salud –como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados– se encuentren a una distancia geográfica razonable, incluso en las zonas rurales. Además, comprende accesos adecuados en la infraestructura de salud para las personas con discapacidades.

b3- Accesibilidad económica: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención y relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, ya sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que los hogares más pobres no tengan una carga desproporcionada en gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

b4- Acceso a la información: Comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir informaciones e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Este acceso no debe menoscabar el derecho a que los datos personales relativos a la salud de las personas sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad: En todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberá existir respeto por la ética médica y también por la cultura de las personas, de las minorías, los pueblos y las comunidades. Asimismo existirá sensibilidad por los requisitos de género y el ciclo de vida, se respetará la confidencialidad y se tenderá por todos los medios a mejorar el estado de salud de las personas.

d) Calidad: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

1.1 El principio de no discriminación

El Comité DESC ha definido la discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o

indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto.¹⁰ La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.” La discriminación constituye un obstáculo al momento de ejercer los derechos económicos, sociales y culturales, en particular para determinados grupos y personas que enfrentan desigualdades históricas producto de patrones de discriminación muy arraigados en la sociedad, así como formas contemporáneas de discriminación.¹¹

La prohibición de la discriminación es uno de los pilares en que se basa el sistema de protección de los derechos humanos,¹² por tanto, es reconocida por la mayoría de los tratados que han sido ratificados por Chile en la materia.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el ejercicio de todos los derechos consagrados en él, a las personas sin ningún tipo de distinción. Dicho tratado hace referencia expresa a la prohibición de discriminar en función del país de origen, entre otros factores a considerar (art. 2.2). Por lo tanto, la nacionalidad de la persona es uno de los “motivos prohibidos” de discriminación que se consagran en los instrumentos internacionales. Incluso teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2º 3 del Pacto,¹³ el Comité DESC ha señalado que no se puede impedir el acceso a los derechos consagrados en dicho Pacto por razones de nacionalidad, es decir, son aplicables a todas las personas, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean.¹⁴ Se trata de una obligación de cumplimiento inmediato y de alcance general.¹⁵

En el año 2012, con ocasión de ser revisada la situación de España en relación con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité DESC ha señalado que de acuerdo a la interpretación del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12 del Pac-

10 En el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, figuran definiciones similares. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su Observación General Nº 18 (párrs. 6 y 7) y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.

11 Comité DESC, *Observación general 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009. Párr. 1.

12 Corte IDH, *Opinión Consultiva 18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 de septiembre de 2003, párr. 101 y 173.

13 “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

14 Comité DESC, *Observación general. 20. Op.cit.*, Párr. 30.

15 *Ibid.*, párr. 7; Comité DESC, *Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, párr. 30.

to) y en base al principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, no se podría limitar el acceso a los servicios de salud, de las personas que residen en el Estado parte, cualquiera sea su situación legal.¹⁶

Tanto el Comité DESC como el sistema interamericano de protección de los derechos, han señalado que cualquier diferencia en el trato o restricción de derechos, debe perseguir un fin legítimo y debe ser compatible con los demás derechos humanos. El fin que se persigue debe ser únicamente la promoción del bienestar general de una sociedad democrática. A su vez, debe haber una proporcionalidad clara entre el fin buscado y sus efectos. Por último, el Comité DESC señala que la falta de recursos no puede justificar el trato discriminatorio.¹⁷

A pesar de esta clara interpretación normativa, en la práctica muchos Estados limitan el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas migrantes, en especial de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular. Las personas migrantes siguen enfrentando situaciones de discriminación graves, que en algunos casos les terminan costando la vida.

1.2 Protección especial de los niños, niñas y adolescentes

Tal como se desprende de los párrafos anteriores, la comunidad internacional ha avanzado en la elaboración de estándares legales que protejan especialmente a determinados grupos de las vulneraciones a las que se ven expuestos, incluyendo dentro de estas categorías a las personas migrantes. En este universo de personas, los que están en situación migratoria irregular son propensos a sufrir mayores abusos y hostilidades de parte de sus empleadores, de la comunidad, de los funcionarios públicos y de las fuerzas policiales.

La condición migratoria de sus padres tiene un impacto en el goce y el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), quienes al igual que sus progenitores, se ven expuestos a situaciones de violencia y abusos, y consecuentemente se desarrollan en un contexto de vulnerabilidad.

El Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado que las obligaciones que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño se deben aplicar a todos los NNA sujetos a su jurisdicción, independientemente de su situación jurídica, nacionalidad o cualquier otra circunstancia. Asimismo, el Comité ha instado a los Estados partes a que garanticen el acceso a servicios adecuados y efectivos, “en particular programas de atención de la salud, cuidado y educación especialmente

16 Comité DESC, *Observación final, España, 48° periodo de sesiones*, párr. 19.

17 Comité DESC, *Observación General*, op. cit. N° 20, párr. 13; Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005; y Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003.

diseñados para promover su bienestar. Deberá prestarse especial atención a los grupos más vulnerables de niños pequeños y a quienes corren riesgo de discriminación (art. 2). Ello incluye a las niñas, los niños (...) de familias migrantes (...)",¹⁸ entre otros.

En lo que respecta al derecho a la salud, el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño señala que todos los Estados "reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud".¹⁹ De acuerdo a la Convención, este derecho debe ser aplicado en forma plena y, en particular, los Estados deberán adoptar medidas especiales para a) reducir la mortalidad infantil, b) asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud a través de medidas como la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos sobre la salud y la nutrición de los infantes, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes; que tengan acceso a la educación en esas temáticas y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; y f) desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.²⁰ Este derecho debe ser garantizado en igual medida para todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, independientemente de su situación jurídica.

2. EL ACCESO A SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN CHILE

A partir de la adherencia a los lineamientos internacionales con la firma y ratificación de una serie de tratados de derechos humanos, Chile ha realizado importantes avances relacionados con el acceso y equidad en materia de salud. Estas acciones han estado principalmente destinadas a la protección de grupos que podrían estar mayormente expuestos a situaciones de vulnerabilidad, como mujeres embarazadas, NNA y a las personas que se encuentran en situaciones de urgencia y necesitan

18 Comité sobre Derechos del Niño, *Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2006, párr. 24.

19 Convención sobre Derechos del Niño, artículo 24.

20 *Ibid.*, artículo 24, párr. 2.

poder acceder a una atención en salud. A continuación analizaremos los avances logrados y los desafíos que aún se encuentran pendientes.

2.1 Situación previa a enero de 2015: acuerdos sectoriales

Desde la década del 2000 en adelante se evidenciaron los primeros intentos por parte de los sucesivos gobiernos para abordar la situación de la población migrante en relación con el derecho a la salud.

En enero y en mayo de 2003 se dictaron los oficios N° 1179 y 6232, en donde se plasmaron acuerdos entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud a través de los cuales se facilitaba el acceso a la salud de las mujeres embarazadas y los NNA. A estos acuerdos se sumó, en el año 2007, como medida administrativa de mayor incidencia a nivel nacional, un convenio de colaboración entre ambas carteras.²¹

Dicho convenio de colaboración se refería exclusivamente a casos de NNA y clarificaba de mejor forma los procedimientos a seguir para el acceso a la salud de estos colectivos. Estableció adicionalmente la posibilidad de acceder a un permiso de residencia a los NNA que se encontraran inscritos en los centros de salud primaria. Con respecto a las mujeres embarazadas, facilitaba su acceso a la salud y la posibilidad de solicitar visa temporaria especial por situación de embarazo ante el Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, DEM), reforzando lo señalado por los oficios mencionados anteriormente.²²

Este acuerdo entre ambos ministerios establece la posibilidad de que un NNA que no se encuentre inscrito en algún establecimiento educacional, pero que sí esté inscrito en el consultorio correspondiente a su domicilio, pueda optar a un permiso de residencia temporario ante el DEM.²³

Es necesario señalar que los NNA que se encuentran en situación migratoria irregular y estén inscritos con matrícula provisoria en algún establecimiento educacional pueden optar, por ese solo hecho, a un permiso de residencia en calidad de estudiantes por un periodo de un año, renovable hasta poder optar a su permanencia definitiva en Chile. Sin embargo, desde la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, se han detectado algunos casos en donde se ha negado el otorgamiento de estas visas en función de la situación migratoria de los padres. Esto ha sido ampliamente discutido en el sis-

21 Convenio de Colaboración suscrito con fecha 10 de octubre de 2007 entre el ex Subsecretario Felipe Harboe y el Subsecretario de Redes Asistenciales Ricardo Fábrega en representación del Ministerio de Salud. El convenio fue aprobado por Decreto Exento N° 512, 30 de noviembre de 2007, dictado por la ex ministra de Salud María Soledad Barría.

22 La Observación General N° 26 sobre trabajadoras migratorias del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señala que "la discriminación puede ser particularmente aguda en relación con el embarazo", 5 de diciembre de 2008, párr. 18.

23 Numeral Segundo del Convenio entre el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ministerio de Salud, 10 de octubre de 2007.

tema internacional de derechos humanos y en los tribunales superiores de justicia del país,²⁴ los que se han pronunciado de manera categórica al señalar que la situación migratoria de los padres no puede nunca afectar perjudicialmente la de los NNA.

Los NNA que no se encuentren inscritos en algún establecimiento educacional pero que sí lo estén en el consultorio correspondiente a su domicilio, también pueden acceder a un permiso de residencia temporaria, de un año de vigencia, para luego optar a una permanencia definitiva, previo cumplimiento de los requisitos. Sin embargo, de acuerdo a la información recopilada para la redacción de este capítulo, se desprende que este procedimiento que busca entregar un permiso de residencia a los NNA como un trámite alternativo a la visa de estudiante, no ha sido utilizado por la comunidad migrante.

En el año 2008, se creó un Grupo de Trabajo asesor del Ministerio de Salud,²⁵ con el objetivo de dar respuesta a la necesidad de elaborar políticas y acciones específicas para las personas migrantes y refugiadas que se encuentren residiendo en el país. Este Grupo de Trabajo, junto a la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) presentó dos informes al Ministerio de Salud, en los años 2008 y 2009,²⁶ que aportaron antecedentes para el diseño y la elaboración de las políticas actuales en materia de acceso a salud de personas migrantes. Al mismo tiempo evidenciaron la situación de marginación en la que se encuentran las personas en situación migratoria irregular.

Estos acuerdos sectoriales representan un avance importante para el ejercicio del derecho a la salud. Sin embargo, al no estar plasmado en una ley el derecho se hace difuso y se carece de fuentes normativas a través de las cuales exigir su cumplimiento. Por este motivo su aplicación es muchas veces desigual y en ocasiones arbitraria. El derecho a la salud, tal como ha sido definido e interpretado por los órganos internacionales, debe quedar reflejado claramente en una nueva Ley de Migraciones.

2.2 Migrantes en situación migratoria irregular

Las personas que no cuentan con residencia legal para permanecer en un país, ya sea porque se les venció el permiso de residencia o porque ingresaron a ese territorio en forma irregular, se encuentran expuestas a mayores riesgos, y son propensas a sufrir vulneraciones a sus derechos humanos. Es común encontrar migrantes en situación irregular que

24 Informe 2014, p. 349.

25 Resolución Exenta 542 del Ministerio de Salud, 1 de septiembre de 2008.

26 El grupo de trabajo presentó dos informes en sus primeros años de trabajo: Diagnóstico y factibilidad global para la implementación de políticas locales de salud para inmigrantes de la zona norte de la región Metropolitana en el año 2008 y Diagnóstico y factibilidad global para la implementación de políticas locales de salud mental para inmigrantes en la zona norte de la Región Metropolitana en 2009.

son víctimas de explotación laboral, abusos sexuales, golpes, y violación de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Como vimos en los párrafos precedentes, conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, un Estado no podría limitar el acceso a salud en función de la nacionalidad (o de cualquier otro motivo prohibido) a las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción.

En junio del año 2008 el Ministerio de Salud, mediante el Ordinario A-14 N° 3229, distribuyó el convenio de colaboración para el acceso a salud de los NNA y las mujeres embarazadas a los centros de salud, a lo largo y ancho del país. El documento señalaba que quienes se encontraran en situación migratoria irregular solo podrían acceder a la atención de urgencia y en los casos que no fueran de urgencia tendrían que apelar a la prestación en salud particular, sin considerar en el convenio la vulnerabilidad económica de la mayoría de los migrantes en Chile, ni el gran número de personas que se encontraban en esa época en situación migratoria irregular y necesitaban recibir atención y tratamientos prolongados para sus enfermedades.²⁷

Cuando un Estado desarrolla políticas que impiden el acceso de las personas migrantes en situación irregular a los servicios sociales, incluidos los servicios de salud, se suele partir del supuesto que al resto de los contribuyentes les resultará extremadamente oneroso hacerse cargo del gasto que implica costear las necesidades sanitarias de la población en situación migratoria irregular. A su vez, existe la idea errónea de que excluir a la población que se encuentra en situación migratoria irregular del acceso a la salud, acabará con la práctica del ingreso clandestino al territorio nacional, ya que será un factor que desalentará a quienes lo deseen hacer.²⁸ Como resultado de la presente investigación no fue posible encontrar ningún estudio que demuestre que ambos argumentos tengan un sustento empírico.

Existen casos, registrados por la Clínica de Migrantes UDP, en que se les ha negado el acceso a los servicios de salud a los migrantes en situación irregular por no contar con su cédula de identidad vigente o un RUT válido. Esto ha ocasionado daños irreparables en la salud de hombres, mujeres, niños y niñas.

Tal como fuera señalado anteriormente, el Decreto Ley 1.094 que rige la temática migratoria en el país, no se hace cargo de las obligaciones estatales asumidas por la adhesión a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. No existen en dicha norma referencias al derecho a la salud ni a otros derechos sociales. El DL 1.094 tam-

27 Oficio Ordinario A-14 N° 3229 del Ministerio del Interior, 11 de junio de 2008.

28 Organización Internacional para las Migraciones (OIM); Organización Mundial de la Salud (OMS); Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Migración Internacional, salud y derechos humanos*, 2006, p. 44.

co promueve la regularización migratoria, sino que por el contrario, genera sanciones en muchos casos desproporcionadas y fomenta largos periodos de irregularidad. Una normativa acorde con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, debiese incorporar un enfoque de derechos, y por tal motivo reconocer expresamente el derecho a la salud de todas las personas extranjeras que se encuentren en el territorio nacional. Por otra parte, en determinados casos (como por ejemplo, cuando la persona que ha cometido una infracción migratoria tenga familiares en el país o un contrato laboral estable) debe promover la regularización migratoria en primera instancia, en vez de la expulsión inmediata.²⁹

2.3 Situación a partir de enero 2015: Programa de Acceso a Salud de las Personas Migrantes en Chile

La aprobación en enero de 2015, del Programa de Acceso a la Atención de Salud a Personas Inmigrantes de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, es un avance significativo en materia de acceso a la salud para la población migrante. En ese programa se señala que una persona en situación migratoria irregular debe ser atendida sin trabas ni requisitos adicionales, pero su implementación aún no se encuentra cien por ciento operativa.

El objetivo del Programa, como se describe en el documento, es contribuir a la formulación de una respuesta articulada y específica para la población migrante—con énfasis en la que está en situación irregular—, que permita garantizar la equidad en el acceso y atención integral en salud de ese grupo de personas.

En junio de 2015³⁰ se dictó una circular en el marco de este Programa, donde se establece que se facilitarán todas las prestaciones de salud pública, independientemente de la situación migratoria a: las embarazadas durante el pre y post parto hasta los 12 meses del niño nacido; a los NNA hasta los 18 años, a casos de urgencia donde solo se cobrará cuando el paciente declare poder pagar por las prestaciones recibidas; y en casos como la anticoncepción de emergencia, las vacunas, las enfermedades de transmisión sexual y cuando sea necesaria la educación

29 El artículo 52 de la ley de migraciones de Uruguay establece que: “La Dirección Nacional de Migración, en los casos previstos en los literales A), B) y C) del artículo 51 de la presente ley, atendiendo a las circunstancias del caso—parentesco con nacional, condiciones personales y sociales del migrante— deberá intimarlo previamente a regularizar su situación en el país, en un plazo perentorio, bajo apercibimiento de resolverse su expulsión.” Por su parte el inciso 3° de la ley de migraciones Argentina señala: “Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.”

30 Circular A-15 N° 06 del Ministerio de Salud, 09 de junio de 2015.

sanitaria. Además se establecerá una presunción de carencia de recursos para los grupos de personas que se mencionan.

El Programa busca responder a una realidad compleja. De la encuesta CASEN 2011, se desprende que el 14% de las personas nacidas en el extranjero que residen en Chile no pertenece a ningún sistema previsional de salud, en cambio los chilenos en esta situación solo alcanzan un 2%.³¹ Adicionalmente, en 2014, mientras el total de extranjeros en situación migratoria regular en Chile alcanzaba las 441.592 personas,³² solo 68.326 migrantes se encontraban inscritos en el Fondo Nacional de Salud (en adelante, FONASA). Estos datos reflejan que aun cuando las personas tengan su situación migratoria regularizada, existe un alto porcentaje de no inscritos en FONASA ni tampoco en los centros de Atención Primaria,³³ lo que demuestra la precariedad de una situación de la cual el Estado no puede desentenderse, no solo en consideración al aumento sostenido de personas migrantes en el país y el debido respeto por sus derechos fundamentales, sino también para identificar y enfrentar los factores que influyen en la limitación al acceso de este derecho básico.³⁴

El Programa en su esfera práctica se construye con tres componentes principales: el primero de ellos dice relación con la difusión de deberes y derechos en salud de la población migrante y su participación social. En segundo lugar busca el acceso y calidad de la atención en salud para ese grupo humano y la capacitación a funcionarios para reforzar habilidades interculturales en el marco de los derechos de salud de las personas migrantes. En tercer lugar el Programa busca establecer, aplicar y evaluar protocolos y modelos de atención adecuados a la condición migratoria, orientados a mejorar el acceso, calidad y efectividad de las acciones sanitarias.³⁵

De información recopilada en el Ministerio de Salud se desprende que el Grupo de Trabajo creado el año 2008 para diseñar los lineamientos de los programas para personas migrantes, continúa reuniéndose y que actualmente se encuentra preparando capacitaciones a funcionarios de los servicios de salud y de atención primaria para la correcta implementación de este programa.³⁶ Para cumplir con lo anterior serán los distintos servicios de salud del territorio nacional los que se deban coordinar con

31 Encuesta CASEN, *Análisis exploratorio de la población inmigrante extranjera en la Región Metropolitana de Santiago*, 2006-2011, p. 11.

32 Departamento de Extranjería y Migración, datos obtenidos para la realización del capítulo sobre derechos de los migrantes y refugiados, *Informe 2014*.

33 Solicitud de acceso a la información N° AQ004C-0000185, respondida el 19 de mayo de 2015.

34 El 27 de noviembre de 2014 la Directora de FONASA, Jeanette Vega y el Subsecretario del Interior, Mahmud Aleuy firmaron un convenio que permite a las personas migrantes acceder desde el primer día a la atención de la Red Pública de Salud, mientras su permiso de residencia se encuentre en trámite. Anteriormente, los extranjeros debían esperar a la tramitación completa de su visa, la que muchas veces alcanza los 4 o 5 meses de espera.

35 Resolución Exenta N° 1266 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, 12 de diciembre de 2014, p. 7.

36 Entrevista del 1 de julio de 2015. Entrevistado/da ha solicitado anonimato.

los municipios para la entrega de recursos y la materialización concreta de los objetivos antes descritos. Para la presente investigación se consultó por Ley de Transparencia a los servicios de salud y a los municipios –de la Región Metropolitana y de aquellas donde existe mayor número de personas migrantes residentes– sobre el estado de implementación de este instrumento. Los resultados fueron los siguientes:

Tabla N°1

SERVICIO DE SALUD	ESTADO DE IMPLEMENTACIÓN PROGRAMA DE ACCESO A SALUD DE PERSONAS MIGRANTES
Servicio de Salud Antofagasta ³⁹	Etapa diagnóstico y capacitación a funcionarios de los centros de salud.
Servicio de Salud Coquimbo ⁴⁰	No se está implementando.
Servicio de Salud Atacama ⁴¹	Etapa de implementación en los consultorios de la Región. Particularmente en lo referente a información de derechos y deberes y capacitación a funcionarios.
Servicio de Salud Iquique ⁴²	Etapa de diagnóstico. Actualmente se trabaja en el diseño de protocolos de atención y material sobre difusión de derechos y deberes.
Servicio de Salud Metropolitano Norte ⁴³	Etapa diagnóstico, desarrollo de talleres y cabildos con migrantes para la detección de principales problemáticas.
Servicio de Salud Arica ⁴⁴	Etapa diagnóstico. Desarrollo de diagnósticos participativos para implementar el plan con los resultados de los mismos. Capacitación a funcionarios del Hospital Regional de Arica Dr. Juan Noé Crevani.
Servicio de Salud San Antonio – Valparaíso ⁴⁵	Etapa de implementación en diversos consultorios de la V Región.

37 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015 a través del correo consultasalud.antof@redsalud.gov.cl, respondida con fecha 18 de junio de 2015.

38 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015, N° AO020W0000019, respondida con fecha 5 de junio de 2015.

39 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015, N° AO019W0000006. Respondida con fecha 11 de mayo de 2015.

40 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015, N° AO017W-0000094. Respondida el 3 de junio de 2015.

41 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015, N° AO008W0000006. Respondida el 11 de mayo de 2015.

42 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015, N° AO016W0000070. Respondida el 27 de mayo de 2015.

43 Solicitud de información de fecha 5 de mayo de 2015. N° Folio 20108. Respondida el 19 de mayo de 2015.

Tabla N°2

COMUNAS REGIÓN METROPOLITANA	ESTADO DE IMPLEMENTACIÓN PROGRAMA DE ACCESO A SALUD DE PERSONAS MIGRANTES
Municipalidad de Recoleta ⁴⁶	Conformación de mesa técnica para diagnosticar la situación: DIDECO, CESFAM, Oficina de Migrantes de la Municipalidad y Representantes de organizaciones de migrantes.
Municipalidad de Santiago ⁴⁷	Etapas de diagnóstico y realización de talleres de capacitación a funcionarios y coordinación con organizaciones de migrantes de la comuna.
Municipalidad de Independencia ⁴⁸	Etapas iniciales. Recopilando antecedentes, evaluando la contratación de personas que apoyen el programa. Se orientará para dar capacitación a población migrante y funcionarios de los centros de salud.
Municipalidad de Quilicura ⁴⁹	Etapas de diagnóstico de salud pública y migrantes. Se contrataron enfermeras de nacionalidad haitiana para oficiar de facilitadoras de la comunicación en los CESFAM de la comuna. Adicionalmente se trabaja en la traducción de instrumentos informativos.
Municipalidad de Estación Central ⁵⁰	Respuesta insuficiente. No deja claro estado de implementación del Programa.

Se desprende de las respuestas que tanto en los servicios de salud como en los municipios, el Programa está en una etapa piloto, de investigación y diagnóstico de la situación. Este escenario hace imposible verificar para el presente informe la efectividad de las medidas que se han tomado para garantizar el acceso a salud de personas migrantes, con especial énfasis en la migración no regulada.

3. DESAFÍOS PENDIENTES EN MATERIA DE ACCESO A LA SALUD Y MIGRACIÓN

Más allá de las medidas administrativas que puedan tomarse y el estado de implementación del Programa de Acceso a la Salud de Personas Migrantes, existen problemas esenciales que fueron anticipados y se relacionan principalmente con la falta de un marco normativo adecuado que garantice el ejercicio y goce de los derechos sociales para las personas migrantes.

44 Solicitud de acceso a la información realizada con fecha 5 de mayo de 2015 N° MU263T0000644. Respondida con fecha 4 de junio de 2015.

45 Solicitud de acceso a la información realizada con fecha 5 de mayo de 2015, N° MU308T0001375. Respondida con fecha 3 de junio de 2015.

46 Solicitud de acceso a la información realizada con fecha 5 de mayo de 2015, N° MU111T0000366. Respondida con fecha 23 de junio de 2015.

47 Solicitud de acceso a la información realizada con fecha 5 de mayo de 2015, N° MU250T0000506. Respondida con fecha 13 de mayo de 2015.

48 Solicitud de acceso a la información realizada con fecha 5 de mayo de 2015, N° MU089T0000182. Respondida con fecha 18 de junio de 2015. Proceso de amparo por denegación de información pendiente.

Tal como se señaló en el primer apartado de este capítulo, el derecho a la salud no es solo el derecho a estar sano, ni se relaciona únicamente con la cura de las enfermedades: el derecho a la salud abarca una serie de componentes, contenido mínimo y estándares que deben ser alcanzados por el Programa.

Si bien el Programa de Acceso a Salud de las Personas Migrantes en Chile representa un gran avance, su implementación continúa dejando grandes desafíos por abordar, los que a continuación se señalan:

3.1 La falta de información en el acceso a la salud y la negligencia de los profesionales de la salud

De acuerdo a la interpretación del Comité DESC, el acceso a la información es parte del contenido mínimo del derecho a la salud, y comprende “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”.⁴⁹ La falta de información relacionada con la salud genera situaciones de discriminación, abuso de poder y arbitrariedades.

Es lo que le sucedió, por ejemplo, a una mujer de nacionalidad boliviana que estuvo retenida en el Hospital Regional de Arica por 5 días luego de haberse sometido a una atención de parto. La administración del establecimiento no dejó salir del Hospital Regional a esta madre y su hijo pues, según el criterio institucional, adeudaba el pago del servicio. Le fue retenido su documento de identidad boliviano y al mismo tiempo no le fue entregado el certificado de parto, por lo que su hijo no pudo ser inscrito en el Registro Civil. Luego de unos días y luego de la intervención de varias autoridades y representantes de las organizaciones de migrantes se consiguió la libertad de esa mujer boliviana.⁵⁰

Otra situación de mayor gravedad se dio, también, en la Urgencia del Hospital Regional de Arica. Un niño recién nacido que presentaba hace varios días un cuadro diarreico, fue derivado por un paramédico desde la Posta Rural de Sobraya, ubicada en el Valle de Azapa, al Hospital Regional Juan Noé, por la gravedad del cuadro que le fue diagnosticado. En la urgencia de este último establecimiento condicionaron su atención al pago de 30 mil pesos. Como sus padres no contaban con el dinero, regresaron a la Posta Rural de Sobraya donde se investiga si se le habría vuelto a atender. Pocas horas después y con un cuadro que no fue posible tratar, señala la investigación, el lactante llegó sin signos vitales a la Posta Rural de San Miguel en Azapa, donde se informó de su fallecimiento a Carabineros.⁵¹

49 Comité DESC, *Observación Gral. N°14*, op. cit., párr. 12 b) iv.

50 El Morrocotudo.cl: “Hospital de Arica retuvo por 5 días mujer que no pudo pagar su parto”, 17 de septiembre de 2014.

51 Radio Cooperativa: “Guagua boliviana murió luego de que le negaran atención en hospital de Arica”, 9 de octubre de 2014.

En ninguno de estos casos se consideraron las directrices del Ministerio de Salud (Oficio Ordinario A-14 N°3229, de junio de 2008) que señalan que las personas que se encuentran en situación migratoria irregular tienen derecho a la atención de urgencia, siendo el parto un tipo de atención de urgencia y por supuesto, las enfermedades graves de NNA.⁵²

Con la finalidad de que los centros de salud tengan en cuenta las necesidades de la población migrante y de fomentar la aceptabilidad del contenido mínimo del derecho a la salud, es fundamental que el personal directivo de los centros de salud, así como también el personal clínico y administrativo sean capaces de comprender los derechos y las necesidades sanitarias y sociales de este grupo de población, evitando de esta forma vulneraciones a las obligaciones del Estado.

Ocurrió también en Arica con una mujer de nacionalidad dominicana que, en el Hospital Regional de esa ciudad, denunció malos tratos y discriminación de parte de un funcionario de la sala de urgencias. La mujer señaló a medios locales, que le bajaron en todo momento el perfil al fuerte dolor de estómago que estaba sufriendo, y que a pesar de los gritos de dolor, esperó más de cuatro horas para ser atendida y que un funcionario del hospital la discriminó, refiriéndose a su condición como “un show” y agregando que ese tipo de actuaciones “era muy común en los extranjeros.” La denuncia fue dirigida particularmente hacia el enfermero que la discriminó para no involucrar a todos los funcionarios del establecimiento.⁵³

Los casos descritos reflejan las brechas en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derecho a la salud. Por un lado, resulta evidente que no se entrega información adecuada en los hospitales acerca de los derechos de las personas migrantes a recibir atención en salud, y por otra parte existe negligencia por parte de los funcionarios a cargo, quienes desconocen o no aplican la normativa vigente.

3.2 La situación de los hijos de extranjeros transeúntes

De acuerdo a información solicitada por la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, en octubre de 2014 había un total de 2.843 personas⁵⁴ inscritas como hijos de extranjeros transeúntes. Muchas de estas personas, a la fecha, podrían encontrarse en una situación de riesgo de apatridia.

Si bien la Constitución Política de la República consagra como regla general para la adquisición de la nacionalidad el principio de *ius soli*

52 Numeral 4.2 del Oficio Ordinario A-14 N° 3229 del Ministerio de Salud.

53 AricaAIDía.cl: “Mujer dominicana denuncia malos tratos y discriminación en sala de urgencias de hospital local”, 14 de mayo de 2014.

54 Solicitud de acceso a la información realizada al Registro Civil, octubre de 2014, AK002W0004336.

(Art. 10 N°1),⁵⁵ establece como excepción para obtenerla ser hijos de extranjeros transeúntes o de personas que se encuentren al servicio del gobierno de sus países en territorio nacional.

Hasta el segundo semestre del año 2014, la administración pública interpretó que la categoría de “extranjero transeúnte” sería equiparable a la condición migratoria irregular, y por lo tanto, todos aquellos niños cuyos padres no contarán con una residencia autorizada al momento de su nacimiento fueron inscritos como hijos de extranjeros transeúntes.

A partir del año 2013, la Clínica de Migrantes y Refugiados ha presentado varios reclamos de nacionalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Todos ellos fueron resueltos favorablemente por el máximo tribunal, que ha definido el derecho a la nacionalidad como “derecho esencial a la persona humana, un atributo de la personalidad, que no puede ser desconocido sin causa justificada...”. Los fallos hacen referencia a los tratados internacionales ratificados por Chile que reconocen el derecho a una nacionalidad, como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁶

En el año 2014, la administración Bachelet decidió modificar nuevamente el criterio para el otorgamiento de la nacionalidad, haciendo propios los fundamentos utilizados por la Corte Suprema en los casos señalados en el párrafo anterior. Con este nuevo criterio, todas las personas nacidas en Chile, con la excepción de los hijos de turistas y tripulantes podrán acceder a la nacionalidad chilena.⁵⁷

Pero el cambio de criterio administrativo no trajo aparejado un programa de difusión sobre el derecho a adquirir la nacionalidad chilena por parte del gobierno. Por lo tanto aún hay miles de niños que no cuentan con nacionalidad, y consiguientemente se encuentran en riesgo de apatridia.

Las consecuencias de no contar con una nacionalidad son muy graves para una persona. Un ejemplo de ello es lo que ocurrió con un niño en la localidad de Pozo Almonte, Región de Tarapacá, que nació con un diagnóstico de estrabismo congénito en su ojo izquierdo. Cuando lo fueron a inscribir al Registro Civil no le fue reconocida la nacionalidad chilena, y, por lo tanto, el niño fue inscrito como hijo de extranjero transeúnte. Por esta razón, no pudo someterse a un tratamiento

55 Artículo 10. “Son chilenos: 1°. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena.”

56 Corte Suprema, *Loyola Pérez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Policía de Investigaciones*, 9 de enero de 2013, considerando 6; Corte Suprema, *Díaz Ramírez contra Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, 4 de febrero de 2013, considerando 2; Corte Suprema, *Schenell contra Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública*, 23 de enero de 2013.

57 Resolución Exenta N° 3207 del Registro Civil e Identificación, 8 de agosto de 2014.

médico, y consecuentemente, 6 años después, esta patología terminó por privarlo de la vista de su ojo izquierdo. En casos como el descrito se transgrede, de manera flagrante, el principio de no discriminación y el derecho a la salud, que se torna particularmente relevante cuando se trata de los derechos de un niño. Determinadas situaciones que para un adulto pueden ser resueltas por aplicación irrestricta de la norma migratoria, en el caso de los NNA hacen necesario poner un particular cuidado y buscar en todo momento el máximo bienestar de ese sujeto especial de protección.⁵⁸

3.3 Adecuación cultural de los servicios de salud

Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán regirse en sus procedimientos, entre otros factores, por la ética médica y ser culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, de las minorías, los pueblos y las comunidades, y, asimismo, ser sensibles a los requisitos de género y el ciclo de vida, respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas que accedan a esos lugares.⁵⁹

Existen en la práctica barreras culturales y lingüísticas que afectan de forma negativa el acceso a la salud, a los servicios de prevención, a la comprensión de los tratamientos e indicaciones y al seguimiento de las patologías. De acuerdo a información presentada en el *Informe 2014*, ha existido un aumento de personas migrantes de Haití y de algunos países de África y Asia, principalmente por motivos de seguridad o catástrofes medioambientales en sus lugares de nacimiento, lo que ha puesto a prueba las capacidades lingüísticas de los centros de salud a lo largo del país al tener que relacionarse con personas que hablan múltiples idiomas, diferentes al español. Por este motivo, es importante generar espacios de comunicación fluida entre el personal de salud y el paciente, si es necesario utilizando intérpretes profesionales, con el fin de lograr un entendimiento oportuno a la hora de obtener el consentimiento de la persona para someterse a algún tratamiento u operación, y buscando siempre resguardar la confidencialidad y la protección de la información relativa a su estado de salud.

Si bien para el presente artículo no se recopilaron casos en los que el derecho a la salud se haya visto mermado por las barreras lingüísticas, es importante destacar favorablemente la decisión de la Municipalidad de Quilicura, donde se encuentran en etapa de contratación de personal haitiano para facilitar la comunicación en los establecimientos de salud.⁶⁰

58 Domingo Lovera, *Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: Necesidad de un sistema de garantías reforzadas* (UNICEF), Santiago, 2015, pp. 30.

59 Comité DESC, *Observación General 14*, Op. Cit. párr. 12, c).

60 Solicitud de acceso a la información realizada con fecha 5 de mayo de 2015, N° MU250T0000506. Respondida con fecha 13 de mayo de 2015.

Existe otro ejemplo que grafica una buena práctica en materia de interculturalidad a la hora de tratar con personas migrantes. El Consultorio N° 5 de la comuna de Estación Central se encuentra implementando un sistema novedoso y auto sustentado por parte del personal administrativo y profesional de dicho establecimiento. Se trata de un lugar donde se atiende a personas que en muchas oportunidades no manejan el idioma, principalmente de nacionalidades china y haitiana. Al existir complicaciones para la comunicación fluida se ha desarrollado un sistema online a través del cual los funcionarios que se encuentran atendiendo a la persona pueden acceder por medio de una página de internet a un “facilitador” que traduce y oficia de intermediario entre el profesional y el paciente, resguardando la confidencialidad respectiva.⁶¹

Otro mecanismo utilizado en el mismo Consultorio dice relación con la creación de un RUT ficticio, lo que permite inscribir a las personas en el sistema y posteriormente, hacerles un seguimiento a los casos que se encuentran registrados en el establecimiento de salud con su ficha médica al día.⁶²

A medida que las sociedades receptoras experimentan un aumento de migrantes en sus comunidades, se van haciendo cada vez más multiculturales en algunos sectores, lo que claramente afecta a los servicios de salud y las capacidades que tienen los centros para atender a todas las personas. Ante esta realidad existe el deber correlativo del Estado de hacer frente a esta situación, creando las condiciones para que los migrantes puedan acceder a estos servicios sin exclusiones de ningún tipo. Al mismo tiempo, el Estado debe fomentar para todas las personas que conviven en un país, una salud de calidad, teniendo en todo momento consideración con las particularidades culturales y las necesidades de los migrantes.

3.4 Atención en salud mental para las personas migrantes

La OMS, en lo que respecta a la salud mental, ha señalado que esta resulta fundamental para el bienestar general de las personas, las familias, las sociedades y las comunidades y que, al mismo tiempo, posee un estatus igual de importante que la salud física. Según la OMS existiría una interrelación evidente entre la salud física y mental debido a que esta última estaría condicionada por una serie de factores biológicos, psicológicos y sociales.⁶³

Diversos estudios acerca de las personas migrantes señalan que la migración conlleva importantes efectos en la salud mental.⁶⁴ Salir del

61 *La Tercera*: “Las recetas de los consultorios de inmigrantes”, 11 de octubre de 2014.

62 *Ibid.*

63 Organización Mundial de la Salud (OMS), *Informe sobre la salud en el mundo*, 2001, p. 4.

64 Claudia Bang, “Estrategias comunitarias en promoción de salud mental: Construyendo una

país de nacionalidad o residencia implica al menos una reorganización a nivel familiar, económico, social y cultural. En muchas ocasiones, las personas migrantes a su vez se ven expuestas a distintas vulneraciones –como violencia sexual y/o basada en género, discriminación, pobreza, conflictos en la integración, falta de acceso a redes de protección, entre otras– que afectan su estado de salud general y, particularmente, su estado de salud mental.

En la actualidad, prácticamente no existen programas de atención en salud mental para personas migrantes capaces de abordar la especificidad de este grupo poblacional. La actual Estrategia Nacional de Salud (2011-2020) no menciona entre sus metas o estrategias programas en salud mental dirigidos particularmente a algún grupo vulnerable.⁶⁵ En este contexto, la gran mayoría de la población migrante se encuentra fuera de los programas de asistencia en salud mental, por lo que se hace necesaria, en consideración a la incidencia que tiene la migración en el equilibrio psicológico de quien la vive, incluir este tipo de atenciones en las prestaciones de salud independientemente de la situación migratoria de la persona. El respeto por las obligaciones internacionales implica tener, también, especial cuidado con las diferencias culturales y lingüísticas que existen entre el país de origen y la comunidad de acogida.⁶⁶

3.5 Falta de una política pública en materia de migración y un marco normativo acorde con los estándares internacionales

Tal como fuera señalado en el capítulo sobre el derecho de los migrantes y refugiados del *Informe 2014*, “la realidad migratoria en Chile se encuentra en un punto de no retorno. El auge económico que vive el país y sus altos estándares en materia de seguridad lo posicionan como un foco atractivo para llevar a cabo un proyecto migratorio.”

Todos los actores involucrados en esta temática están de acuerdo en que es necesario adoptar una política adecuada a la realidad migratoria del país, en línea con las medidas adoptadas por otros países de la región y respetuosa de los estándares internacionales.

Desde el segundo semestre del año 2014, el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet ha realizado encuentros con organizaciones de migrantes, organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas y municipalidades, con el fin de recabar información sobre el

trama conceptual para el abordaje de problemáticas psicosociales complejas”, *Revista Scielo*, mayo 2014; Stella Maris Orzuza, “Políticas en Salud Mental e Interculturalidad en la Argentina”, *Revista Latinoamericana de Ciencia Psicológica*, 2014.

65 *Informe 2013*, p. 208.

66 Margarita Becerra y Laura Altimir, “El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes y refugiados, contextos y especificidad en salud mental”, en Ariel Riva y Delfina Lawson y otros, editores, *Los Derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y Desafíos*, Santiago, ACNUR, OIM y UNICEF, 2012, p.13.

contenido que debiese tener un Proyecto de Ley sobre Migraciones. Pese a haber sido anunciada la presentación de un nuevo proyecto de ley al Congreso (o indicaciones sustitutivas al que ya existe y que fuera presentado por la administración del ex Presidente Sebastián Piñera) para el primer semestre del año 2015, a la fecha eso no ha ocurrido.

La reforma al marco normativo, y el diseño de una política pública que permita abordar todas las aristas de la migración en Chile desde un enfoque de los derechos humanos, es fundamental para poder abordar los desafíos planteados en este capítulo.

CONCLUSIONES

Se han logrado importantes avances en los últimos años, ampliando la cobertura del derecho a la salud de las personas migrantes, pero la mayoría de los logros dependen de acuerdos intersectoriales o regionales, y en algunos casos, como se ha demostrado en este informe, de la voluntad de los funcionarios públicos o la región donde se encuentren los migrantes. Esta situación sigue dejando a gran parte de la población migrante expuesta a abusos y vulneraciones de sus derechos.

Como hemos señalado, existe una serie de brechas que deben ser cubiertas en el corto plazo para dar una respuesta adecuada a la situación de este grupo poblacional. La falta de información sobre los aspectos legales que protegen a estas personas, y las obligaciones que tienen los funcionarios públicos frente a los migrantes, afecta y obstruye el acceso a la salud de dicha población.

El Estado de Chile aún se encuentra lejos de garantizar el contenido mínimo del derecho a la salud de las personas migrantes, al que se encuentra obligado en virtud de la ratificación de los tratados internacionales en esta materia. La falta de una política migratoria clara y de un marco normativo adecuado hace que las soluciones administrativas sectoriales o las iniciativas adoptadas por los municipios tengan un efecto paliativo parcial, y en consecuencia, resulten insuficientes. Por otra parte, Chile se ha quedado atrás en relación al avance que ha tenido la legislación migratoria en la región.

Por último, es necesario destacar en materia del derecho internacional de los derechos humanos, que el Estado de Chile aún no ha adherido a importantes instrumentos que se relacionan con la temática, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, de 1961.

RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones se recomienda al Estado:

1. Con especial énfasis se insta al Estado de Chile a materializar la adopción de una política migratoria y una reforma al marco normativo sobre migración, incorporando en él un enfoque de derechos y garantizando explícitamente el acceso a los derechos sociales, entre ellos a la salud. El nuevo marco normativo debe ser respetuoso de los estándares internacionales y responder a la situación de los migrantes considerando el contexto chileno y regional.
2. El Estado de Chile debe ampliar la implementación del Acuerdo sobre Residencia de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile al resto de las nacionalidades que actualmente se encuentran excluidas de su aplicación.
3. Se recomienda al Estado de Chile, adherir al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, que reconoce el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental. Este protocolo se encuentra en vigencia en 17 países de la región. Chile, Venezuela, Haití y República Dominicana son los únicos cuatro países que aún no han adherido a él.⁶⁷
4. Con relación a los hijos de extranjeros transeúntes a quienes se les privó arbitrariamente de la nacionalidad chilena al momento de su nacimiento, se sugiere que el Estado adopte las medidas necesarias para difundir el nuevo criterio administrativo y la posibilidad de que esas personas puedan acceder a la rectificación de su partida de nacimiento, obteniendo de esa manera, la nacionalidad chilena.
5. Vinculado con el punto anterior, se insta al Estado a adherir a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. Chile, Venezuela, Guyana y Surinam, son los únicos países de la región que no han adherido a ninguna de las dos convenciones y que tampoco se han comprometido públicamente a hacerlo.⁶⁸
6. Se insta al Estado de Chile a materializar e implementar lo antes posible y en su totalidad el Programa de Acceso a Salud de

67 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Información General del Tratado.

68 ACNUR, *Estados partes de las Convenciones sobre apatridia y compromisos de los Estados para adherirse a las mismas* (1 de julio de 2014).

Personas Migrantes para garantizar el derecho a la salud de ese grupo poblacional.

7. Se recomienda implementar programas de salud mental con componentes específicos para brindar atención a personas migrantes y abordar las especificidades de sus patologías.
8. Se sugiere implementar capacitaciones en habilidades interculturales para los funcionarios de los establecimientos de salud con el fin de poder brindar un servicio de calidad y respetuoso de las diferencias culturales de las personas que acceden a él.
9. Con respecto a la necesidad de un flujo de información constante, se recomienda al Estado de Chile generar canales de comunicación eficientes con las comunidades de migrantes y con los establecimientos de salud, de modo de poder transmitir derechos y obligaciones, evitando de esta forma situaciones de discriminación generadas por el desconocimiento de las directrices administrativas y otros factores que inciden en actos discriminatorios hacia las personas migrantes.

**CHILE ANTE
EL COMITÉ DE
DERECHOS HUMANOS.
LOS PROCEDIMIENTOS
DE REVISIÓN PERIÓDICA
POR LOS ÓRGANOS
DE TRATADOS:
UNA OPORTUNIDAD
PARA LA DISCUSIÓN
Y DEFINICIÓN DE LA
AGENDA NACIONAL EN
DERECHOS HUMANOS***

* Elaborado por Helena Olea, con la valiosa colaboración de Antonia Vila Jiménez y Valeria Moretic López.

SÍNTESIS

Chile fue objeto de revisión periódica por parte del Comité de Derechos Humanos en agosto de 2014. El capítulo explica el proceso de revisión periódica por parte de los órganos de tratados del sistema universal de protección de derechos humanos y analiza la última revisión a Chile, desde la perspectiva de los temas discutidos, los actores estatales y no estatales que participaron, y el resultado final de dicho proceso, que son las recomendaciones. Se indaga, además, en el avance respecto al cumplimiento de algunas de esas recomendaciones y se presentan conclusiones y sugerencias para la elaboración del informe estatal y el trabajo coordinado con posterioridad a la adopción de las recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: Comité de Derechos Humanos, Revisión periódica, Recomendaciones CDH

INTRODUCCIÓN

Como lo hace cada 6 o 7 años, en agosto de 2014 el Comité de Derechos Humanos examinó el cumplimiento del Estado de Chile con las obligaciones internacionales adquiridas al hacerse parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De manera similar, en junio de 2015 el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales examinó también el informe periódico de Chile a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y formuló las respectivas recomendaciones. Estos son dos importantes hitos internacionales en materia de derechos humanos, que tuvieron muy poca difusión y debate interno con posterioridad a la adopción de las recomendaciones. Los funcionarios públicos que trabajan en las áreas relacionadas con el tema, en general, desconocen este proceso y no están al tanto de las recomendaciones formuladas. Algo similar ocurre en la sociedad civil: algunas organizaciones participan en la elaboración de los informes sombra, pero muy pocas conocen y utilizan las recomendaciones en sus acciones de cabildeo. Este proceso de revisión, entonces, pareciera ser un esfuerzo desarticulado y aislado. Y no debiera ser así.

La revisión periódica por parte de los órganos de Naciones Unidas se produce, por lo general en Ginebra, excepcionalmente en Nueva York, y tiene muy poca repercusión a nivel nacional. No se trata solo de la distancia física entre las oficinas de Naciones Unidas y Chile, sino, también, de la distancia conceptual y mediática que existe con relación a los órganos intergubernamentales, tanto para los medios de comunicación, como para los funcionarios del Estado y la sociedad civil. Existe, normalmente, un gran desconocimiento sobre los órganos del sistema de Naciones Unidas y sus funciones en nuestro país y en muchos otros Estados. Esta situación es lamentable, porque los órganos y funcionarios del Estado, la sociedad civil y los ciudadanos, pierden una valiosa oportunidad para discutir su situación de derechos humanos y fijar objetivos comunes y puntos de debate en el proceso de elaboración de los informes (el informe estatal y los alternativos o sombra) que se presentan al Comité y en relación a las recomendaciones formuladas.

Este capítulo tiene por objeto analizar el proceso de revisión del sexto informe periódico presentado por Chile al Comité de Derechos Humanos y las recomendaciones formuladas. El propósito es destacar dentro de los hechos importantes del periodo del informe anual, la revisión periódica del Comité de Derechos Humanos y volver a poner en la agenda de discusión nacional las recomendaciones formuladas.

El capítulo del informe tiene la siguiente estructura. Primero se explica de manera sucinta el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las funciones del Comité de Derechos Humanos, incluyendo una rápida consideración a las revisiones anteriores a Chile. Luego se analiza en detalle el sexto informe periódico presentado por el Estado de Chile. En seguida, se considera la “lista de cuestiones” identificadas por el Comité a partir del informe del Estado. Luego se analizan los puntos más relevantes de la discusión de los miembros del Comité con la delegación oficial, en el marco de la revisión periódica en Ginebra. A continuación, se consideran las recomendaciones emitidas por el Comité. Considerando dichas recomendaciones, se solicitó, para los fines de este artículo, información a diversos órganos del Estado con el fin de determinar las acciones estatales adelantadas. A partir de todo lo anterior, se presentan conclusiones y recomendaciones en torno al procedimiento para la elaboración del informe estatal y sobre el trabajo coordinado con posterioridad a la adopción de las recomendaciones.

1. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante Pacto o PIDCP) fue adoptado en 1966. Chile inició el proceso de ratificación del mismo en 1972, pero cuando solo faltaba la publicación en el Diario Oficial de la ley aprobada por el Congreso, el trámite definitivo fue interrumpido por el golpe de Estado. Con el retorno de la democracia en 1990, Chile pudo por fin concluir el proceso de ratificación del Pacto a nivel interno.

El PIDCP fue adoptado en el marco de la guerra fría, por lo que los Estados prefirieron desarrollar un instrumento internacional relativo a derechos civiles y políticos y otro sobre derechos económicos sociales y culturales. No obstante, en el preámbulo de los dos instrumentos se establece la interdependencia entre los dos grupos de derechos, al plantearse que este catálogo de derechos deriva de la dignidad inherente a la persona humana.

La Parte I del PIDCP establece el derecho de libre determinación de los pueblos. A continuación, en la Parte II, se establece la obligación de respetar y garantizar los derechos a todos los individuos sin discrimi-

nación. Los criterios de discriminación prohibidos son los siguientes: “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”¹ Se señala también, que los Estados Partes se comprometen a adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.² Agrega que los Estados se comprometen a garantizar que quienes hayan sufrido una violación a sus derechos, podrán interponer un recurso efectivo, que será decidido por una autoridad competente.³ En esta sección también se incluye la igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de todos los derechos.⁴ Este principio resulta redundante, considerando la obligación de garantizar los derechos sin discriminación mencionada anteriormente, pero se explica en el contexto histórico en el que fue adoptado este instrumento.

La Parte II establece también la posibilidad de suspender algunos derechos en situaciones excepcionales “que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”. Estos son los estados de excepción para cuya aplicación el PIDCP establece las siguientes condiciones:

a) La medida adoptada debe estar estrictamente limitada a las exigencias de la situación.

b) La medida debe ser compatible con las demás obligaciones del derecho internacional.

c) La medida no puede estar fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. El PIDCP no autoriza la suspensión de los siguientes derechos: el derecho a la vida, a la seguridad o integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, el principio de tipicidad y favorabilidad en materia penal, el derecho a la personalidad jurídica, y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Además, los Estados que adopten estas medidas tienen el deber de informar inmediatamente a los demás Estados Parte del PIDCP sobre las medidas adoptadas y los motivos que las justifican y del momento en que esta medida excepcional termine.⁵

La Parte III incluye el catálogo de derechos protegidos por el PIDCP, que son los siguientes: el derecho a la vida, excepto la pena de muerte, aunque con algunas limitaciones; la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; la libertad y seguridad personales; al trato

1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1.

2 *Ibíd.*, artículo 2.2.

3 *Ibíd.*, artículo 2.3.

4 *Ibíd.*, artículo 3.

5 *Ibíd.*, artículo 4.

humano durante la privación de libertad; la prohibición de la privación de la libertad por incumplimientos contractuales; a la libertad de movimiento; al debido proceso en los procedimientos de expulsión de personas extranjeras; a ser oído con las debidas garantías en procedimientos civiles y penales; al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la privacidad y a la honra; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de expresión, exceptuando la apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso, que incite a la violencia; la libertad de reunión, la libertad de asociación, la protección de la familia y el derecho a fundar una; la protección de los niños, incluyendo la inscripción después del nacimiento y el derecho a la nacionalidad; a los derechos políticos; el derecho a la igualdad ante la ley; y la protección de los derechos culturales y religiosos de las minorías étnicas, incluyendo la protección de su idioma.⁶

Luego del catálogo de derechos señalados, el tratado establece un órgano de supervisión, que es un Comité conformado por 18 integrantes, señalando sus funciones y el mecanismo de selección de sus miembros.⁷ Se establece también la obligación de los Estados Partes de enviar informes periódicos sobre la situación de estos derechos y sus avances en sus países respectivos.⁸ Los artículos 41 al 43 establecen la posibilidad de un mecanismo de denuncia entre Estados por incumplimiento de las obligaciones del Pacto, sujeta a una aceptación expresa de los Estados Parte que aceptan la competencia del Comité para ello.

La Parte V del PIDCP establece el deber de interpretación del Pacto en concordancia con la Carta de Naciones Unidas, y el derecho de los pueblos a disfrutar y utilizar sus recursos naturales. La Parte VI se refiere a los procedimientos para la firma, ratificación y adhesión al Pacto y otros aspectos prácticos.

El sistema universal de derechos humanos, que funciona bajo Naciones Unidas, tiene varios órganos que funcionan de manera similar, simultánea e independiente. Algunos tienen un perfil más político, como el Consejo de Derechos Humanos, y otros un carácter más técnico, como los Comités creados en el marco de un tratado en particular y que supervisan el cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones allí establecidas. El Consejo de Derechos Humanos está compuesto por Estados, mientras que los Comités están constituidos por expertos independientes nominados por los Estados Partes del respectivo instrumento. Esta diferencia en la composición se refleja en la naturaleza de las recomendaciones que estos órganos formulan. Mientras que las recomendaciones del Consejo tienen un carácter más

6 *Ibid.*, artículos 6 a 27.

7 *Ibid.*, artículos 28 a 39.

8 *Ibid.*, artículo 40.

político, las de los Comités están inspiradas en visiones profesionales de los derechos humanos.

Los instrumentos del sistema universal de Naciones Unidas se caracterizan por establecer no solo un catálogo de derechos, sino por crear un órgano de supervisión de los derechos y obligaciones del Estado allí establecidos, que se denomina Comité.⁹ Establecen, además, un sistema de reporte de los Estados y de revisión periódica por parte del comité respectivo. Los comités a su vez, se han abrogado la facultad de adoptar Observaciones o Recomendaciones Generales, mediante las cuales desarrollan el contenido de algunos de los derechos o especifican la forma en la cual los Estados deben presentar la información en las revisiones periódicas. Por último, los instrumentos prevén un mecanismo para la presentación de peticiones o denuncias individuales, sujeto a la ratificación de un protocolo facultativo o a la aceptación de la competencia del Comité para ello. En el caso del PIDCP, existe un Protocolo Facultativo que fue ratificado por Chile el 27 de mayo de 1992, con una declaración que limita la competencia del Comité a hechos ocurridos con posterioridad al 11 de marzo de 1990.

Estos tres mecanismos —la revisión periódica, la adopción de Observaciones o Recomendaciones Generales y la consideración de peticiones individuales— tienen varios efectos. Primero: generan instancias de intercambio entre el órgano de supervisión y el Estado con relación al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el tratado. Segundo: permiten al Comité actualizar y desarrollar el contenido del instrumento internacional a través de las observaciones o comentarios generales, lo cual facilita que este se adecúe a desarrollos científicos o sociales que repercuten en el contenido de los derechos. Tercero: contribuyen al intercambio entre el Estado y el Comité a partir de una denuncia individual, donde el Comité identifica las violaciones de derechos y formula recomendaciones, incluyendo reparaciones.¹⁰ Estos mecanismos buscan generar una relación entre el Comité y el Estado en el marco de un diálogo constructivo. Esto significa que el sistema busca crear las

9 Así, el sistema universal incluye los siguientes órganos de tratados: Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer); Comité contra la Tortura (Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes); Comité de Derechos del Niño (Convención sobre los Derechos del Niño); Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Convención para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) y Comité contra las Desapariciones Forzadas (Convención contra las Desapariciones Forzadas).

10 Las reparaciones por violaciones a los derechos humanos incluyen medidas de satisfacción, indemnización, rehabilitación y garantía de no repetición.

condiciones para ofrecer insumos que le permitan al Estado modificar su legislación, políticas y prácticas para cumplir con las obligaciones internacionales, siguiendo las recomendaciones del Comité.

Existen varios elementos en común al interior del sistema de Naciones Unidas y de la revisión periódica. En general, el funcionamiento es el siguiente. El Estado elabora un informe en el que da cuenta de los avances y retrocesos en materia de derechos humanos; las organizaciones no gubernamentales y los organismos nacionales de derechos humanos presentan sus informes alternativos o sombra,¹¹ y –en función de esas visiones– el órgano de Naciones Unidas establece una lista de asuntos y formula preguntas al Estado. En una fecha predeterminedada los Comités se reúnen en Ginebra –excepcionalmente algunos sesionan en Nueva York– escuchan la presentación del Estado, le formulan preguntas, reciben información y/o escuchan a las organizaciones no gubernamentales, y a partir de esos antecedentes, adoptan conclusiones y recomendaciones. En el ciclo posterior, alrededor de 5 años más tarde, el órgano de tratado nuevamente revisa la situación de ese Estado. El análisis incluye siempre el seguimiento a las recomendaciones formuladas en la revisión anterior.

En el caso particular de Chile y el Comité de Derechos Humanos (en adelante, el Comité) se observa que ha considerado informes y formulado recomendaciones al Estado de Chile en seis oportunidades, como aparece en la Tabla 1.

Tabla N°1

Informe	Sesión y Año en que fue considerado por el Comité de Derechos Humanos
I	6 (1979)
II	22 (1984)
III	37 (1989)
IV	65 (1999)
V	88 y 89 (2006 y 2007)
VI	108 (2013) y 111 (2014)

Es importante señalar que en el año 2002, el Comité adoptó la Observación General 30, relativa a la obligación de presentar informes con

11 Algunos actores del sistema universal utilizan estos términos como sinónimos. Otros los diferencian. En general se considera que el informe sombra se elabora a partir de la existencia de un informe estatal, mientras que el informe alternativo se elabora sin conocer, incluso a veces sin que el Estado presente un informe al Comité respectivo. Sin embargo, muchos informes sombra, pueden en la práctica ser alternativos, en la medida en que las organizaciones no gubernamentales los preparan y envían sin conocer el informe estatal.

arreglo al artículo 40 del Pacto, que establece, entre otros, un procedimiento de seguimiento para las observaciones finales, que tiene por objeto continuar el diálogo con el Estado. El Comité nombra a un Relator Especial, que evalúa las acciones que el Estado está adoptando para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas por el Comité.¹² Sin embargo, resulta interesante observar que algunos Estados, entre otros Chile, han expresado su preocupación o disconformidad con el establecimiento de exigencias de reportes periódicos adicionales.¹³ Es difícil entender por qué un Estado que tiene vocación de cumplir y establecer un diálogo constructivo con un órgano de supervisión de tratados, considera que la reiteración de información puede ser perjudicial. Justamente, el envío de información entre revisiones periódicas, es un llamado a que los Estados proporcionen nueva información o más actualizada, y a que tomen en cuenta las opiniones del Relator Especial en torno al cumplimiento de las recomendaciones formuladas por el Comité. No pareciera haber justificación para esta actitud por parte de la Cancillería chilena.

El Comité ha adoptado treinta y cinco Comentarios Generales sobre diversos temas, varios de ellos desarrollan el contenido de los derechos señalados en el Pacto y resultan muy útiles para considerar y poner en práctica las recomendaciones del mismo Comité.¹⁴

Por otra parte, el Comité tiene una amplia jurisprudencia desarrollada a partir de las peticiones o denuncias individuales. Lamentablemente, la sociedad civil chilena no ha utilizado este mecanismo de manera exitosa para denunciar violaciones de derechos. Desde la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto para la presentación de denuncias individuales, en mayo de 1992, el Comité ha recibido nueve peticiones contra el Estado de Chile. Siete de estas han sido declaradas inadmisibles, y dos de ellas fueron descontinuadas.¹⁵ Es decir, el Comité no se ha pronunciado sobre el fondo de una comunicación individual presentada contra el Estado chileno.

Con respecto a la participación activa de Chile como miembro del Comité de Derechos Humanos, la profesora Cecilia Medina Quiroga fue nominada y elegida para un primer periodo entre 1994 y 1998 y posteriormente reelegida para un segundo periodo entre 1998 y 2002. Ningún otro chileno ha sido miembro del Comité.

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 30, Obligación de presentar informes con arreglo al artículo 40 del Pacto, UN Doc. CCPR/C/21/rev.2/Add.12, 18 de septiembre de 2002.

13 Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Sexto informe Periódico de los Estados partes, Chile, UN Doc. CCPR/C/CHL/6, 12 de septiembre de 2012, párr. 8.

14 Ver, sitio web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sección sobre el Comité de Derechos Humanos.

15 Ver, sitio web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sección sobre el Comité de Derechos Humanos.

2. EL SEXTO INFORME PERIÓDICO DEL ESTADO

2.1. El Informe del Estado de Chile

El Sexto Informe Periódico de Chile al Comité de Derechos Humanos fue relativamente coincidente en el tiempo con la presentación del Informe al Consejo de Derechos Humanos, en el marco de la Revisión Periódica Universal. Esta coincidencia fue aprovechada por el Ejecutivo que utilizó insumos elaborados para un informe en el otro, como suelen hacerlo muchos Estados.¹⁶ Algunos de estos antecedentes fueron utilizados también, un año después, para el Informe ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El periodo de tiempo examinado por el Comité no coincide con el de un gobierno, y por lo tanto el Ejecutivo, responsable y líder de las relaciones internacionales del Estado, debe afrontar este proceso sin consideraciones políticas, desde una visión nacional, en el ejercicio de la conducción de las relaciones internacionales del Estado, como lo establece el artículo 32 numeral 15 de la Constitución Política de la República. Los informes estatales no debieran reflejar las visiones particulares de un gobierno, sino la mirada de largo plazo y coherencia política de un Estado. Pero eso no siempre sucede.

El Estado de Chile presentó su informe al Comité de Derechos Humanos el 25 de mayo de 2012,¹⁷ que abarca el periodo de marzo de 2007, fecha del examen anterior, a mayo de 2012. Posteriormente, durante las sesiones del Comité en julio de 2014, cuando se discutió la información presentada, el Comité solicitó información adicional y actualizada. En el caso de Chile, el periodo analizado incluye buena parte del primer gobierno Bachelet, el gobierno Piñera y el inicio del segundo gobierno Bachelet. El informe fue elaborado por la administración Piñera y discutido y defendido por la segunda administración Bachelet. Sorprende, por ejemplo, que el Estado en su informe escrito determine que el periodo está marcado por dos sucesos: el terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010 y el gobierno del Presidente Piñera, que sustituyó a la coalición política que gobernó el país de 1990 a 2010.¹⁸

En la práctica, el proceso de elaboración del informe se impulsa desde la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, que debe solicitar a los demás ministerios e instituciones públicas información y colaboración. Es importante destacar que el proyecto legislativo para la creación de una Subsecretaría de Derechos

16 Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Sexto informe periódico de los Estados partes, op. cit., párr. 9.

17 *Ibid.*

18 Ver *Ibid.*, párr. 2-4.

Humanos dependiente del Ministerio de Justicia,¹⁹ fue objeto de modificaciones por el Gobierno de Bachelet para incluir expresamente el trabajo tanto de preparación de informes, como de ejecución de las resoluciones y recomendaciones de los órganos de derechos humanos.²⁰ Esta adición al proyecto es un aspecto positivo, porque reconoce los esfuerzos de coordinación que involucran tanto el proceso previo de elaboración de informes para los órganos de Naciones Unidas como el de diseminación, promoción y ejecución de políticas públicas a partir de las recomendaciones formuladas por esos órganos. El proyecto también es relevante para efectos de este análisis, porque refuerza la importancia y rol institucional que tendría una Subsecretaría de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia, dado que esa repartición pública puede cumplir mejor la función de coordinación y de impulso político que muchas de estas medidas requieren.

El Estado estima en su informe que la recomendación relativa a la amplia difusión de las Observaciones Finales del Comité se cumple con la publicación de las recomendaciones en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, en esa página, si se busca en el tema Derechos Humanos, no es posible encontrar el informe del Estado ni las recomendaciones formuladas por el Comité. Tampoco aparecen las recomendaciones aún más recientes del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Pero al utilizar el buscador del sitio web del Ministerio es posible encontrar la versión no editada de las recomendaciones²¹ y el Informe del Estado.²² Este simple ejercicio da cuenta de la ausencia de acciones concretas de difusión de las recomendaciones por parte del Estado. Es insuficiente colgar un documento en el sitio web si no existe un vínculo visible que permita a los ciudadanos y funcionarios públicos encontrar fácilmente la información requerida en la página del Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, las respuestas formuladas a las solicitudes de información presentadas para recabar datos sobre la acción estatal posterior a las recomendaciones, dan cuenta del desconocimiento de estas por parte de los órganos estatales responsables de darles cumplimiento.

El Estado desarrolla un proceso reservado para la elaboración del Informe que culmina en un documento que solamente está disponible al público luego del envío a la Secretaría del Comité. Se observa que el

19 Boleín 8.207-07, Proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, Mensaje No. 405-359, 2 de marzo de 2012.

20 Ver, Presidenta de la República, Oficio 77-363 dirigido al Presidente de la Cámara de Diputados, que retira y formula indicaciones al proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y establece adecuaciones en la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (Boleín N°. 8.207-07), 1 de abril de 2015.

21 Ver <http://www.minrel.gov.cl>

22 Ver <http://www.minrel.gov.cl>

Estado opta por trabajar a puerta cerrada, desechando posibilidades de interlocución con la sociedad civil para su elaboración. En cambio, algunos Estados aprovechan este proceso como una instancia de diálogo y evaluación conjunta, que muchas veces permite discutir políticas o acciones que los órganos estatales pueden desarrollar y también facilita a la sociedad civil presentar casos o estudios que dan cuenta de las fallencias en aspectos puntuales.²³ Es útil crear y mantener funcionando de manera regular instancias de diálogo y discusión entre los órganos estatales y la sociedad civil sobre la situación de derechos humanos, a partir de las recomendaciones de los órganos de tratados y del Consejo de Derechos Humanos. Es importante anotar que durante el proceso de elaboración del Segundo Informe de Chile para la Revisión Periódica Universal ante el Consejo de Derechos Humanos, la Cancillería organizó un encuentro con la sociedad civil el 16 de mayo de 2013, cuya primera conclusión fue, justamente, la ausencia de una instancia estable y periódica de seguimiento a las obligaciones internacionales del Estado. Este ejemplo da cuenta de la utilidad del diálogo con la sociedad civil, por lo que sería sumamente provechoso que todos los órganos estatales, —no solo el Ejecutivo—, se reunieran periódicamente con la sociedad civil organizada para discutir estrategias de acción a partir de las conclusiones y recomendaciones de los órganos de derechos humanos, informes periódicos, etc.

En su informe, el Estado de Chile destaca como las políticas públicas más relevantes del periodo, la Ley 20.569 sobre Inscripción Automática y Voto Voluntario y la Ley 2.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. Estas dos leyes son relevantes para ampliar los mecanismos de participación política y ciudadana, pero es probable que haya otras normas, aprobadas durante el periodo objeto de examen, que tengan una mayor trascendencia para la promoción y protección de derechos. En este sentido, los avances en materia de institucionalidad de derechos humanos podrían incluir también la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante el INDH o el Instituto) y la presentación del proyecto legislativo para la creación de la Subsecretaría

23 Varios Estados llevan a cabo esta práctica de discusión conjunta con diversos niveles de institucionalización. Se citan a continuación tres ejemplos interesantes. Los Estados Unidos de América recurrieron a esta práctica para la elaboración de su último informe, ver Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant, Fourth periodic report, United States of America, May 22, 2012, UN Doc. CCPR/C/USA/4. Así también lo hizo el Reino Unido: ver Human Rights Committee, Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Convention, Seventh periodic report of States parties due in July 2012, United Kingdom, the British Overseas Territories, the Crown Dependencies, 29 April 2013, UN Doc. CCPR/C/GBR/7. Igual práctica desarrolla Francia, que incluso creó la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos en 1947, ratificada mediante la Ley No. 2007-292 de marzo 5 de 2007. Ver Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del pacto, Quinto informe periódico de los Estados partes, Francia, 31 de enero de 2013, UN Doc. CCPR/C/FRA/5.

de Derechos Humanos. No obstante, el Instituto fue mencionado en el informe, aunque no fue destacado.²⁴ Otro desarrollo importante del periodo es la aprobación del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, pero también es omitida, aunque se le reconoce como una protección del derecho a la vida más adelante.

El informe del Estado señala acciones que ha desarrollado para promover y proteger cada uno de los derechos humanos. En esta sección más que sintetizar el informe estatal se señalan algunos aspectos interesantes del mismo.

En materia de la libre autodeterminación de los pueblos, el Ejecutivo prefirió destacar la Ley sobre Inscripción Automática y Voto Voluntario y omitió toda referencia a los pueblos originarios.²⁵

El gobierno destacó como garantías de protección de los derechos del Pacto, las jornadas de capacitación y difusión de la Mesa Intersectorial sobre Diversidad y No Discriminación, a cargo de la División de Organizaciones Sociales de la Secretaría General de Gobierno. Esta información resulta insuficiente al no señalar a quiénes se dirigieron dichas acciones y cuantificar el número de beneficiarios.²⁶

Con respecto a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, el informe del Estado reitera la información presentada al Relator Especial para el seguimiento de las observaciones finales, agregando la existencia de dos iniciativas legislativas que buscan excluir la aplicación del Decreto Ley de Amnistía N°. 2.191.²⁷ Este punto es relevante, porque como se comentará más adelante fue objeto de una extensa discusión por parte del Comité.

La estrategia de omitir información asumiendo que fue enviada al Relator Especial para el seguimiento de las observaciones finales, no pareciera facilitar el diálogo e intercambio con el Comité. El Estado de Chile debe revisar esa estrategia y elaborar y presentar un informe completo e inclusivo de los temas, aunque haya enviado información de seguimiento respecto de algunos de ellos.

Al informar sobre la igualdad de género, el Estado enumera una serie de iniciativas legislativas aprobadas y de políticas públicas en esta materia y dedica dos párrafos en particular a la igualdad en los regímenes económicos del matrimonio.²⁸ El informe estatal omite explicar por qué el proyecto de ley presentado en 2011, que modifica el Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal (Boletín 7507-07), aún no ha sido aprobado por el Congreso.

24 Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto, Sexto informe periódico de los Estados parte, op. cit., párr. 17.

25 *Ibid.*, párr. 13.

26 *Ibid.*, párr. 14-15.

27 *Ibid.*, párr. 16.

28 *Ibid.*, párr. 20 a 28.

En materia del derecho a vida, el sexto informe reitera la posición chilena de penalización del aborto en todas las circunstancias, entendida como una forma de protección de la vida del que está por nacer.²⁹ Resulta necesario preguntarse qué razones llevaron a los redactores del informe a incluir un tema polémico respecto del cual han recibido recomendaciones anteriores de varios órganos de tratados, relativas a revisar y despenalizar el aborto en algunas circunstancias. ¿Buscaban recibir una nueva recomendación internacional que instaba a la modificación legislativa? o, por el contrario, ¿querían tranquilizar a los sectores opositores a la despenalización del aborto en cualquier circunstancia y formalizar a nivel internacional la posición de mantener la legislación vigente en la materia, a pesar de ser contraria al derecho internacional de los derechos humanos?

Las medidas para luchar contra la impunidad ante las violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar durante la dictadura y las dificultades para avanzar en la investigación y persecución penal de los responsables, así como para la difusión de la información obtenida a través de la Comisión sobre Verdad y Reconciliación y la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, fueron explicadas en detalle al Comité.³⁰

En materia de tortura, los avances son limitados (a pesar de la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura) en particular en lo relativo al mecanismo nacional de prevención y el rol que tendrá en este aspecto el INDH. El informe no logra explicar los motivos por los que no se ha avanzado en esta materia.³¹

En el informe se explican en detalle los desarrollos institucionales al interior de Carabineros de Chile para incluir una perspectiva de derechos humanos.³² También se hace referencia a la eliminación de la competencia de la jurisdicción militar para conocer de delitos cometidos por civiles y menores de edad.³³ Estos son avances significativos.

El informe desarrolla otros temas en profundidad, al avanzar artículo por artículo del Pacto. En general, la estrategia del gobierno es la de informar sobre legislación aprobada y proyectos presentados durante el periodo objeto de examen. En materia laboral solo se hace referencia a decisiones judiciales,³⁴ cuando existen muchos otros aspectos, sobre todo vinculados con asuntos penales, en los cuales citar jurisprudencia hubiese sido útil.

El informe culmina con el tema derechos de las minorías, donde se hace referencia a los pueblos indígenas y a las personas afrodescen-

29 *Ibid.*, párr. 34.

30 *Ibid.*, párr. 36 a 51.

31 *Ibid.*, párr. 52.

32 *Ibid.*, párr. 65 a 69.

33 *Ibid.*, párr. 72.

34 *Ibid.*, párr. 139.

dientes. No hay una conclusión respecto a la información presentada ni tampoco una visión integral de los avances y retos pendientes para el Estado.

2.2. Lista de Cuestiones identificadas por el Comité

Casi un año después de la presentación del informe, en agosto de 2013, el Comité elaboró una lista de cuestiones: un documento en el que se solicita información –para complementar o profundizar el informe del Estado–, a partir de informes alternativos y del conocimiento y experiencia de los miembros del Comité.³⁵ Para la elaboración de la lista de cuestiones, los miembros del Comité también utilizan la información enviada por las organizaciones de la sociedad civil. En esta oportunidad, el Comité recibió información de seis organizaciones no gubernamentales con estatus consultivo ante Naciones Unidas. Estas organizaciones fueron: Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género; Conscience and Peace Tax International, CPTI; International Fellowship of Reconciliation, IFOR; Franciscans International; Global Initiative to End Corporal Punishment of Children; Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, OTD; International Gay and Lesbian Human Rights Commission, IGLHRC; y Unrepresented Nations and Peoples Organization, UNPO.

La lista de cuestiones da cuenta de aquellos temas o aspectos que preocupan al Comité y también de la necesidad de información más concreta, considerando también la aportada por las organizaciones de la sociedad civil. Por ejemplo, estadísticas sobre número de sentencias por delito y penas impuestas, o sobre el impacto concreto de una ley. El Comité también solicita por esta vía, información precisa y detallada sobre medidas adoptadas y actividades realizadas.

La lista de cuestiones debe tomarse como un referente para la elaboración del próximo informe, porque indica qué información presentada fue insuficiente o qué tipo de información interesa al Comité. En la lista de cuestiones se puede apreciar que para el Comité resulta necesario contrastar la enunciación de una medida o legislación adoptada con el impacto de la misma. Esta es una lección que debiera aprender el Estado chileno para el próximo informe.

En mayo de 2014, el Estado de Chile respondió a la lista de cuestiones formuladas por el Comité.³⁶ Las respuestas dan cuenta de algunos temas que no tuvieron el desarrollo suficiente en el informe estatal,

35 Comité de Derechos Humanos, Lista de cuestiones con relación al sexto informe periódico de Chile, agosto 12 de 2013, UN Doc. CCPR/C/CHL/Q/6.

36 Comité de Derechos Humanos, Lista de cuestiones con relación al sexto informe periódico de Chile, Adición Respuestas de Chile a la lista de cuestiones, mayo 8 de 2014, UN Doc. CCPR/C/CHL/Q/6/Add.1.

a pesar de su relevancia, como la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos en 2009, la discriminación y la violencia contra la mujer y la prohibición de la tortura, entre otros. El Estado debe enviar mayor información sobre las medidas adoptadas en relación a las investigaciones y procesos penales por violaciones a derechos humanos cometidas durante la dictadura, y sobre las investigaciones y denuncias por tortura, más recientes. También fue necesario actualizar y completar la información relacionada con la situación penitenciaria y carcelaria, detención en flagrancia y violencia policial, entre otras temáticas.

2.3 Discusión en Ginebra

El Comité de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de discutir la situación de Chile, con la presencia de delegaciones del Estado y de la sociedad civil, el 7 y 8 de julio de 2014. La delegación oficial estuvo presidida por Edgardo Riveros, Subsecretario de Relaciones Exteriores, y estaba compuesta por 24 funcionarios públicos.³⁷ El Instituto Nacional de Derechos Humanos presentó un informe complementario. Seis organizaciones de la sociedad civil presentaron informes para esta sesión: Amnistía Internacional, el Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género;³⁸ International Fellowship of Reconciliation;³⁹ International Gay and Lesbian Human Rights Commission;⁴⁰ Observatorio Ciudadano;⁴¹ y Unrepresented Nations and Peoples Organization.

37 Comunicación de la Misión Permanente de Chile ante las Organizaciones Internacionales en Ginebra dirigida a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, No. 307, 1 de julio de 2014.

38 Este informe fue elaborado por las siguientes organizaciones: Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género; Agrupación Lésbica Rompiendo El Silencio; Aldeas Infantiles SOS Chile; Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales; Centro de Estudios de la Mujer, CEM; Corporación CODEPU, Comisión de Observadores de Derechos Humanos Casa Memoria José Domingo Cañas, Fundación 1367, Coordinadora Autónoma Contra la Violencia; Corporación Chilena de Prevención del Sida-ACCIONGAY; Corporación Circulo Emancipador de Mujeres y Niñas con Discapacidad de Chile, CIMUNIDIS; Corporación de Promoción y Apoyo a la Infancia PAICABI; Corporación de Estudios para el Desarrollo de la Mujer, CEDEM; Corporación Opción, Fundación Consejo de Defensa del Niño, CODENI; Fundación de Beneficencia Hogar de Cristo; Fundación Iguales, Fundación Instituto de la Mujer, Fundación Mi Casa, Fundación Observatorio de Género y Equidad; Movimiento por la Diversidad Sexual, MUMS; Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad, OTD.

39 Este informe fue presentado junto con Conscience and Peace Tax International.

40 El presente informe fue presentado por 17 organizaciones: International Coalition of Women Living with HIV/AIDS (ICW Latina); Abracemos A Un Amigo; Alma Viva, Rancagua; Amisex; Acción Gay; Arco Iris; Chile Igualdad para Todos; Fundación Iguales; Fundación Margen; Fundación Savia; International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC); Juntos Por La Vida; Mesa intersuroriental prevención en VIH del Sotero del Río, Santiago; Nefertiti; Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD); Pucara; Rompiendo El Silencio.

41 Este informe también fue presentado por varias organizaciones bajo la coordinación del Observatorio Ciudadano. Las otras organizaciones son: Asociación de Comunidades Mapuche de San José de Mariquina; Centro Investigación y Defensas Sur (CIDSUR); Comité de Defensa del Mar; Fundación Instituto Indígena (FII); Grupo de Trabajo Mapuche sobre los Derechos Colectivos, GTDC; Parlamento Mapuche de Coz Coz; y Partido Autonomista Mapuche Wallmapuwen.

En la sesión, los miembros del Comité formularon preguntas de seguimiento al informe estatal y a las respuestas a la lista de cuestiones. Los miembros del Comité intervinieron activamente formulando un número significativo de preguntas de seguimiento, según los temas de interés y experticia de cada uno. Al observar los videos disponibles de esas sesiones, llaman la atención los siguientes elementos:

- Confusión en torno a la posición del Estado chileno en relación al aborto y su despenalización.
- Interés por la política estatal en relación a los pueblos originarios.
- Varias preguntas para comprender las acciones que se llevan a cabo en materia de lucha contra la impunidad relativa a las violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar durante la dictadura.
- Atención en el sistema penitenciario y carcelario y la aplicación de sanciones al interior de estos establecimientos.
- Inquietud sobre los obstáculos para el establecimiento del mecanismo nacional para la prevención de la tortura.
- Preocupación por la criminalización de la protesta social de los pueblos originarios y de otros grupos, como los estudiantes.
- Dudas sobre aspectos prácticos relacionados con el procedimiento de detención de personas y las garantías procesales.
- El procedimiento y las sanciones para los miembros de la fuerza pública que cometen hechos de violencia policial.
- Valoración de las reformas en materia de jurisdicción militar y dudas sobre su aplicación a la Policía (Carabineros).
- Preguntas sobre la política migratoria y las medidas para la expulsión de las personas.

El Presidente del Comité Nigel Rodley, valoró el diálogo constructivo con la delegación estatal. Indicó que hay avances significativos y que existe coincidencia entre los cambios que ellos ven como necesarios, por ejemplo del sistema electoral, y los que el mismo Estado chileno identificó como importantes. Agregó que el aborto continúa siendo otro aspecto problemático, y que el proyecto de ley podría mejorar la situación. Comentó al respecto que las mujeres no son receptáculos que cargan la llamada “vida”, sin considerar las circunstancias en que quedaron embarazadas. También indicó que existe violencia policial, que debe ser afrontada por el Estado y que tan importante como establecer estándares para la acción de las fuerzas policiales es su aplicación real. Por último, expresó su confianza en los avances en el país en esta temática.

2.4 Recomendaciones formuladas por el Comité

El Comité adoptó sus observaciones finales el 22 de julio de 2014, en las cuales enumera varios aspectos positivos, tales como la ley sobre la no discriminación, la ley sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas; la creación del INDH, la ratificación del Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP, la Convención contra las desapariciones forzadas, el Protocolo Facultativo contra la Tortura, el Convenio 169 de la OIT y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.⁴²

A continuación, el Comité enumera sus motivos de preocupación y formula recomendaciones. Los temas considerados, fueron los siguientes:

- Reservas
- INDH
- Antiterrorismo
- Amnistía
- Pueblos indígenas
- No discriminación e igualdad entre hombres y mujeres
- Discriminación en contra de lesbianas, gays, bisexuales y transsexuales
- Aborto
- Violencia contra la mujer
- Prohibición de la tortura
- Trata de personas
- Condiciones de detención
- Tribunales militares
- Inmigración
- Objeción de conciencia al servicio militar

Los motivos de preocupación se expresan de forma tal que reconocen y valoran los avances, y consignan a la vez aquellos aspectos en los cuales la legislación, las políticas públicas o las prácticas son deficientes. En seguida, el Comité presenta las medidas que debe tomar el Estado para cumplir con las obligaciones establecidas en el PIDCP. Este documento es un balance sucinto de la situación de derechos humanos de Chile desde la perspectiva del PIDCP.

Sin embargo, tanto el valor como el aporte que tiene este documento se ven seriamente afectados por la ausencia de discusión, participación, conocimiento y difusión del informe, con el cual se inicia este proceso, y de las observaciones finales, con las que termina. Incluso en aquellos órganos que enviaron funcionarios a Ginebra para la discusión del informe estatal con el Comité, se observa desconocimiento sobre las

42 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, UN Doc. CCPR/C/CHL/C0/6, 13 de agosto de 2014.

observaciones finales y más aun, ausencia de decisión para poner en marcha ciertas acciones políticas y prácticas siguiendo las recomendaciones allí formuladas, como se señala a continuación.

2.5. Seguimiento en Chile

Para efectos de este capítulo, se seleccionaron algunos de los temas y se presentaron solicitudes de información a las dependencias públicas para preguntarles por las acciones que estaban desarrollando a partir de las recomendaciones del Comité. Por razones de extensión haremos solamente referencia a los derechos de las mujeres, las condiciones de detención y la trata de personas.

2.5.1. Derechos de las Mujeres

En materia de derechos de la mujer, el Comité formuló tres recomendaciones en particular: adoptar legislación que garantice expresamente el principio de igualdad entre hombres y mujeres; acelerar la aprobación de una reforma legal en materia de sociedad conyugal para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres; y aumentar la participación de la mujer en los sectores público y privado, y de ser necesario, adoptar medidas de carácter temporal. En este último punto, el Comité agregó que se deben incrementar los esfuerzos para eliminar los estereotipos de género, llevar a cabo campañas de sensibilización en materia laboral, y “adoptar urgentemente medidas concretas para asegurar la implementación de su legislación y que ésta garantice la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”.⁴³

Se le preguntó, mediante una solicitud formal de información, al Servicio Nacional de la Mujer (en adelante, SERNAM) si luego de la recomendación del Comité de Derechos Humanos, dicho servicio había contribuido o propuesto una ley o reforma legal que recogiera expresamente el principio de igualdad entre la mujer y el hombre y lo garantizara, conforme al artículo 3 del Pacto. La respuesta del SERNAM fue que el Estado de Chile venía cumpliendo con esta recomendación con anterioridad, ya que “la igualdad de todas las personas sin distinciones de ningún tipo está consagrada en la Constitución”.⁴⁴ En seguida, la respuesta precisa las funciones del SERNAM, poniendo énfasis en la promoción de medidas en materia de goce de igualdad de derechos y oportunidades respecto del hombre. Asimismo, describe las acciones adelantadas durante el segundo gobierno de Bachelet en esta materia, que incluyen: la creación del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, la reforma al sistema binominal y el establecimiento de un sistema proporcional y la presentación de un proyecto

43 *Ibíd.*, párr. 11-13.

44 Respuesta de Gloria Maira Vargas, Subdirectora del SERNAM, a Solicitud de información presentada por Antonia Vila, Consulta N° AT001W-0000776, Santiago, 3 de julio de 2015.

de ley para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, entre otras.

De igual manera, se preguntó al Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante, SEGPRES), si la agenda legislativa del gobierno incluía la adopción de legislación que garantice expresamente el principio de igualdad entre la mujer y el hombre; si estaba contemplada una reforma a la Ley 20.609 para incluir mecanismos efectivos de reparación a las víctimas de discriminación; y qué acciones había adoptado el gobierno para impulsar el proyecto de ley que modifica la sociedad conyugal. La respuesta de la SEGPRES fue citar el programa de gobierno en lo relativo al derecho a la igualdad en el contexto de la nueva Constitución. A continuación, agrega que el principio de igualdad no está consagrado en alguna propuesta legislativa, pero que ha sido desarrollado en varias iniciativas, tales como la Ley 20.840 sobre modificación del sistema electoral, la Ley 20.820 que crea el Ministerio de la Mujer, el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales, y el proyecto de ley sobre partidos políticos. Además, indica que el gobierno está evaluando el impacto de la ley contra la discriminación, para proponer modificaciones, aunque ya existen algunos proyectos presentados en el Congreso. Por último, con respecto a la sociedad conyugal, indicó la SEGPRES, que el proyecto de ley “está siendo estudiado por el Ministerio de Justicia y el Servicio Nacional de la Mujer, con el fin de adoptar acciones concretas en lo relativo a su tramitación legislativa.”⁴⁵

Además, se formularon tres solicitudes en esta materia al Ministerio del Trabajo y Previsión Social, preguntando por las acciones que estaba desarrollando dicha repartición para afrontar el problema de los estereotipos de género en el trabajo, por estadísticas en materia de salarios, desagregadas por sexo y actividad económica; y por las políticas públicas adoptadas para promover la igualdad salarial entre hombres y mujeres. El Ministerio remitió en su respuesta, al sitio web de la Subsecretaría de Trabajo sobre formación sindical, el cual no fue posible encontrar. Sin embargo, en el sitio web del Ministerio, se encontró una sección sobre Agenda de Género y Trabajo, que da cuenta de las medidas en curso dirigidas a promover y facilitar “una vida laboral de calidad para las mujeres y hombres durante todas las etapas de su ciclo vital”, con las que darían cumplimiento a las recomendaciones del Comité en materia de estereotipos de género y discriminación laboral. Sin embargo, no se mencionan las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité para la Eliminación de la Discrimi-

45 Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Oficio Ord. No. 1472, Respuesta de Patricia Silva Meléndez, Subsecretaría General de la Presidencia, a Antonia Vila Jiménez, Solicitudes de acceso a la información folios AF001W-0000840, 841 y 842, 30 de Junio de 2015.

nación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW), que se detallan más adelante. En el plano estadístico, el Ministerio remitió al sitio web de la Superintendencia de Pensiones.⁴⁶ En cuanto a las políticas públicas para promover la igualdad salarial, señaló que ha impulsado una política de incentivo a la nivelación en las condiciones laborales por el desempeño de un cargo o función, para superar la brecha de género, en las que destaca la Ley 20.348.⁴⁷

La necesidad de la inclusión específica y explícita del principio de igualdad entre la mujer y el hombre en la legislación chilena, es un punto de preocupación reiterado por los órganos de tratados y el Consejo de Derechos Humanos. Las respuestas del SERNAM y la SEGPRES permiten confirmar el carácter desarticulado y aislado de cada revisión periódica por un órgano de tratados. En su última revisión periódica, el Comité CEDAW había desarrollado y precisado su preocupación en esta materia y le había recomendado al Estado de Chile adoptar una definición jurídica del concepto discriminación contra la mujer y establecer el principio de igualdad entre la mujer y el hombre.⁴⁸ Resulta inexplicable que estos dos ministerios no hayan incorporado este tema en la agenda legislativa del gobierno de la Presidenta Bachelet.

El SERNAM debiera tener claro que a pesar del principio constitucional de igualdad del hombre y la mujer, los órganos de tratados han recomendado a Chile adoptar legislación que garantice ese principio de igualdad, en el goce de los derechos civiles y políticos, y que incluya definiciones de discriminación directa e indirecta. El SERNAM es el órgano del Estado que mejor debiera entender las limitaciones del principio constitucional y de la ley contra la discriminación, y por qué es necesario proponer legislación en esta materia.⁴⁹

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos había formulado recomendaciones en materia de despenalización del aborto en 2007,⁵⁰ de modificación de la sociedad conyugal,⁵¹ y sobre discriminación en ma-

46 Oficio Ord. N° 813-3 de Andrea Soto Araya, Jefa División Jurídica, Subsecretaría del Trabajo que responde a la solicitud de información pública, dirigido a Antonia Vila Jiménez, Folio AL001W-0000572, 17 de junio de 2015.

47 Oficio Ord. N° 759-3 de Andrea Soto Araya, Jefa División Jurídica, Subsecretaría del Trabajo que responde a la solicitud de información pública ID 29084 dirigido a Antonia Vila Jiménez, Folio AL001W-0000575, 11 de junio de 2015.

48 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1° a 19 de octubre de 2012), UN Doc. CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012, párr. 10-11.

49 A este respecto, ver Alberto Coddou, Judith Schönsteiner y Tomás Vial, "La Ley Antidiscriminación: Avances e Insuficiencias en la Protección de la Igualdad y la No Discriminación en Chile", en Tomas Vial ed. *Informe 2013*, p. 285-310.

50 Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile*, UN Doc. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de Abril de 2007, párr. 8.

51 *Ibid.*, párr. 17.

teria laboral.⁵² Estos tres aspectos también habían sido objeto de recomendaciones por parte del Comité CEDAW.⁵³ Por lo anterior, resulta sorprendente que la modificación de la sociedad conyugal no haya sido mencionada por el SERNAM como un aspecto prioritario. También llama la atención que el SERNAM desconociera que estaba estudiando junto con el Ministerio de Justicia el proyecto en discusión en el Congreso, como indicó la SEGPRES. Tampoco es una buena señal la ausencia de un análisis crítico del Ministerio de Trabajo relativo a la eficacia de la legislación adoptada y de las demás medidas en materia de equidad de género. Las respuestas de los tres ministerios dan cuenta de una acción estatal descoordinada y desarticulada, que falla al no incluir las recomendaciones de los órganos de tratados como principios orientadores. De igual forma, se observa una desconexión entre las políticas de género en el trabajo adelantadas por el Ministerio del Trabajo y el SERNAM. El asumir de manera coordinada las recomendaciones de los órganos de tratados podría facilitar una mejor articulación entre estos organismos del Estado.

Se confirma que las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité de la CEDAW no han logrado establecer en Chile una agenda de prioridades en materia de derechos de las mujeres, y que, por lo tanto, en sus próximas revisiones periódicas podrían volver a referirse a los mismos puntos.

2.5.2 Condiciones de detención

El Comité de Derechos Humanos formuló una recomendación precisa en materia de condiciones de detención relativa al hacinamiento, las condiciones físicas de los reclusos, las tasas de encarcelamiento y la utilización de la celda solitaria.⁵⁴

Al solicitar a Gendarmería de Chile información sobre las medidas específicas que habían tomado en los establecimientos penitenciarios para reducir el hacinamiento, qué políticas habían adoptado para mejorar las condiciones de dichos establecimientos y para restringir el uso de la celda solitaria, y cuáles eran los criterios utilizados para la aplicación de ese castigo, la Unidad de Atención Ciudadana respondió indicando que la consulta no era propia de una solicitud de información, sino del derecho de petición.⁵⁵ Por limitaciones de tiempo, no presentamos un recurso de amparo por acceso a la información, pero lamentamos una respuesta que da cuenta de la necesidad de establecer criterios de transparencia y

52 *Ibid.*, párr. 18.

53 Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *op. cit.*, párr. 34-35, 46-47 y 30-33, respectivamente.

54 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, *op. cit.*, párr. 21.

55 Carta No. 2209 de Marcela Saavedra Manríquez, Encargada Unidad de Atención Ciudadana, Gendarmería de Chile, a Valeria Moretic, 26 de Junio de 2015.

de promover un debate público sobre las condiciones de privación de libertad en Chile. Resulta imposible conocer cuán presente tiene Gendarmería las recomendaciones de los órganos de tratados.

Por otra parte, preguntamos directamente al Ministerio de Justicia qué acciones ha tomado para reducir las tasas de encarcelamiento, y qué políticas públicas ha ejecutado a la luz de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, relativas a elevar las condiciones de los centros penitenciarios a los estándares internacionales y a disminuir la tasa de encarcelamiento. El Ministerio indicó que desde 2010, se observa una disminución en el porcentaje de sobrepoblación carcelaria, tendencia que considera que podría explicarse con la Ley 20.587 que modifica el régimen de libertad condicional, la Ley 20.588 de indulto general, y la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216 y establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Agregó, además, que está utilizando el modelo Riesgo-Necesidad-Responsividad (RNR), de Andrews y Bonta, que debiera contribuir a disminuir las tasas de encarcelamiento.⁵⁶ La respuesta del Ministerio tampoco permite analizar si existe o no una perspectiva de derechos humanos en materia de política penitenciaria, menos aún confirmar la incidencia de las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en su trabajo.

2.5.3. Trata de personas

El Comité de Derechos Humanos estimó necesario formular recomendaciones a Chile en materia de trata de personas. Específicamente, le recomendó al Estado intensificar sus esfuerzos para ponerle fin, en particular en materia de trata interna. Instó al Estado a velar por la aplicación efectiva del marco jurídico y la capacitación de los funcionarios públicos en este sentido. Por último el Comité estableció que el Estado debe garantizar que las denuncias de trata sean investigadas y que los responsables sean juzgados y condenados.

Para efectos de este capítulo, se solicitó información a la Fiscalía Nacional; concretamente se preguntó qué medidas específicas de protección se ofrecen a las víctimas de trata que se acercan a la Fiscalía. La Fiscalía indicó que tiene un modelo general de atención, que incluye orientación, protección y apoyo. Agregó que también existen líneas especializadas de investigación según la vulnerabilidad de las víctimas y que, por lo tanto, las víctimas de trata son evaluadas para determinar la existencia de algún riesgo y necesidades especiales. Con respecto a la posibilidad de éxito en la persecución penal para el acceso a las medidas de protección, la Fiscalía indicó que esas

56 Oficio Ord. N° 4719 de Ignacio Suárez Eytel, Subsecretario de Justicia a Valeria Moretic, que da respuesta a la solicitud de información pública N° AK001W-0002597, 17 de junio de 2015.

medidas se adoptan independientemente del éxito del caso, y de la participación de la víctima en la persecución penal.⁵⁷

Igualmente, se preguntó a la Dirección del Trabajo si existían funcionarios capacitados en trata de personas y a qué posibles reparaciones pueden acceder las víctimas de trabajo forzoso y servidumbre doméstica. La Dirección del Trabajo determinó que la solicitud no les correspondía y la reenvió a la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio de Interior y Seguridad Pública.⁵⁸ Esta respuesta da cuenta de la ausencia de conocimiento y capacitación en materia de trata de personas en la Dirección del Trabajo, que puede ser la primera instancia que tenga conocimiento de situaciones de trata de personas, trabajo forzoso y servidumbre doméstica. Esta situación se puede traducir en respuestas inadecuadas frente a las necesidades de las víctimas. Por su parte, la Subsecretaría de Prevención del Delito explicó que las víctimas de trata son atendidas en el marco del Programa de Apoyo a Víctimas. Agregó en su respuesta que dicho Programa es responsable de la coordinación de la aplicación del Plan de Acción contra la Trata de Personas elaborado por la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas.⁵⁹

Las respuestas del Ministerio Público dan cuenta de su trabajo en general, pero no de una acción más focalizada o específica ante el fenómeno de la trata. Esta labor más precisa estaría a cargo del Ministerio del Interior, en el marco de la mesa intersectorial. La respuesta de la Dirección del Trabajo plantea la necesidad de involucrar a este organismo en la respuesta estatal a la trata de personas. Asimismo, la referencia al servicio de intérpretes por parte del Ministerio Público, confirma la percepción del Comité en cuanto al énfasis puesto en la trata internacional si se la compara con las medidas en relación a la trata interna. La coordinación institucional en el marco de la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas estaría privilegiando un enfoque desde el derecho penal, omitiendo la perspectiva laboral que resulta central para una acción más eficaz en esta materia.

CONCLUSIONES

En la actualidad la elaboración de los informes ante los órganos del sistema universal son tareas aisladas a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los ministerios y demás órganos estatales aportan informa-

57 Carta de Jorge Abbott Charme, Director Ejecutivo Nacional, Ministerio Público a Valeria Moretic López, DEN /LT N°212/2015, 25 de junio de 2015.

58 Oficio N° 2.870 de la Dirección del Trabajo a la Subsecretaría de Prevención del Delito, 10 de junio de 2015.

59 Oficio N° 3071 de Antonio Frey Valdés, Subsecretario de Prevención del Delito, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, respondiendo solicitud de información de Valeria Moretic López, 10 de julio de 2015.

ción para este propósito. La sociedad civil no participa del proceso de elaboración o discusión del informe estatal.

Solamente luego de la presentación al Comité, y a través del sistema establecido por los órganos de tratados, puede la sociedad civil conocer el informe estatal y preparar insumos con miras a la definición de la lista de cuestiones por parte del Comité o para las audiencias en las que se discutirá la situación particular de ese Estado. A la audiencia del Comité asiste una importante delegación de funcionarios públicos, que están en condiciones de complementar o profundizar la información presentada, según la lista de cuestiones y las preguntas de los miembros del Comité. Lamentablemente, este proceso no genera una discusión al interior de los ministerios y demás órganos que envían funcionarios a la sesión del Comité, sobre el instrumento internacional, las Observaciones o Recomendaciones Generales, la discusión con en particular el Comité, y respecto a las conclusiones y recomendaciones que el Comité aprueba.

Se constata el desconocimiento sobre el proceso de revisión periódica por parte de los funcionarios públicos directamente involucrados, así como respecto al contenido y alcance de las recomendaciones de los órganos de derechos humanos directamente vinculadas con sus competencias y funciones. No existe esfuerzo alguno para difundir las recomendaciones de los órganos de tratados y del Consejo de Derechos Humanos, excepto la posibilidad de encontrar las recomendaciones en el sitio web del INDH, y algunas de ellas en el sitio web de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Este proceso desarticulado y aislado repercute negativamente en la acción estatal en Chile relativa al tema. Solo de manera casual y en la medida en que la agenda política interna o el programa de gobierno incluye aspectos relacionados con las recomendaciones de los órganos de tratados, es que se observan acciones estatales que corresponden con los planteamientos de los órganos de Naciones Unidas. Chile desaprovecha la oportunidad y el valor de las recomendaciones, que constituyen insumos elaborados por expertos independientes y que debieran incluirse como criterios orientadores de las políticas públicas.

En relación a las acciones en curso, se observa que no existe un esfuerzo para incluir y considerar las recomendaciones de los Comités en las políticas públicas y por lo tanto, en la próxima revisión periódica, probablemente, se reiterarán varios de los motivos de preocupación y se formularán recomendaciones similares.

La revisión periódica por parte de los órganos de tratados y del Consejo de Derechos Humanos del sistema universal, debe entenderse como una oportunidad por parte del Estado. Permite, por una parte, que las dependencias públicas consideren la forma en la que las políti-

cas y programas a su cargo están considerando las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, y, por otra, que incorporen las recomendaciones de los órganos de tratados y del Consejo de Derechos Humanos como criterios orientadores de la política pública en Chile.

RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones anteriores se recomienda al Estado:

1. Impulsar la aprobación y pronta implementación del proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos, Boletín N°. 8.207-07. La Subsecretaría debe jugar un rol vital en el proceso de elaboración del informe, de difusión de las recomendaciones y de seguimiento en todas las políticas públicas que estén relacionadas con la promoción, garantía y protección de los derechos humanos.
2. El proceso de elaboración del informe estatal debe servir para promover espacios de discusión pública sobre las acciones que el Estado ha adelantado con el fin de cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El Estado y la sociedad civil deben reunirse para discutir la situación de los derechos humanos en el país –en relación al instrumento internacional para el cual se va a preparar un informe estatal– y deben reunirse luego del informe del Comité para discutir la puesta en práctica de las recomendaciones formuladas. Los funcionarios que asistan a las sesiones de discusión de la situación en Chile deben compartir con sus colegas los puntos de discusión e inquietudes de los miembros del Comité y difundir las recomendaciones con sus pares.
3. El rol de informar a los órganos de tratados y al Consejo de Derechos Humanos es una función que ejerce el gobierno, como conductor de las relaciones internacionales del Estado, que debe estar al margen de las consideraciones políticas del gobierno de turno. La visión y coherencia política de un Estado se debe plasmar en los informes periódicos que se presentan a los órganos del sistema universal.
4. Las recomendaciones de los órganos del sistema universal deben difundirse mediante un instructivo presidencial, y promover su discusión al interior de los órganos estatales con competencias relacionadas con ellas. Posteriormente, deben definirse las responsabilidades para discutir, e incluir dentro de las reformas legislativas, las políticas públicas y las acciones estatales, aquellas recomendaciones que se estimen adecuadas.

5. La información relativa a las revisiones periódicas por los órganos de derechos humanos debe estar disponible en un sitio web de fácil acceso y así cumplir con las funciones de transparencia activa a cargo del Estado.

**DERECHOS
HUMANOS DE LA
INFANCIA Y
ADOLESCENCIA:
¿ASEGURA EL
ESTADO A LOS
NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EL
DERECHO A VIVIR
EN EL SENO DE
UNA FAMILIA?***

* Informe elaborado por las investigadoras Camila De la Maza Vent, María Paz Riveros Calderón y María Paz Zarzar Encina, con la colaboración de Denisse Díaz Duarte, Víctor Briceño Crisóstomo y Katherine Llanos Soto.

SÍNTESIS

En el presente capítulo se evaluará la política pública enfocada en asegurar el derecho a vivir en familia de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), a la luz de los estándares internacionales de los derechos humanos. En este sentido, se aborda si el Estado asume sus compromisos en cuanto a generar las acciones de apoyo a las familias para que estas actúen como cuidadoras que promuevan derechos fundamentales y si permite, por otra parte, que sean las familias las que decidan como criar a sus hijo/as, mientras esas formas no sean contrarias a su interés superior, y si para aquellos casos en que un NNA no puede estar al cuidado de su propia familia, ya sea de modo temporal o permanente, el Estado provee de medios de cuidado alternativo y definitivos, como la adopción, que promuevan sus derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: Niños, Niñas, Adolescentes, Derecho a vivir en familia, Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Adopción

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo se dedicará a evaluar la política pública existente en cuanto a la protección y promoción del derecho a vivir en familia de todo niño, niña o adolescente (en adelante NNA), a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.

Existe un amplio consenso en la doctrina, jurídica y de las ciencias sociales, en cuanto a que es fundamental para el desarrollo tanto emocional, como cognitivo y físico de niños y niñas, vivir en el seno de una familia. Por ende se ha sostenido que “[L]a crianza en familia, exceptuando condiciones patológicas, constituye la vía de humanización más importante. Las instituciones, por relevantes y adecuadas que sean sus prestaciones, no parecen posibilitar el tipo de interacción que el niño necesita para el despliegue de su potencial.”¹

Según diversos estudios, el medio idóneo para el desenvolvimiento de niños y niñas es la familia, y han concluido que los cuidados institucionales generan graves daños, por ser estructuralmente negligentes.

De esta forma, es la propia Convención sobre Derechos del Niño, (en adelante Convención o CDN) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) las que dan reconocimiento expreso al derecho a vivir en familia y establecen una serie de estándares que el Estado debe cumplir para promover y proteger dicho derecho, asegurando que los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) puedan vivir en el seno de una familia.²

En virtud de lo anterior, y desde una perspectiva de la promoción y protección integral de los derechos humanos de NNA, es necesario que el Estado de Chile haga todo lo que esté a su alcance para asegurar que estos vivan en un medio familiar.

1 Triaca, Gisella, *Desarrollo psicológico en niños de 2 a 5 años*. Visto en: <http://sedici.unlp.edu.ar>.

2 H. Van Ijzendoor, Marinus et al., “Children in Institutional Care: Delayed Development and Resilience”, *Monographs of the Society for Research in Child Development*, 76(4), 8–30. doi:10.1111/j.1540-5834.2011.00626.x. Visto en: www.readcube.com.

Por eso en las páginas siguientes se evaluará si el Estado efectivamente cumple con ese estándar y con sus obligaciones en ese sentido.

Para este efecto, en primer lugar, se señalarán los estándares internacionales de derechos humanos en cuanto al derecho a vivir en familia, para luego indagar si en la política pública nacional de protección a la infancia se da cumplimiento a dichos estándares, especialmente en lo que concierne al cuidado alternativo y la adopción como herramienta de última ratio y enfocada en el respeto de los derechos humanos establecidos en la materia.

1. EL DERECHO A LA FAMILIA Y SU CONSAGRACIÓN EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

La CDN establece una serie de estándares de derechos humanos con respecto al derecho de todo NNA a vivir en el seno de una familia y además otros principios que guían el actuar de la sociedad y el Estado en torno a los NNA.

Para hacer efectivo el derecho antes descrito, de todo NNA, se pueden distinguir los siguientes estándares de derechos humanos:

- Deber de abstención: el primer estándar establece que el cuidado y protección de NNA es responsabilidad de sus progenitores y familiares –padres y/o adultos responsables– y el Estado debe abstenerse de intervenir en ese espacio bajo tales circunstancias siempre teniendo en consideración el interés superior de niños y niñas. Así, el artículo 5 en concordancia con el artículo 18 de la CDN imponen al Estado un deber de abstención. En esa misma línea, el artículo 16 de la CDN, así como otras disposiciones internacionales,³ consagra expresamente el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegítimas en la vida familiar.
- Promover acciones directas de apoyo a las familias: el segundo estándar desde el derecho internacional de los derechos humanos impone la obligación para el Estado de realizar acciones directas que generen apoyo efectivo a las familias para fortalecer sus competencias parentales, promoviendo que los NNA sean cuidados por ambos padres. Así lo señala el artículo 18 de la CDN.
- Separación de la familia de origen como último recurso: frente a un determinado hecho que conduzca a la decisión de separar a uno o ambos padres de sus hijos/as, ello debe ser –según los estándares establecidos por la CDN– una medida de última ratio

3 A saber, el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

y solo cuando esto sea necesario en virtud del interés superior de NNA,⁴ respetando los principios de necesidad, excepcionalidad, temporalidad, legalidad y legitimidad.⁵ El estándar fijado por el sistema internacional en este ámbito, establece que el Estado tiene la obligación de apoyar a la familia para superar una situación de vulneración de derechos de NNA, antes de tomar medidas tendientes a la separación de NNA de sus familias de origen. Lo anterior según se consigna en el artículo 9 de la CDN.

- Cuidado alternativo y adopción: por último, la normativa internacional también se sitúa en el evento de que los NNA no cuenten con un medio familiar estable. En tal caso, el artículo 20 de la CDN prescribe que se debe asegurar un medio idóneo de cuidado alternativo, evitando la institucionalización y promoviendo que dichos NNA puedan contar con un modo de cuidado definitivo, que respete su derecho a vivir en familia, como lo es la adopción. Cuando esta es declarada, la CDN señala que hay derechos básicos que se deben respetar, como el principio de subsidiariedad de la adopción, entendiéndose que es el último recurso, y que siempre se debe privilegiar a la familia de origen. Además, debe ser un procedimiento que respete y conserve el derecho a la identidad de NNA.

Por su parte el sistema interamericano de protección de derechos humanos también ha fijado ciertos estándares en relación al derecho de NNA de vivir en familia. A saber:

- La CADH ha reconocido el valor de la familia en su artículo 17.1, otorgándole expresa protección. Y ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha precisado a través de su jurisprudencia que el concepto de familia reconocido es bastante amplio, señalando que no existe “un concepto cerrado de familia ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma (...) el concepto de vida familiar no está reducido al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares”.⁶ También se ha pronunciado sobre el derecho a la familia en su Opinión Consultiva 17/02 del 28 de agosto de 2002, donde señala que “la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños

4 Entendiéndose por interés superior aquel principio que obliga a instituciones públicas o privadas a tomar la decisión más efectiva para resguardar todos los derechos fundamentales de NNA. Así lo entiende Miguel Cillero en su artículo “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.” Visto en: <http://www.escri-net.org>.

5 CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, pp. 76-96.

6 Corte IDH, *Caso Atala Riffo contra Chile*, Sentencia 24 de febrero de 2012. Párr.142 y 145.

(...) y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.⁷

- Por su parte, la CIDH ha precisado que la familia debe ser protegida por el Estado y de ello se desprende el derecho de los niños y niñas de vivir en el seno de ellas.⁸

Teniendo presente los estándares de derechos humanos fijados en virtud de las obligaciones que el Estado ha contraído a través de la suscripción de tratados internacionales, cabe preguntarse si el Estado de Chile cumple o no con ellos. Es decir, si entrega el apoyo necesario a las familias y cuidadores de NNA, si permite que sean los padres, madres y cuidadores quienes primordialmente guíen la crianza de los NNA, inmiscuyéndose solo cuando dicha crianza atenta en contra del interés superior. Y en los casos en que los NNA no cuenten con un medio familiar estable, proveer modos alternativos de cuidado adecuados para garantizar el derecho a la familia, fomentando un cuidado definitivo como la adopción.

2. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE SOBRE EL DERECHO A LA FAMILIA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2.1. Acciones de apoyo a las familias de origen

Al evaluar la política pública de promoción y protección al derecho a vivir en familia, en cuanto al estándar descrito relativo a la obligación que pesa sobre el Estado de dar apoyo a los cuidadores para fortalecer sus capacidades, cabe preguntarse entonces cuáles son las acciones concretas que debiera realizar el Estado para apoyar a las familias de NNA, para que se puedan hacer cargo de los niños y niñas.

Cabe distinguir dos tipos de acciones que debiera realizar el Estado para cumplir con este estándar. El primer tipo tiene que ver con generar las condiciones adecuadas para que cada persona adulta sea capaz de brindar cuidados y protección a los NNA que estén bajo su cuidado; y en un segundo lugar, aquellas acciones destinadas a que las personas puedan fortalecer sus competencias como cuidadoras.

En cuanto a la primera de las acciones, cabe preguntarse cómo las problemáticas sociales existentes en la actualidad influyen en cuanto a asumir cuidados protectores de NNA. Porque tal como lo develaron muchos de los entrevistados con ocasión de este *Informe*, muchas veces

7 Op.cit.

8 CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, pp. 17-18.

el impedimento para ejercer correctamente el cuidado de NNA pasa por dificultades socioeconómicas y no por competencias personales de padres y madres. En ese sentido, no se visualiza un apoyo a estas familias en los programas que el Estado ofrece a través de SENAME y su red de protección social.

Así, por ejemplo, la principal causa de ingreso a una residencia de un lactante es el abuso de drogas de su madre y la inexistencia de un padre y de otras redes familiares.⁹ Es preciso preguntarse qué hace el Estado en cuanto a su política sobre tratamiento de consumo problemático de drogas, y en qué sentido genera acciones para apoyar a padres y madres que no pueden cuidar a sus hijos por encontrarse envueltos en ese conflicto.

En ese mismo sentido, según entrevistados,¹⁰ un importante motivo por el cual los NNA son separados de sus familias, está relacionado con la existencia de violencia intrafamiliar. No obstante, la política pública en esta materia es bastante débil y no se observa una coordinación intersectorial para erradicarla.¹¹

En atención a lo anterior, y con el objetivo de evaluar las acciones de apoyo que debiera generar el Estado hacia las familias, sería importante conocer los motivos por los cuales cada NNA es separado de su medio familiar. Sin embargo, a partir de la información aportada por el SENAME, no es posible conocer en profundidad los motivos que llevan a tan drástica medida. El SENAME solo da cuenta de una causal general de ingreso a residencias llamada “protección de derechos”,¹² que no permite establecer específicamente el motivo por el cual el NNA se encuentra bajo el cuidado de una institución, porque no existe una definición ni legal ni administrativa sobre qué se va a entender por “protección de derechos”.

Ahora bien, en relación al sistema general de protección de derechos, el SENAME sí cuenta con información respecto a las causas de ingreso. En muchos casos se trata de causales asociadas a condiciones de pobreza o vulnerabilidad de las familias de los NNA. Así, por ejemplo, un 6,7% de NNA ingresan al sistema de protección especial de derechos por ser testigos de violencia intrafamiliar, un 17% por ser víctima de negligencia¹³ y un 8,3% por prevención. El dato más llamativo es que el 0,4% ingresa porque la familia tiene problemas de vivienda o habita barrios de alta vulnerabilidad.¹⁴ En este sentido, con respecto a una

9 Entrevista a Directora de Residencia, 6 de mayo del 2015.

10 Entrevista a Directora de Residencia, 6 de mayo del 2015.

11 En SENAME no existen políticas en este sentido y las mismas están circunscritas al Servicio Nacional de la Mujer.

12 Información proporcionada a través del propio Servicio, por medio de la Ley sobre acceso a la información pública; entregada el 28 de abril de 2015.

13 Cabe indicar que no existe una definición en ningún instrumento sobre qué se va a entender por “negligencia” ni cuál es el estándar para aplicar el concepto.

14 Anuario estadístico de SENAME 2014. En: www.sename.cl

problemática habitacional, la respuesta adecuada debiera ser el ingreso a un programa para mejoramiento u obtención de vivienda y no a uno de protección especial por vulneración de derechos.

Sumado a lo anterior, y entendiendo que según cifras de la encuesta CASEN en Chile un 22,8% de los NNA viven bajo la línea de la pobreza¹⁵, ocurre que la falta de una respuesta estatal integral para superarla genera que los NNA que viven en la pobreza estén sujetos a una mayor vulneración de sus derechos.

Es por ello que “los niños, niñas y adolescentes son los más afectados por la pobreza: la tasa de pobreza de las personas menores de 15 años se ubica de 1,1 a 2,0 veces por encima de la correspondiente a la población total”.¹⁶ De este modo, se puede señalar que un NNA por el solo hecho de ser pobre ya se encuentra en situación de vulneración de algunos de sus derechos, como a la salud o a la vivienda, y que para NNA vivir en la pobreza es un factor que aumenta su vulnerabilidad.¹⁷ Por lo anterior, se requieren acciones concretas y directas de parte del Estado que permitan a las familias superar dichas condiciones de pobreza, y que ello no se convierta en un elemento de castigo adicional para los padres de las familias vulnerables, como es, el ser separados de sus hijos/as.

En este sentido, la información obtenida por medio de las distintas entrevistas realizadas para este *Informe*, da cuenta de que en los casos en que los NNA son víctimas de algún tipo de vulneración grave de derechos mientras se encuentran al cuidado de sus familias y el Estado interviene por medio de la protección especial de derechos de NNA, puede ocurrir que se trate de una forma de intervención que se aleja del estándar permitido por la Convención, ya que en muchas ocasiones el Estado actúa por medio de la estigmatización, castigando la pobreza y desconfiando de las familias de origen por el solo hecho de ser pobres.

Ahora bien, cabe destacar que el Estado sí ha desarrollado una política para dar una respuesta integral a las necesidades de los niños y niñas vulnerables y sus familias. Ese es el programa Chile Crece Contigo, constituido como una política universal de promoción y protección de la primera infancia. Actúa con los lactantes desde que nacen hasta que cumplen 4 años. Se trata de un programa que ha sido un modelo para la región por su condición de universalidad, ya que aborda a todos los niños y niñas que nacen en el sistema público de salud y lo hace de modo sistémico e integral para tratar problemáticas multi-

15 Segundo informe Observatorio niñez y adolescencia: Infancia cuenta en Chile 2014. En: <http://www.observatorioninez.cl>

16 Claudia Giacometti y Laura Pautassi, “Infancia y (des)protección social, un análisis comparado de 5 países latinoamericanos.” En: www.cepal.org, Noviembre 2014.

17 *Ibid.*, cit.

dimensionales.¹⁸ En este ámbito, el programa cuenta con subsistemas especialmente dedicados a generar acciones de apoyo a las familias de los niños y niñas, tales como nivelación de estudios, inserción laboral, mejoramiento de las viviendas y de las condiciones de prevención y atención de la violencia intrafamiliar y el maltrato infantil.

Sin duda parece ser un gran aporte a la política pública, pero todavía queda una gran deuda ya que este programa solo interviene con niño/as de hasta 4 años de edad. Resulta indispensable que el programa tenga cobertura hasta que los NNA cumplan 18 años.¹⁹

2.2. Intervención del Estado en la crianza e interés superior de niños, niñas y adolescentes

Según indica el estándar sustentado desde el derecho internacional de los derechos humanos, para la intervención estatal en la crianza de NNA, como medida de última ratio, esta se debe producir única y exclusivamente cuando el interés superior de NNA se vea comprometido. Desde este punto de vista, la Convención de Derechos del Niño establece que son los padres las principales personas llamadas a definir las pautas de crianza de sus hijos, y que mientras estas no afecten el interés superior de los NNA, el Estado no debe intervenir en ellas. En las líneas siguientes, se analizará si Chile cumple con dicho estándar, y si interviene solo cuando se trata de proteger el interés superior de NNA.

En primer lugar, se puede señalar que cuando NNA ingresan al sistema de protección de derechos del SENAME²⁰, no se observa una respuesta sistémica relativa a la intervención del Estado en la crianza de NNA, que apunte al estándar de intervención estatal como último recurso y en aras de proteger el interés superior de NNA. Ello porque los programas ambulatorios que tienen entre sus objetivos la intervención con la familia –que son seis tipos de programas–²¹ no logran articular una respuesta intersectorial y sistémica que apunte al interés superior de NNA. Más bien, se puede observar que aun el Estado actúa desde la doctrina de la situación irregular, la que primaba en Chile hasta antes de la ratificación de la CDN, y que considera que los niños y niñas son objetos de protección para el Estado con una mirada asistencialista y centrada en el control social. Lo anterior significa que interviene a las familias desde un concepto estigmatizado

18 Entrevista a abogado experto en infancia, 12 de Mayo de 2015.

19 *Ibid.*

20 Organismo técnico que tiene a su cargo la ejecución de políticas públicas cuando hay vulneración de derechos de NNA.

21 Programa de prevención comunitaria (PPC); Programa de intervención breve (PIB); Programa de intervención especializada (PIE); Programa de prevención focalizada (PPF); Programa de Reparación de Maltrato (PRM) y Programa de fortalecimiento familiar (PPF). Este último programa se instauró en 2012 y 2013 en 5 comunas, pero no hay ninguno de ellos en el catastro de SENAME de 2014 y 2015.

de las mismas y no desde las verdaderas necesidades que tienen NNA en el contexto de la vulneración de sus derechos. Ejemplo de ello ha sido lo develado por actores entrevistados a propósito de este *Informe –litigantes, magistrados y funcionarios–* quienes señalaron que en el sistema proteccional la condición socioeconómica de las familias muchas veces es entendida por *sí sola* como una causal de vulneración de derechos. Señala una magistrada: “Hay que recordarle a nuestras instituciones que la situación socioeconómica no puede constituir jamás motivo de separación de su grupo familiar (lo que) en el ámbito proteccional, se olvida. Tuvimos informes de padres cesantes, de casas sin luz, esto es inaceptable”.²²

Además, entre los datos cuantitativos que presenta el SENAME en su Anuario Estadístico 2014, se mencionan las causales en virtud de las cuales los NNA ingresan de modo general al sistema de protección de derechos. En la mayoría de los casos no se hace mención específica a cuál es la situación de vulneración que está viviendo el NNA y que afecte su interés superior como para hacer necesaria la intervención del Estado. En el plano cuantitativo, figura un total de 111.440 NNA ingresados al sistema. El desglose es el siguiente:

- 29.966 ingresan por solicitud de diagnóstico ambulatorio.
- 43.292 a algún programa ambulatorio por ser víctima de abuso sexual o maltrato.
- 9.300 por prevención.
- 13.212 por inhabilidad de uno o ambos padres.
- 5.598 a través de una medida de protección.
- 5.457 otros motivos sin especificar.
- 1.954 por deserción escolar.
- 716 por una falta o delito no penalizable.
- 897 por tratarse de niños/as de la calle o en situación de trabajo infantil.
- 505 por problemas socioeconómico de sus familias.
- 250 por ser víctimas de abandono o cedidos en adopción (cifra sin desagregar).
- 158 nonatos en gestación.
- 135 por consumo problemático de drogas.

De acuerdo a los datos analizados, es posible concluir que no existe claridad respecto a los motivos por los cuales el Estado interviene, o si acaso es el interés superior de niños y niñas el principio que funda dicha intervención. La información disponible solo permite dar cuenta de una intervención del Estado fundada muy lejos del interés superior de NNA,

22 Entrevista realizada a magistrada, 29 de abril del 2015.

sin considerar el estándar de internacional, basada más bien en la desconfianza y la estigmatización de familias con vulnerabilidades.²³

Con respecto a este punto, la información proporcionada por los entrevistados fue concluyente al señalar que “una vez que las familias ingresan al sistema, todos los actores las tratan mal, con mucha desconfianza, culpabilizándolas de que sus hijo/as se encuentren en esas condiciones (...) además les exigen una súper conducta que es imposible de cumplir para cualquier familia (...) en las visitas domiciliarias que se hacen a las familias, uno puede ver que dan cuenta de, por ejemplo, no se encuentra la loza lavada del día anterior, había cerveza en el refrigerador (...) creo que si me hicieran una visita domiciliaria a mí, ¡me quitan al gato!”²⁴

Sumado a lo anterior, cabe precisar que de aquellos Programas de SENAME que se encuentran en la Región Metropolitana, cuyos lineamientos consideran la intervención con la familia de origen, se encuentran solamente ubicados en comunas de alta vulnerabilidad, tales como La Granja, Lo Espejo, Maipú, Pedro Aguirre Cerda, La Florida, La Pintana, Lo Espejo, Peñalolén, Pudahuel, Puente Alto, Recoleta.²⁵ Cabe preguntarse, entonces, si por ejemplo, en comunas como Providencia o Vitacura no hay NNA que en virtud de la protección de su interés superior requieran intervención del Estado. Desde ese punto de vista, pareciera que el Estado de Chile dirige su mirada solo a las vulneraciones de derechos de una parte de la población, ejerciendo un medio de control social –con la excusa de la protección– y dejando en la indefensión a NNA que a pesar de contar con recursos económicos, pueden sufrir vulneraciones en su medio familiar.

Otro de los aspectos que cabe destacar tiene que ver con el número de programas que intervienen con cada familia. La política de protección de derechos establecida por el SENAME cuenta con un variado número de programas que responden a diversos objetivos. Muchas veces ocurre que una misma familia debe participar en varios programas para intentar resolver diferentes problemáticas, generando, a veces, más que un apoyo, una importante carga para las familias, que se ven sobrepasadas por el grado de sobreintervención que padecen. Así lo han señalado entrevistados: “el gran problema que tenemos hoy en día es lo fragmentaria de la política pública, el niño de SENAME es el ‘niño del Sename’ y el niño discapacitado es el ‘niño discapacitado’, y SENAME es el ícono de esto (...) existen variados programas cada uno para cada objetivo, lo que además genera costos altísimos para el Estado, porque cada programa realiza un diagnóstico y trabaja con

23 Entrevista realizada a magistrada, 11 de mayo de 2015.

24 Entrevista realizada a Magistrada, 29 de Abril del 2015.

25 Catastro, op. cit.

los niño/as o sus familias desde un objetivo específico”.²⁶ En este sentido, si se analiza el catastro de la oferta programática del SENAME se puede observar que existen al menos siete tipos de programas diferentes que entre sus bases técnicas cuentan con el objetivo de trabajar con la familia de origen.²⁷

2.3. Parámetros para la separación de la familia de origen como último recurso y medios de cuidado alternativo

Mucho se ha escrito e investigado sobre el tema de la separación de los NNA de su familia de origen, y las conclusiones ampliamente aceptadas son concordantes en cuanto al incumplimiento del Estado en torno a entender la separación como el último recurso. Por el contrario, la institucionalización es prácticamente la única respuesta que existe frente a una situación problemática que afecte a NNA. En este sentido, el capítulo de protección de derechos de NNA publicado en el *Informe 2014*, se refirió ampliamente al tema, concluyendo así: “en cuanto al Sistema Residencial, es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional. Para ello, particularmente se requiere la aplicación de causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinación de plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos, implementación cuantitativamente mayor de los programas de familias de acogida que permitan dar una respuesta distinta frente a la necesidad de separar a un niño o niña de su familia de origen.”²⁸

Una investigación de la Cámara de Diputados²⁹ sobre el tema, planteó conclusiones altamente preocupantes sobre el sistema residencial en Chile, estableció que no solo no se da cumplimiento a los estándares de derechos humanos aquí tratados, sino que además en las instituciones ocurren nuevas vulneraciones graves de derechos, aparte de aquella relativa al derecho de familia.³⁰

En virtud de lo anterior, en el presente documento no se tratará con mayor profundidad el tema del Sistema Residencial en Chile, ya que fue tratado ampliamente en el *Informe* del año pasado. Basta con lo expuesto en este acápite para señalar que todavía falta mucho para que el Estado chileno adecue su actuar en cuanto al estándar exigido para la separación de NNA de su medio familiar.

26 Entrevista realizada a abogado experto en infancia, 12 de Mayo de 2015.

27 En Catastro, op. cit.

28 Camila De la Maza y María Paz Riveros, “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de NNA.” *Informe 2014*.

29 Informe Comisión Cámara de Diputados, visto en: www.ciperchile.cl

30 Para más información sobre el Sistema Residencial en Chile y el incumplimiento del Estado de los estándares de Derechos Humanos, ver *Informe 2014*, Ciper Chile.cl: “Niños protegidos por el Estado: los estremecedores informes que el poder judicial mantiene ocultos”, 5 de Julio del 2013, www.ciperchile.cl.

2.4. Mecanismos para otorgar un medio familiar adoptivo

Como último medio para asegurar el derecho a vivir en familia, se encuentra la adopción, figura que se establece para aquellos casos en que los NNA no cuentan con un medio familiar estable que pueda proporcionarles el cuidado que requieren, evitando con ello el abandono y la institucionalización. La adopción se entiende como un mecanismo subsidiario y de última ratio, es decir, opera cuando la familia de origen no puede hacerse cargo del cuidado. Además, en los procesos de adopción se deben señalar los mecanismos para preservar el derecho a la identidad de NNA, que se encuentra establecido en el artículo 8 de la Convención. En este ámbito es necesario preguntarse si la política pública de adopción en Chile se adecua a los estándares internacionales descritos con anterioridad.

La política pública de adopción en Chile se basa en la Ley 19.620 sobre adopción de menores (en adelante, LA) dictada en 1999. Su principal objetivo fue modernizar las leyes que existían hasta entonces en materia de adopción y adecuar dicha normativa al derecho internacional vigente, en especial a la CDN. La Ley 19.620 estableció el procedimiento de susceptibilidad de adopción, con el fin de resguardar el derecho de los NNA a vivir en su familia de origen, cuando existen familiares que se oponen a dicha declaración y se cumplen las causales que establece la ley para que el NNA sea declarado susceptible de ser adoptado.

Sin embargo, la LA presenta numerosas insuficiencias y vacíos que han sido evidentes en su implementación y que vulneran el derecho de los NNA a vivir en familia. Estos vacíos se analizarán en relación al principio de subsidiariedad de la adopción y al derecho a preservar la identidad.

Nuestra actual normativa en materia de adopción no proporciona conceptos claros sobre la materia. No profundiza en definiciones en cuanto a qué debemos entender por adopción ni respecto a los principios que deben regir el procedimiento y el catálogo de derechos que asiste a los NNA cuando participan de un proceso de adopción.

En relación a las causales que generan que un NNA sea susceptible de adopción, la Ley 19.620 establece dos: la inhabilidad física o moral de los padres y el abandono.

En cuanto a la inhabilidad física o moral de los padres, la LA se remite al artículo 226 del Código Civil, el cual a su vez se refiere a la ley de menores³¹ para definir este concepto. La norma hace la siguiente

31 Normativa que se encuentra basada en la doctrina de la situación irregular, la cual se contraponen a la protección integral de la infancia y adolescencia a la que apuntan las modificaciones legislativas que se han llevado a cabo en los últimos años en nuestro país, de conformidad a los principios que inspiran la CDN. Ver Camila De la Maza y María Paz Riveros, "Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección

te enumeración sobre lo que se entiende por inhabilidad: 1) aquellos padres incapacitados mentalmente; 2) los que padecieren alcoholismo crónico; 3) los que no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4) cuando consintieren que el hijo se entregue a la vagancia o mendicidad; 5) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6) cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia del niño en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7) cuando cualquier otra causal coloque al niño en peligro moral o material.³²

En cuanto al abandono, la ley de adopción establece dos supuestos para que se configure: 1) cuando los padres no le proporcionen atención personal o económica al NNA durante un plazo de 2 meses, y en caso de ser el niño menor de un año, un mes; 2) cuando los padres entreguen al NNA con la intención manifiesta de liberarse de sus obligaciones legales.

En este sentido, las causales que establece la Ley 19.620 presentan varios errores que finalmente derivan en una deficiente aplicación objetiva de las mismas y en que no se respetan, en los procedimientos de adopción, los derechos fundamentales de NNA. Llama la atención que la LA se remita a la ley de menores para determinar los criterios para determinar si existe inhabilidad física y moral de los padres. Esto ocurre porque la ley de menores se basa en la doctrina de la situación irregular que entiende que los NNA son objetos de protección y no sujetos de derechos. Normativa que a la luz de la Convención y la doctrina de la protección integral debiera, bajo todo punto de vista, derogarse lo antes posible.

Además de lo anterior, se puede señalar que las causales sobre inhabilidad parental son vagas: no señalan, por ejemplo, qué es una incapacidad mental, o qué debemos entender por padres que no velan por la crianza de sus hijos. Asimismo, las causales son anacrónicas y el punto de partida es una visión muy estigmatizada de los NNA y sus familias y no el interés superior de aquellos. De este modo, se puede señalar que “científicamente no existe concepto de las habilidades parentales, (para los psicólogos) nunca ha existido un ramo así en la universidad, los psicólogos no tienen una formación necesaria en eso y mal podrían evaluar dichas habilidades. (...) Entonces, planteada la cuestión, es una locura, para mí estas habilidades parentales son un intento de blanquear un concepto oscuro y negro de la legislación que es la inhabilidad física y moral (...) Las referencias teóricas del término están en un psiquiatra chileno, Jorge Barudi, que escribió ‘los buenos tratos de la infancia’, pero nunca lo hizo con la intención de separar al niño ni temporal ni definitivamente de su familia.(...) Los psicólogos no están preparados para hacer evaluaciones

de derechos fundamentales de NNA”, *Informe 2014*.
32 Artículo 42, Ley 16.618.

y sin embargo lo hacen, y no existen medidas objetivas, no existen test en los cuales se basen las evaluaciones.”³³

Por tanto, en relación a la inhabilidad parental, en Chile existe una diversidad de puntos de vista respecto a qué la constituye. Consultados diversos actores en la materia, algunos apuntan a la incapacidad de abordar las necesidades de los hijos, no tener la capacidad de empatía respecto de sus requerimientos, no garantizar sus derechos fundamentales, etc.³⁴ La importancia de encontrar una unidad en este concepto radica en que en él se basa, nada menos, la justificación para proceder a la separación temporal o permanente de un NNA de su familia.³⁵

Desde la psicología, las competencias parentales han sido definidas como “el resultado de un ajuste entre condiciones psicosociales en las que vive la familia, el escenario educativo que los padres o cuidadores han construido para realizar su tarea vital”.³⁶ Para desarrollarlas se requieren oportunidades para ponerlas en práctica, el aprendizaje de las habilidades y el reconocimiento social de haberlas adquirido para mantener la motivación a continuar en su perfeccionamiento. Es importante destacar que la habilidad parental no es antónimo de la inhabilidad parental, ya que la primera alude a las características de los padres en la crianza de sus hijos, mientras que la segunda se refiere a la fundamentación de la separación del NNA de sus padres.³⁷

El concepto de inhabilidad parental ha sido usado por la jurisprudencia en relación a la “sana crítica” y, por tanto, dejado a la plena discrecionalidad de los jueces respecto de lo que entenderán por este concepto. Por ende, fallarán de acuerdo a sus convicciones. Esto puede resultar riesgoso, ya que, de las entrevistas realizadas, fue posible observar la disparidad de criterios que existen en los Tribunales de Familia en causas de susceptibilidad de adopción, debido precisamente a las distintas convicciones que la/os magistrada/os tienen en la materia. Una magistrada reconoce abiertamente ser partidaria de la adopción, ya que considera muy difícil y poco probable que una madre que no tiene a su cuidado a sus hijos mayores pueda hacerse cargo de uno menor.³⁸ Otra magistrada discrepa radicalmente de esta postura al considerar que presumir de antemano que porque una madre no ha criado

33 Entrevista realizada a psicólogo experto en infancia, académico de la Universidad Alberto Hurtado, 6 de Mayo de 2015.

34 M. José Rodrigo, Juan Carlos Martín y otros, “Las Competencias Parentales en Contexto de Riesgo Psicosocial”, *Revista Intervención Psicosocial*, Vol. 18, N°2, 2009, pp. 115.

35 Op. cit. p. 116.

36 *Ibid.*

37 Matías Marchant, Lucía Agorte y otros, Resumen ejecutivo, resultados del proyecto “Sistematización de los procesos realizados para declarar susceptibilidad de adopción por la causal de inhabilidad parental en organismos de la red metropolitana.” Noviembre 2011, pp. 22.

38 Entrevista, 7 de mayo de 2015.

a sus mayores no va a estar preparada para criar a uno menor es un prejuicio, y no se puede partir de esa base. Agrega que las familias que enfrentan juicios de susceptibilidad de adopción son familias vulnerables que vienen con una suerte de “desesperanza aprendida” por no haber sido escuchadas, debido precisamente a los prejuicios que existen en su contra.³⁹

De este modo, sería posible concluir que en los casos de susceptibilidad de adopción, en virtud a la falta de definiciones legales y criterios uniformes en cuanto al concepto de inhabilidad parental, el resultado de estos juicios depende en cierta medida, de las convicciones personales que tenga la/el magistrada/o que toma el caso, pudiendo distinguirse entre aquellos que son “pro adopción” y los que son “pro familia de origen”. De esa manera priman concepciones preconcebidas y no los antecedentes propios de cada caso ni menos el verdadero interés superior del NNA sometido/a al procedimiento judicial.

Lo anterior cobra todavía más importancia cuando la mayoría de los NNA adoptados en Chile lo son por medio de juicios de susceptibilidad y especialmente en cuanto a la causal de inhabilidad parental. Así según datos aportados por el Anuario Estadístico del SENAME, de los NNA declarados susceptibles de ser adoptados en todo el territorio nacional, 127 de ellos lo son por inhabilidad de uno o ambos padres, mientras solo 4 de ellos lo son por abandono. En este sentido, entendiendo que según indica la CDN la adopción debe ser el último recurso, debería haber causales claras y concretas que permitan evaluar adecuadamente las condiciones de las familias de origen en atención al interés superior de NNA.

Es importante en este punto destacar que la LA especifica, en cuanto a las causales para declarar la susceptibilidad de adopción, que la falta de recursos no es causal suficiente para declararla. Sin embargo, en base a la información solicitada para este *Informe*, entrevistas realizadas a distintos actores que intervienen en el proceso y documentos analizados, se ha podido concluir que las familias de origen de los NNA que son adoptado/as se encuentran en la mayoría de los casos en situación de alta vulnerabilidad, siendo con frecuencia víctimas de pobreza multidimensional que las priva no solo de recursos económicos, sino también de varios de sus derechos. En este sentido la pobreza parece ser una consideración importante a la hora de declarar la susceptibilidad de adopción de un NNA.

Según la información aportada por el SENAME, a través de la ley de acceso a información pública, no existen cifras en cuanto al nivel socioeconómico de los NNA declarados susceptibles de ser adoptados o de las familias de origen. Esto se debe, según señala el SENAME, a

39 Entrevista, 8 de mayo de 2015.

que dicha información no incide en la tramitación de estos juicios. No obstante, tanto la/os magistrada/os como abogada/os entrevistada/os con ocasión de este *Informe* concuerdan en que las familias de origen en los juicios de susceptibilidad de adopción son de estratos socioeconómicos bajos, ya que en general son representadas en estos juicios por la Corporación de Asistencia Judicial o por Fundaciones o Clínicas Jurídicas.⁴⁰ De esta misma forma una de las abogadas entrevistadas señala que “existen otras causales para declarar la susceptibilidad de adopción que tienen que ver más con la pobreza, ya sea las condiciones de habitabilidad, las mismas privaciones socio-culturales que tienen las familias de origen, lo que no es una inhabilidad en sí misma, sino que una realidad país.”⁴¹

De acuerdo a lo señalado, la evidencia indica que los juicios de susceptibilidad son mayoritariamente contra familias de alta vulnerabilidad. Esto pareciera indicar que tras los juicios de susceptibilidad de adopción existe discriminación y estigmatización a las familias de origen y una creencia arraigada de que un NNA que proviene de una familia con tantas carencias necesariamente va a estar mejor con una familia adoptiva de mayores recursos económicos y culturales.

En este sentido varios de los entrevistados se refirieron a la discriminación que viven las familias de origen no solo en los Tribunales sino también en gran parte del sistema de infancia. Es así como, por ejemplo, un psicólogo experto en infancia llamó la atención sobre el trato que les dan a las familias en las Residencias donde se encuentran los NNA, generando en ellas la sensación de desconfianza y amenaza constante. Señaló que él ha visto cómo en algunas instituciones revisan a los familiares antes de ingresar y les piden carnet de identidad, además de establecer restringidos horarios de visitas, como si estuvieran ingresando a una cárcel, lo que añade excesivas dificultades en el vínculo de los NNA con sus familias.⁴² En el mismo sentido una abogada experta en juicios de adopción, ha podido observar el trabajo que se realiza en las Residencias con la familia de origen, que se carece en muchos casos de altura de miras: se establecen relaciones de desconfianza entre profesionales y familias de origen, malos tratos y discriminación, lo que finalmente significa un debilitamiento de los vínculos familiares de los NNA. Con ello se propicia que una familia sea declarada inhábil y el NNA sea declarado/a susceptible de ser adoptado.⁴³

Por tanto, es posible concluir, con respecto a este punto, que habría un doble incumplimiento por parte del Estado en cuanto al derecho

40 Entrevista, 8 y 11 de mayo de 2015.

41 Entrevista a abogada de Corporación de Asistencia Judicial, 11 de mayo de 2015.

42 Entrevista a psicólogo experto en infancia, académico de la Universidad Alberto Hurtado, 6 de Mayo de 2015.

43 Entrevista a abogada de Corporación de Asistencia Judicial, 11 de mayo de 2015.

de NNA de vivir con su propia familia: en primer lugar, se trata de un Estado que no cuenta con una política social integral que permita a las familias contar con un piso mínimo para hacerse cargo de sus propios hijo/as (salud, educación y vivienda de calidad, a lo menos) y, en segundo lugar, cuando esas familias tienen a su cargo NNA el Estado las estigmatiza considerando que por esas dificultades y carencias profundas en las que se encuentran están condenadas a ser malos cuidadores, padres o madres inadecuados para el interés superior de NNA, y que más vale declarar la susceptibilidad de adopción.

Por otra parte, en relación al procedimiento judicial para declarar la susceptibilidad de la adopción, existen otros impedimentos para que este se desarrolle de acuerdo con el estándar que persigue que la adopción sea un último recurso para resguardar el derecho a vivir en familia de NNA. Lo anterior se relaciona con el rol que debe ocupar el SENAME y sus organismos colaboradores: aportar informes en los juicios de susceptibilidad que avalen la veracidad de la petición⁴⁴ y, a su vez, trabajar con las familias de origen, generando muchas veces incentivos cruzados o derechamente incompatibles. Por ejemplo, en el caso de SENAME y también de los colaboradores que tienen a su cargo Residencias en las que los NNA se encuentran por medio de una medida de protección, deberían tener entre sus tareas vincular al NNA con su familia de origen nuclear y extensa, pero a la vez como institución están solicitando la susceptibilidad de adopción. Ese doble rol genera dudas razonables en cuanto a los intereses que tiene el organismo en cada caso concreto y sus posibilidades de actuar de manera independiente.⁴⁵

Sumado a lo descrito anteriormente, en los juicios de susceptibilidad son las instituciones demandantes quienes emiten informes periciales en estas causas y, por tanto, juegan un rol de parte y perito en estos juicios. Una magistrada entrevistada destaca la falta de seriedad y profesionalismo en quienes emiten estos informes, por no existir un trabajo real con la familia de origen: “En general los informes, mientras más largos son los juicios, uno ve que el primer informe dice algo que se va repitiendo sucesivamente, se van cambiando las fechas, y uno no ve un trabajo real con la familia de origen”.⁴⁶ Asimismo, podemos ver reflejada esta opinión en un fallo de los Tribunales de Familia de Santiago: “que siendo la adopción la última medida que se debe tomar respecto de un niño y no habiéndose acreditado con los informes incorporados en la audiencia de juicio, la inhabilidad de los padres pues dichos informes son confusos, contradictorios entre sí, no señalan la metodología utilizada si realizaron entrevistas presenciales, lo que a juicio de esta

44 Artículo 15 Ley 19.620.

45 Entrevista a Directora de Residencia de lactantes, 6 de mayo de 2015.

46 Entrevista a magistrada, 11 de mayo de 2015.

sentenciadora son poco concluyentes, es que se rechaza la solicitud de Susceptibilidad de Adopción”. 12 de diciembre de 2009, Segundo Juzgado de Familia de Santiago.⁴⁷

En relación al derecho a preservar la identidad, también estándar fijo de la normativa internacional, ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Es así que la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. De igual forma, la Corte ha reconocido que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos y sin ánimo de exhaustividad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.⁴⁸

De este modo y en relación a la importancia de preservar la identidad para la dignidad de la persona humana, es un deber del Estado tener modelos que permitan preservar la identidad de NNA adoptados. No obstante lo anterior ha sido posible concluir que en nuestro país no existe una legislación acorde para garantizar este derecho, y las prácticas son múltiples, por lo que no en todos los casos se hacen esfuerzos por conservar la historia de los niños y niñas en aras de preservar su derecho a la identidad. La profesora Gómez de la Torre señala: “para que una persona logre desarrollar su personalidad necesita conocer su identidad, es decir, conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quiénes constituyen su familia”.⁴⁹ Así, el reglamento de la LA establece que el SENAME o el organismo acreditado que intervino en la adopción, podrá asesorar a aquellas personas que, por resolución judicial, hayan sido autorizadas para recabar información sobre su adopción.

Así, en nuestro país no existe un procedimiento ágil para obtener la información sobre un proceso de adopción. Con respecto a este punto, existen importantes experiencias en algunas Residencias en cuanto a la elaboración de libros de vida, en los cuales se guarda toda la información del niño o niña durante su estadía en ese lugar. Se trata de dar cuenta de la “experiencia vincular que ha tenido el niño con su tía significativa, y con personas que han sido relevantes para el

47 Boletín Departamento de Estudios CAJ, Julio 2011, página 6 y 7.

48 Corte IDH, *Caso Gelman contra Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122, y *Caso Fornerón e Hija contra Argentina*, supra, párr. 123.

49 Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *El Sistema Filiativo Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 49.

desenvolvimiento del niño, celebración de fiestas patrias, las salidas, cumpleaños, amigos que han sido relevantes. Por medio del libro se le explica al niño que no estuvo abandonado, que fue querido, pero que por algún motivo específico no se pudo seguir con el procedimiento de reincorporación con alguna persona de su familia”.⁵⁰ Por otra parte, un funcionario de la Unidad de Adopción del SENAME, señala que ellos tienen la obligación de destruir toda información con respecto a la estadía del niño o niña en la Residencia y que las personas en búsqueda de sus orígenes solo pueden tener acceso a los datos que guarda el Registro Civil de su familia de origen, por medio de la apertura de expediente a la que se refiere la Ley 19.620.⁵¹ Lo anterior constituye un incumplimiento importante al derecho a la identidad de niños y niñas establecido en el artículo 8 de la CDN.

Al respecto, el proyecto de modificación de la LA en actual tramitación, pretende mejorar esta falencia de nuestro sistema, para así garantizar el derecho a la identidad y a la preservación de la misma, establecido en la CDN. El proyecto dispone que la información se le solicitará al Tribunal de Familia a través de un procedimiento no contencioso.

Cabe indicar que, desde octubre de 2013, se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que busca modificar la Ley 19.620⁵² con el objetivo de garantizar la subsidiariedad de la adopción, agilizar los procedimientos establecidos en materia de adopción y regular los requisitos y condiciones para adoptar y ser adoptado. En este sentido, pretende adecuar nuestra normativa en materia de adopción a los estándares internacionales de derechos humanos. Así, el proyecto establece y define los principios aplicables a la adopción: el interés superior del niño, el derecho de la NNA a vivir en familia, la responsabilidad del Estado, subsidiariedad de la adopción, el derecho a ser oído, el derecho a conocer los orígenes, y la reserva.

Otro de los aspectos que salió a la luz por medio de la presente investigación tiene que ver con la falta de respuesta que existe en la política pública para aquellos NNA que se encuentran en situación de abandono, pero que no cumplen con lo que el SENAME llama el “perfil de adoptabilidad”. Según la información aportada por el Servicio por medio de la Ley de Acceso a la Información Pública “la adoptabilidad del niño/a considera aspectos de tipo jurídico psicológico, sociales y médicos, que en su conjunto permiten determinar que un niño/a está en condiciones de integrarse a una familia adoptiva”. Por otra parte, según indicó un funcionario entrevistado, de la Unidad de Adopción del SENAME,⁵³ hay niño/as quienes por sus especiales condiciones, no

50 Entrevista a Directora de Residencia, 6 de Mayo de 2015.

51 Entrevista a funcionario de Unidad de Adopción, 5 de Mayo de 2015.

52 Boletín n° 9119-18. En www.camara.cl.

53 Entrevista a funcionario de Unidad de Adopción, 5 de Mayo de 2015.

cuentan con posibilidades de ser adoptados, por lo cual el SENAME de antemano descarta la opción de solicitar la susceptibilidad. Lo anterior se fundamenta en que se supone que no hay familias adoptivas que estén interesadas en adoptar a niño/as que no cumplen con ciertos criterios. En este sentido el funcionario de Unidad de Adopción entrevistado señaló que los criterios observados para determinar si un niño o niña cuenta con un perfil de adoptabilidad tienen que ver, en primer lugar, con la edad, no pueden tener más de siete años; ciertas condiciones psicológicas, entendiéndose por estas que el niño/a cuente con capacidad de adaptación y vinculación; además, que se trate de un niño/a en condiciones adecuadas de salud “porque las familias solicitantes en general piden niño/as en dichas condiciones, por lo que niño/as, por ejemplo, que padecen enfermedades catastróficas o enfermedades mentales, no tienen ninguna posibilidad de ser adoptado/as”.⁵⁴

Lo grave de la situación mencionada es que en muchos casos es posible encontrar a niño/as en situación de abandono, pero, por su edad o condición de salud, el Estado decide de antemano no abrir causa de adopción, sin realizar siquiera los esfuerzos por buscar una familia adoptiva. Esta situación se da fuera del margen de la legislación, porque en la Ley 19.620 en ningún caso se establecen cuestiones relativas a alguna declaración administrativa de adoptabilidad previa a una declaración judicial, en cambio se señalan claramente cuáles son las dos causales para que un NNA pueda ser declarado susceptible de ser adoptado: abandono e inhabilidad parental, como ya se mencionó. De hecho, el estándar de derechos humanos plantea que la adopción debería restituir el derecho a vivir en familia para aquellos niño/as que no cuentan con una. En consecuencia, por medio de esta declaración de adoptabilidad y la decisión de dejar fuera de la posibilidad de adopción a un grupo de niño/as, se está vulnerando gravemente el derecho de ellos y ellas a vivir en el seno de una familia. De esta forma, desde un enfoque de derechos humanos se podría esperar, al menos, que el Estado tome todas las medidas para que los NNA que están en situación de abandono puedan tener posibilidad de una familia adoptiva, y que si no hubiesen familias interesadas en dichos niños, se busque otra solución para restituir el derecho a vivir en familia de ese niño/a. Pero el Estado chileno, mediante una medida administrativa, lo que hace es privar de antemano a niños y niñas de la posibilidad de restituir su derecho a vivir en familia a través de la adopción.

Se ha podido observar que para aquellos NNA que no cuentan con lo que el SENAME denomina perfil de adoptabilidad, la respuesta la debiera dar el sistema de protección de derechos. Sin embargo, dicho sistema carece de todas las herramientas necesarias para poder asegurar a

54 Entrevista a funcionario de Unidad de Adopción, 5 de Mayo de 2015.

los NNA el derecho a vivir en familia. Es así como muchos de esos niño/as se encuentran prácticamente condenados a estar institucionalizados sin tener posibilidades reales de optar por una familia definitiva.⁵⁵

En atención a lo señalado anteriormente, es posible concluir que el Estado de Chile no da cumplimiento a los estándares de derechos humanos en materia de adopción. En este sentido, no se considera la adopción como la forma de restituir el derecho a vivir en familia para aquellos casos en que NNA se encuentran en situación de abandono, dejando a muchos niños y niñas sin una respuesta. Por otra parte, en muchos casos no se establece la adopción como una forma subsidiaria de asegurar el derecho a la familia, ni tampoco una estrategia sistemática para conservar la historia e identidad de cada niño o niña que es adoptado.

CONCLUSIONES

En atención a lo ya expuesto, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- a) El Estado de Chile no cuenta con una política de promoción universal de derechos, y en este sentido no da cumplimiento a ninguno de los estándares de derechos humanos para la efectividad del derecho a vivir en familia de NNA.
- b) En cuanto al apoyo a las familias de origen:
No existe una política pública integral de promoción y protección de derechos en Chile, que asegure la existencia de condiciones mínimas para un adecuado desarrollo humano, lo que por ende, tampoco asegura que existan condiciones para que los cuidadores puedan ser protectores y enfocarse en el interés superior de los NNA.
No existe una política sistémica para abordar los conflictos de la familia de manera integral, ni tampoco una política de protección de derechos, que se encargue de proteger el derecho a vivir en familia de manera amplia y multidimensional. En este sentido hay programas que responden de modo particular a ciertos criterios y objetivos, y que no tratan las problemáticas de modo integral, provocando, normalmente, la sobreintervención, en lugar del apoyo a las familias.
- c) En cuanto a intervenir en la crianza de NNA solo cuando sea necesario en virtud del interés superior:
Se puede observar que el Estado interviene en la crianza de NNA en base a supuestos que se alejan de lo permitido por la Conven-

55 Entrevista a Directora de Residencia, 6 de Mayo de 2015.

ción, inmiscuyéndose por medio de la estigmatización, el castigo a la pobreza y el control.

Los programas del SENAME que apuntan a una política de apoyo a las familias y cuidadores, solo se encuentran en comunas de bajos ingresos, como si las vulneraciones de derechos ocurrieran únicamente en familias de escasos recursos. Sin duda la pobreza es un factor de vulneración de derechos como se señaló al principio del presente *Informe*, pero el hecho de que la protección especial del Estado se encuentre únicamente en sectores de vulnerabilidad, indica que se trata de una política más asociada al control social que a la protección de derechos.

- d) En cuanto a la separación de la familia de origen como último recurso y medios de cuidado alternativo:

Para aquellos NNA que en virtud de su interés superior no pueden estar al cuidado de sus familias, la internación en un régimen residencial parece ser prácticamente la única respuesta del Estado, lo que provoca que se use de modo general, sin atender a la excepcionalidad y temporalidad que debería tener dicha medida.

- e) En cuanto a las acciones para proveer de una familia definitiva a aquellos NNA que no tienen o no pueden ser cuidados por su familia de origen:

El sistema de adopción en Chile en ocasiones no respeta el principio de subsidiariedad, estigmatizando a las familias de origen y privándolas de una intervención adecuada para superar sus dificultades. Esto implica que se prive a los NNA de su derecho preferente de vivir en el seno de su propia familia.

Es un sistema que castiga la pobreza ya que la gran mayoría de las familias de origen cuyos hijos/as son declarados susceptibles de adopción, son de alta vulnerabilidad debido a su precaria situación socioeconómica de origen estructural. Aquello trae como consecuencia no solo una privación de recursos materiales, sino también carencias en cuanto al correcto ejercicio de sus derechos. Falta de una respuesta estatal para aquellos casos de NNA que por condiciones de salud, psicológicas o físicas no encuentran una familia adoptiva que pueda hacerse cargo de ellos, quedando en situación de abandono total y privados de su derecho a vivir en familia.

Falta de legislación y práctica sistémica en cuanto a asegurar el derecho a la identidad de NNA.

RECOMENDACIONES

De acuerdo a las conclusiones antes entregadas se le recomienda al Estado:

1. Crear un nuevo sistema de adopción de NNA acorde a la doctrina de protección integral, y que se enfoque en restituir el derecho a vivir en familia de aquellos NNA que se encuentran en situación de abandono. Generar, además, acciones para que todo/s los NNA que están en dicha condición puedan contar con una familia adoptiva que los acoja.
2. Extender la cobertura del programa Chile Crece Contigo para todos/as los niños, niñas y adolescentes, desde que nacen hasta que tengan 18 años, generando así una política pública que actúe de modo integral con todos los NNA.
3. Diseñar una política pública que considere otros medios de cuidado alternativo, evitando con ello la medida de protección de internación en instituciones residenciales. Generar, en este sentido, programas de apoyo a las familias que se vuelvan una opción previa a la institucionalización, cuando en la familia existan circunstancias que pongan en riesgo el interés superior de NNA y por ello haya que tomar acciones para separar al NNA de su medio familiar.
4. Diseñar acciones concretas y directas que apoyen a las familias para que estas se vuelvan lugares de protección de sus niños y niñas. Que estas acciones de apoyo estén enfocadas, primero, en que las familias superen las condiciones de pobreza y vulnerabilidad que les impiden ser protectoras de los derechos de los NNA, y, segundo, que se enfoquen en fortalecer competencias parentales.
5. Dotar al sistema de adopción de medios para asegurar que esta posibilidad sea efectivamente un último recurso, privilegiando siempre el derecho de lo/as NNA de permanecer bajo el cuidado de su propia familia.
6. Establecer como obligación, para todas las instituciones que tienen a su cargo NNA, la utilización de libros de vida, a partir de los cuales se pueda conservar la historia vital de NNA, y con ello la preservación de su identidad.

DERECHOS DE LA DIVERSIDAD SEXUAL 2015: AVANCES Y FALENCIAS*

* Capítulo elaborado por Juan José Álvarez, Sebastián del Pino y Tomás Vial, con la colaboración de los alumnos de la Facultad de Derecho UDP, Bastián Martínez, Matías Barahona y Sebastián Albornoz.

SÍNTESIS

En el periodo bajo análisis se han producido importantes avances legislativos, como la aprobación del Acuerdo de Unión Civil, e interesantes fallos de los tribunales que reconocen a las familias homoparentales. Pero al mismo tiempo, continúa existiendo una línea de jurisprudencia constitucional discriminatoria y la falta del debido reconocimiento legislativo del derecho a la identidad de las personas trans. Y más grave aún: siguen produciéndose ataques criminales en contra de personas lesbianas gays, transexuales, bisexuales e intersexuales –LGTBI– a través del país.

PALABRAS CLAVES: Discriminación, Identidad de género, Violencia contra personas LGTBI

INTRODUCCIÓN

Los derechos de las personas de la diversidad sexual han sido una preocupación constante del *Informe Anual sobre Derechos Humanos UDP*. Los dos últimos años, esta sección del *Informe* ha abordado temas monográficos, como la homoparentalidad, el 2014, y los derechos de las personas trans, el 2013. Este año el capítulo tiene como objeto una visión más cronológica, revisando, primero, los recientes desarrollos legislativos, con sus avances y demoras, para luego describir cómo diversos tribunales de la República están abordando materias de relevancia para las personas LGTBI y, finalmente, destacar que pese a los progresos que se constatan, aún existen serias reservas de odio y desprecio contra personas trans y homosexuales, que terminan incluso en el homicidio de ellas. Se finaliza con conclusiones y recomendaciones al Estado.

1. DESARROLLOS LEGISLATIVOS

Durante el periodo observado, se ha dictado una importante nueva regulación en materia de familia –la Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil– y está en estudio en el Senado el proyecto de identidad de género.

1.1. El Acuerdo de Unión Civil

El 13 de abril de 2015, en un acto en el Palacio de La Moneda, la Presidenta Michelle Bachelet promulgó la Ley 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (en adelante, AUC). Vale destacar un fragmento del discurso que la mandataria pronunció ante los miembros de diversas organizaciones de la sociedad civil y parlamentarios, que participaron en la tramitación legislativa del proyecto:¹

1 Discurso de S.E. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, al promulgar la Ley 20.830 de Acuerdo de Unión Civil. Disponible en internet: <http://unioncivil.gob.cl/discurso.html>.

Hoy estamos promulgando una ley que reconoce y formaliza el vínculo de la convivencia, tanto entre parejas del mismo sexo, como entre un hombre y una mujer.

A través de este Acuerdo de Unión Civil, lo que hacemos es abrir los brazos de nuestras instituciones, que en algún momento se mostraron distantes, e incluso desdenosas, para acoger y proteger a aquellos y aquellas que hemos dejado de lado.

¿Qué le estamos diciendo a esas familias, a esas parejas, sean del sexo que sean, que conviven sin estar casadas?

Les decimos que este es un avance concreto en el camino de terminar con la diferencia entre parejas homosexuales y heterosexuales.

La Ley 20.830, en su artículo 1º, dispone que “El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente”. Esta definición –muy distinta a la del proyecto de ley original, denominado Acuerdo de Vida en Pareja (AVP), enviado al Congreso por mensaje presidencial de Sebastián Piñera en agosto de 2011– fue el resultado de un largo proceso de discusión parlamentaria, incidencia de las organizaciones de la diversidad sexual interesadas en la aprobación y mejoramiento del proyecto, y la visión del Gobierno actual.

El proyecto original del año 2011, a pesar de establecer derechos sucesorios condicionales y referencias accidentales a vínculos de familia, no establecía un elenco de derechos que otorgara protección efectiva a aquellas parejas que optaran por la celebración de este nuevo estatuto familiar. Gracias, en gran medida, a las propuestas de las organizaciones de la diversidad sexual,² el proyecto se perfeccionó, tal como se apreciará a continuación.

Todos los planteamientos en juego cristalizaron, finalmente, en el texto definitivo de la Ley 20.830 que crea el AUC. Este hecho se traduce en la consagración de un nuevo instituto familiar robusto, puesto que genera un nuevo estado civil entre los contratantes y se establecen entre ellos otras consecuencias propias del derecho familiar, como, por ejemplo, que este contrato se celebra ante un oficial del Registro Civil. Se mejoró el sistema de terminación del vínculo y se reincorporó el derecho a solicitar una compensación económica a favor del conviviente que se hubiere dedicado al cuidado de los hijos u hogar común y no haya podido desarrollar sus capacidades profesionales; derecho que sí establecía el proyecto sobre AVP presentado por el ex presidente

2 Sebastián del Pino y otros, *Observaciones al proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja*, Fundación Iguales, 2012. Ver en www.iguales.cl e indicaciones presentadas por el MOVILH. Ver MOVILH, *XIII Informe anual de derechos humanos de la diversidad sexual en Chile. Hechos 2014, 2015*, p. 137.

Piñera, pero que luego no contemplaba el texto enviado al Congreso Nacional. Se otorga, también, competencia a los tribunales de familia para que conozcan de todas las controversias suscitadas entre los convivientes unidos por la institución en comento; y, finalmente, se hacen extensivos a los convivientes civiles una serie de derechos otorgados a los cónyuges.

El artículo 1º, inciso 2º, de la Ley 20.830, dispone que en virtud de su celebración, el AUC “conferirá el estado civil de conviviente civil”. El artículo 4º establece la creación de parentesco por afinidad entre un conviviente civil y los consanguíneos de la persona con la que se haya unido. Además, según el artículo 3º, el acuerdo no puede estar sujeto a plazo, modo o condición, lo que significa que sus efectos se producen desde su celebración. Estos tres aspectos del AUC lo convierten en un verdadero instituto de derecho familiar y no en un mero contrato regulador de intereses patrimoniales, como lo establecía el proyecto original sobre AVP.

El AUC, en conformidad al artículo 5º de la Ley, debe celebrarse ante cualquier oficial del Registro Civil. Este funcionario tiene la obligación de levantar un acta de lo obrado, que deberá ser inscrita en el nuevo Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil. El proyecto original sobre AVP, además de la celebración ante un oficial del Registro Civil, establecía la posibilidad de poder celebrarlo por escritura pública. La inscripción del acta mencionada o de la escritura pública, debía ser solicitada, expresamente, por cualquiera de los contratantes. Dichas posibilidades que hoy están superadas por el texto legal, pudieron generar graves descoordinaciones y lesiones en los derechos de los convivientes.

El ámbito protector del AUC enmendó la omisión del proyecto de 2011, respecto a la posibilidad de que el conviviente que no hubiese podido desarrollarse profesionalmente por dedicarse al cuidado de los hijos o del hogar común, demandara una compensación económica. En caso de que el AUC termine por mutuo acuerdo de los convivientes civiles, voluntad unilateral de uno de ellos o por declaración judicial de nulidad del pacto, el conviviente que está en una condición pecuniaria desmejorada por encontrarse en alguna de las circunstancias ya precisadas, podrá demandar la compensación en términos análogos a los dispuestos para el matrimonio.

El artículo 22 de la Ley 20.830 otorga competencia a los tribunales de familia para que conozcan los asuntos judiciales que puedan suscitarse entre los convivientes. Si se toma como referente el proyecto original de 2011 —que otorgaba competencia a los juzgados civiles— este cambio procesal resulta ser de gran relevancia. La jurisdicción civil se ha desplazado, paulatina aunque sostenidamente, hacia el conocimiento de materias patrimoniales y comerciales. En cambio, las característi-

cas orgánicas y procesales de los tribunales de familia, convierten a esta jurisdicción en la más adecuada para conocer los conflictos derivados de la suscripción de un AUC, puesto que abordan materias complejas relacionadas con el estatuto personal de las partes de un proceso.

Uno de los aspectos más controvertidos del proyecto de 2011 era la precaria comunidad de bienes que se formaba en virtud de la suscripción del Acuerdo. Tal comunidad se extendía solamente a los bienes muebles no sujetos a registro que los convivientes hubieren adquirido durante la vigencia del pacto. Es decir, se excluían los bienes más relevantes: inmuebles, acciones, automóviles. Esta comunidad, sin exagerar, quedaba reducida al menaje del hogar común. La comunidad regulada por el artículo 15 de la Ley 20.830 es amplia, ya que se extiende a todos los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del Acuerdo. Además, se establece expresamente la posibilidad de que los convivientes civiles puedan sustituirla por la separación total de bienes, aspecto que tampoco estaba previsto en el proyecto original.

Aun cuando en el derecho comparado existen instituciones similares al AUC desde la década de los 90, de todos modos debe considerarse que este contrato, cuyo objeto es regular la *conyugalidad* (empleando el término en sentido lato), constituye un importante avance desde el punto de vista de los estándares de derechos humanos, que exigen una igual protección de las parejas, con independencia de su orientación sexual.³ Por un lado, la introducción del AUC moderniza nuestro derecho familiar, pues las parejas heterosexuales que deseen formalizar su unión y regular las consecuencias que puedan seguirse de ella, ya no se verán obligadas a contraer matrimonio para ello; y las parejas homosexuales, excluidas del matrimonio –en virtud del artículo 102 del Código Civil, que lo caracteriza como un “contrato solemne entre un hombre y una mujer”–, ahora podrán celebrar un pacto que les brindará protección y reconocimiento. Por otra parte, el AUC es una institución doblemente igualitaria, ya que no se establecen roles entre los convivientes de acuerdo a su género, como sucede en el matrimonio (división que puede sintetizarse en el aforismo “al hombre los bienes; a la mujer, los hijos”) ni tampoco, como ya ha sido precisado, se instituyen inhabilidades para suscribir un AUC en virtud de la orientación sexual de los miembros de la pareja.

Sin restar mérito al avance que significa la aprobación de la Ley que crea el AUC, existen aspectos inquietantes que no están resueltos por la Ley. Una inquietud central es saber qué sucede respecto a los hijos que son criados por parejas homosexuales. Puesto que el estatuto de la filiación opera con independencia del matrimonio, los convivientes civiles de distinto sexo que deseen tener hijos podrán ejercer sin nin-

3 Esto es lo que sostuvo la Corte IDH en *Caso Atala contra Chile*.

gún obstáculo la maternidad y la paternidad. Pero, fuera de establecer una norma respecto a la presunción de paternidad y mencionar al conviviente civil del padre o la madre, según corresponda, como sujetos hábiles para ejercer el cuidado personal de los hijos, la Ley 20.830 no resuelve las problemáticas derivadas de la crianza efectuada por dos madres o dos padres ni tampoco hace alguna referencia a la posibilidad de que estas parejas puedan adoptar.

Otro problema que se derivará de la aplicación de la Ley que crea el AUC guarda relación con que genera un nuevo estado civil entre los contratantes, los que pasan a ser “convivientes civiles”. El estado civil se refiere al lugar que ocupa una persona en la sociedad, en atención a sus relaciones de familia; por ello está marcado por una vocación de publicidad, puesto que de las relaciones familiares se siguen relevantes consecuencias civiles (autorizaciones para celebrar contratos cuando los cónyuges han optado por la sociedad conyugal), penales (ciertos delitos que se estructuran típicamente en torno a ciertas hipótesis del parentesco) y administrativas (prohibiciones de contratación entre personas relacionadas), entre otras. La publicidad propia del estado civil podría implicar que la pesquisa de la homosexualidad se pueda ver facilitada, sobre todo si se considera que la celebración de un AUC deberá ser consignada en un acta que será registrada por el funcionario que intervenga en el trámite y que se extenderán certificados, tal como sucede en el caso del matrimonio.

El análisis de estos dos aspectos críticos derivados del AUC pone de manifiesto que –si bien su introducción en nuestro derecho resuelve una serie de problemas, sobre todo de carácter patrimonial, y que se renueva nuestro derecho familiar en el sentido ya planteado– aún subsisten fuertes condiciones culturales que impiden considerar a la homosexualidad como una característica personal neutra. Pese a lo anterior, y a la espera de que esos condicionamientos vayan desapareciendo, la homosexualidad no debiera, en ningún caso, convertirse en sinónimo de inhabilidad para ejercer la crianza de niños ni tampoco constituir un rasgo que autorice discriminaciones, reproches morales o sanciones en el orden legal.

1.2. Proyecto de ley sobre identidad de género

Las múltiples y graves situaciones de discriminación que afectan a las personas trans en Chile, hacían imprescindible que se empezara a legislar sobre el derecho a la identidad de género, tal como se había recomendado en el *Informe 2013*.⁴

El 7 de mayo de 2013, los senadores Camilo Escalona, Ricardo Lagos, Juan Pablo Letelier, Lily Pérez y Ximena Rincón, ingresaron el

4 Para un análisis del proyecto original, ver Tomás Vial, “Informe sobre Diversidad Sexual: las violaciones a los derechos humanos de las personas trans en Chile”, *Informe 2013*.

proyecto de ley que reconoce y protege el derecho a la identidad de género (boletín 8924-07), el que había sido redactado por dos organizaciones de la diversidad sexual: Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) y Fundación Iguales. Actualmente, el proyecto se encuentra radicado en el Senado, en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

De acuerdo a la exposición de motivos contenida en el mensaje parlamentario, el objeto del proyecto es el siguiente:

[Establecer] una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género del o la solicitante.

El artículo 2° del proyecto establece una definición sobre qué debe entenderse por identidad de género, tributaria de los denominados Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. De acuerdo a la disposición y el documento internacional citados, se entenderá por identidad de género:

[La] vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

En términos simples, una ley de identidad de género es aquella que permite la rectificación de la partida de nacimiento respecto al nombre y sexo, atendiendo al género con el que el solicitante se siente identificado. Los principales favorecidos por este tipo de normativas son las personas trans: “aquellas que sienten y expresan una identidad de género no-normativa, o sea, distinta del sexo biológico de nacimiento y, por lo tanto, socialmente esperado”.⁵

5 Sebastián del Pino y Valentina Verbal, “El proyecto de ley de identidad de género. Una aproximación a sus disposiciones y fundamentos”. *Revista Liminales*, Universidad Central, 2015.

La presentación de este proyecto de ley ha estado lejos de ser armónica, puesto que diversos sectores han cuestionado la pertinencia de esta iniciativa. En un documento de trabajo de la Fundación Jaime Guzmán se expresó lo siguiente:⁶

Parece muy poco razonable que en una materia de tanta trascendencia para la propia persona y la sociedad no se exija una mayor coherencia entre “la vivencia interna del cuerpo” con las características sexuales inherentes a este.

En otro ejemplo de cuestionamientos al proyecto, el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Álvaro Ferrer, ha manifestado abiertamente que la identidad de género corresponde a un artificio que exagera la subjetividad y que, por lo tanto, no merece ser reconocida ni amparada por el ordenamiento jurídico:⁷

La iniciativa parte de una premisa más que compleja, cual es la primacía de la subjetividad y el sentimiento por sobre la realidad y el derecho. En efecto, en su artículo segundo define la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente (...). Tal como se lee, el proyecto crea un derecho subjetivo cuyo antecedente o causa no es más que la personal concepción que la persona tiene de sí misma; su opinión, sentimiento, conciencia de sí son causa eficiente del “crédito” por el cual le cabe ‘cobrar’ o exigir de la autoridad una serie de prestaciones, como el cambio registral del sexo y nombre e intervenciones quirúrgicas mutilantes e irreversibles.

Una opinión análoga ya había sido manifestada, en reiteradas ocasiones, por el profesor de la Universidad de los Andes, Hernán Corral Talciani, para quien, en virtud de la aceptación del concepto de identidad de género, el “sexo aparece como un proyecto a definir y a construir a elección, más que una realidad ontológica”.⁸

Estas calificaciones respecto a la identidad de género y las personalidades trans, son tributarias de una concepción binaria de la sexualidad humana, que es profundamente conservadora, puesto que basa sus planteamientos exclusivamente en la idea de que la sexualidad se reduce al ámbito genital, aspecto que determinaría roles naturales de

6 Fundación Jaime Guzmán, “Ideología de género. ¿Amenaza real al matrimonio y la familia?”, 2014, p. 149.

7 Álvaro Ferrer del Valle, Proyecto de ley de ideología de género: atentado contra la identidad. Disponible en Internet: <http://www.chileb.cl>

8 Hernán Corral Talciani, *Derecho civil y persona humana: cuestiones debatidas*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007, p. 54.

género: a los varones les corresponde ser fuertes, audaces y proveedores; a las mujeres les queda el espacio de la intimidad, la crianza de los hijos y la sumisión. En este sentido, el binarismo sexual prescinde de una serie de otros elementos que también son de suma relevancia para caracterizar la complejidad de la sexualidad humana, entre ellos, la identidad de género, a la que los sectores conservadores denominan peyorativamente como ideología de género.

En lo que respecta a la tramitación legislativa del proyecto, consideramos que se ha desarrollado de manera lenta y errática. Como presidenta de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, la principal responsable de esta situación es la senadora Jacqueline van Rysselberghe.

Esta senadora se ha opuesto públicamente a este proyecto, puesto que, de acuerdo a sus declaraciones, se trataría de un intento de aprobar solapadamente el matrimonio homosexual.⁹ Por la misma razón presentó, junto al senador Manuel José Ossandón, una indicación al proyecto que pretendía prohibir el matrimonio de las personas que hubieren rectificado su partida de nacimiento, invocando el derecho a la identidad de género.¹⁰ Una postura como esta –reprochable conceptualmente, porque confunde orientación sexual e identidad de género– pone de manifiesto una animadversión respecto de cualquier modificación legal que implique reconocimiento para la población de sexualidad diversa.

Luego de la aprobación en general del proyecto, el 21 de enero de 2014, se ha abierto en ocho oportunidades el plazo para presentar indicaciones, siendo el último de ellos el 21 de julio de 2015. Aun cuando la materia que se discute en este proyecto reviste ciertas complejidades, nada justifica esta sucesiva apertura del plazo para presentar indicaciones. Es de esperar que los miembros de la Comisión de Derechos Humanos subsanen prontamente este retraso y se dé curso a la tramitación del proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

2. ACTUACIONES DE TRIBUNALES

2.1 El Tribunal Constitucional

En julio de 2014, una jueza de familia entabló ante el Tribunal Constitucional, un requerimiento de inaplicabilidad del numeral 4º del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece la conducta homosexual como causal de divorcio por culpa. Según la jueza, la

9 Van Rysselberghe aseguró que el derecho a casarse “no está dentro de los DD.HH.” CNN Chile (16 de abril de 2014). Disponible en Internet: <http://www.cnnchile.com>

10 Boletín de indicaciones, 14 de abril de 2014, p. 11.

norma que establece el comportamiento homosexual como causal de divorcio vulneraría el derecho a la igualdad establecido en el numeral 2º del artículo 19 de la Constitución Política y en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el legislador estaría equiparando a la homosexualidad con otras causales de divorcio culpable –establecidas en el mismo artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil–, como el alcoholismo, la drogadicción o la tentativa de prostituir al otro cónyuge.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol. 2681, y en fallo dividido (que replica exactamente el fallo Rol. 2435, del 10 de abril de 2014), rechaza declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma. El principal argumento utilizado para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad se basó en una distinción artificial entre la homosexualidad como orientación y como conducta. Según la opinión de los ministros Bertelsen, Fernández, Aróstica y Hernández, lo que hace la norma en cuestión es sancionar conductas o actos de uno de los cónyuges con personas de otro o del mismo sexo en cuanto transgresión grave al deber de fidelidad matrimonial –consagrado en el numeral 2º del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil– y no la mera orientación sexual de uno de los cónyuges.

Por su parte, los ministros Carmona, Vodánovic, García y Brahm, estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad de la norma utilizando el mismo razonamiento jurídico desarrollado en la sentencia del Tribunal de fecha 10 de abril de 2014. Pero introducen, un nuevo argumento. A juicio de los ministros, el planteamiento de sus colegas Bertelsen, Fernández, Aróstica y Hernández, (al equiparar “la conducta homosexual”–numeral 4º del artículo 54– con la infracción grave al deber de fidelidad conyugal, numeral 2º del artículo 54) contiene un “déficit protector del valor de la fidelidad del matrimonio”. Argumentan que el adulterio como infracción a los deberes propios del matrimonio, consiste en la acción de “yacer” o “tener trato carnal con alguien”.

En este sentido, la “conducta homosexual”, exigida por la norma como causal de divorcio por culpa, no tendría porque estar asociada al comportamiento de “yacer” con una persona homosexual. En consecuencia estaríamos ante una contradicción argumental: sostener el concepto de “yacer” para la infidelidad entre personas de distinto sexo y hablar de “conducta homosexual” para referirse a las infidelidades entre personas del mismo sexo. De este modo, en opinión de los ministros disidentes, con cualquiera de las dos fórmulas interpretativas se desestima el argumento, pues “con el primer criterio la causa se acabaría y todos concluiríamos que debería acogerse el requerimiento porque el nuevo estándar es “yacer” con homosexuales y bastaría acreditar que esos hechos no ocurren en la especie. Y la segunda vía concluye un

nuevo estándar que, en línea de principio, discrimina para seguir sosteniendo alguna plausibilidad a la diferencia”.¹¹

Así pues, siguiendo este razonamiento, los ministros concluyen argumentando que el numeral 4º del artículo 54 atenta contra el estándar de igualdad, en tanto la defensa de la dimensión heterosexual del matrimonio implicaría tener un exigente estándar para la infidelidad heterosexual y una elástica, ambigua e interpretable “conducta homosexual” para identificar una infracción grave a los deberes del matrimonio.¹²

El fallo de mayoría debe ser juzgado en el contexto de una persistente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha justificado discriminaciones en contra de las personas LGTBI. Como lo hemos señalado recientemente algunos de los autores de este artículo,¹³ la sentencia Rol. 2681, antes descrita, es solo el último ejemplo de esa línea de razonamiento que aplica inconsistentemente el test de no discriminación arbitraria a las situaciones de desigualdad respecto a personas y parejas de sexualidad diversa, validando, por ejemplo, diferenciaciones injustas tanto en el ámbito penal, cuando se sancionan las relaciones sexuales entre un adulto y un menor entre catorce y dieciocho años, sólo en el caso de varones (artículo 365 del Código Penal), como en el plano civil, con la exclusión del derecho al matrimonio a parejas del mismo sexo.

2.2. Tribunales ordinarios y el caso del libro “Nicolás tiene dos papás”

La situación de protección a los derechos de las personas LGTBI es algo más auspiciosa en el caso de los tribunales ordinarios, como se apreciará a continuación.

A raíz de la publicación del libro “Nicolás tiene dos papás”, elaborado por MOVILH, con el cual se busca educar en la diversidad sexual y familiar a la población en edad preescolar, se produjo una intensa polémica y la reacción crítica de organizaciones religiosas y políticas. El hecho de que el libro haya contado con el patrocinio de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), pese a que eso no obligaba a utilizarlo en jardín infantil alguno, fue apreciado como una imposición por ciertos grupos, que alegaron haber visto afectada su libertad de conciencia (artículo 19, nº 6, de la Constitución) y el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos (artículo 19, nº 10, de la Constitución). Estos grupos interpusieron un total de nueve recursos de protección en contra de la difusión del libro, estimando erróneamente que el patrocinio de la JUNJI implicaba una resolución de en-

11 Tribunal Constitucional, Rol. 2681-14, 30 de diciembre de 2014, considerando 19.

12 Tribunal Constitucional, Rol. 2681-14, 30 de diciembre de 2014, considerando 38.

13 Sebastián del Pino y Tomás Vial, “El Tribunal Constitucional y la Homosexualidad: análisis de las sentencias roles 2435 y 2681 a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual”, en Javier Couso, editor, *Anuario de Derecho Público UDP*, Ediciones UDP, 2015.

trega a los jardines infantiles. Como señala el Informe del MOVILH,¹⁴ de los nueve recursos, pese a ser presentados por personas individuales, cinco corresponden a grupos evangélicos y poseían idéntica redacción, lo que demuestra una acción concertada. De los recursos, cinco fueron declarados inadmisibles.

De entre los acogidos a tramitación, destaca el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso,¹⁵ el cual señala que “no queda acreditado que el patrocinio de la JUNJI represente una amenaza seria y actual para el ejercicio de la libertad de conciencia. El patrocinio no constituye una imposición obligatoria de asignaturas de naturaleza moral que usurpe la patria potestad de los padres y se muestra respetuosa de la libertad de conciencia”. Este fallo fue confirmado por la Corte Suprema, con sentencia de 19 de mayo de 2015.

Pero el fallo más relevante desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos de la diversidad sexual, fue dictado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas,¹⁶ que en su sentencia desechó el recurso, en base a argumentos especialmente destacables:

Séptimo: que, la Constitución Política de la República, no ha definido el concepto de familia, menos aun lo ha limitado a una modalidad determinada. Esta ha sido una opción del legislador constitucional, que no puede restringirse tampoco porque la legislación civil, regule los derechos y obligaciones de sus miembros sobre bases como la institución del matrimonio o los estatutos filiativos, utilizando las nociones de padre y madre, porque la falta de regulación no significa, de por sí, negación de la existencia de diversas figuras de organización de grupos humanos, con rasgos comunes identificables como características familiares.

En efecto, la misma Convención de derechos del niño, sobre el concepto de “familia”, al cual recurre reiteradamente, entrega una noción con elementos generales, “es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad según establezca la costumbre local (art. 5).” [Comité de derechos del Niño. Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior

14 MOVILH, op. cit., p. 149.

15 Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Aros con Junji*.

16 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, *Hernández Márquez con Junji*, sentencia de 22 de diciembre de 2014.

sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Observación 59.]

Se reconoce en la CDN, diversas formas de vinculaciones, que tienen como trasfondo el desarrollo del niño en un medio que reúna las condiciones básicas de una familia, ocuparse de su cuidado, bienestar, educación, en un marco protector, respetuoso de sus derechos y que le brinde afecto y seguridad, donde pueda cumplirse el objetivo del artículo 5, su desarrollo, en el sentido de evolución progresiva en orden al ejercicio de sus derechos, que a su vez es la responsabilidad de los padres u otras figuras claves, que portan la carga de guiarlo y orientarlo en esa dirección. El mismo artículo alude a los padres, o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño. [Comité de derechos del Niño. Observación general N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Observación 71.]

Dentro de la misma idea, el artículo 20, establece entre los cuidados protectores del niño, privado de su medio familiar, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Es decir, concibe la existencia de una diversidad de figuras que pueden no tener una referencia directa a progenitores, hombre y mujer, padre o madre.

Y la CDN no está aislada en ese propósito, así y solo a modo de ejemplo, la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, adoptada en La Paz, Bolivia el 24 de mayo de 1984, ratificada por Chile el 26 de octubre de 2001, (en D O. 30 abril 2002) con solo la reserva del artículo 2, refiere al caso de adopciones distintas a las figuras de adopción plena, legitimación adoptiva “y figuras afines”, para regular el tema que le interesa discernir, (la jurisdicción cuya legislación registró el punto en conflicto) Ilustrativo es el artículo 10.

Lo relevante de esa sentencia es que afirma, en forma expresa, que la Constitución no define lo qué es familia, y que ella posee diversas formas. Lo anterior es consistente con lo que sentenció la Corte IDH en el *Caso Atala contra Chile*. También es relevante la adecuada cita a los textos complementarios de los organismos técnicos de la CDN, pues ayudan a su adecuada interpretación.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas fue confirmada por la Corte Suprema,¹⁷ pero por una razón fundamentalmente

17 Corte Suprema, sentencia de 21 de abril del presente.

procesal: la falta de determinación de los afectados directos por las acciones recurridas, por lo que los recurrentes carecían de legitimación activa.

2.3 Tribunales de familia

En materia de reconocimiento de la paternidad y maternidad de las personas LGBTI, hay que destacar la reciente decisión, el 11 de agosto de 2015, del 1° Juzgado de Familia de Santiago, el cual entregó el cuidado personal de una niña de dos años a su madre de crianza, Valeska Silva, pareja de la madre biológica de la niña, Magaly Zamorano. Valeska y Magaly habían sido pareja y decidido tener a la niña y cuidarla como familia. La muerte de Magaly dejó a Valeska en una situación legal de desprotección, pues nuestro ordenamiento –hasta antes de la dictación de la Ley 20.830– no reconocía a las parejas del mismo sexo. Lo previsible era que los parientes intentarían pedir la custodia de la pequeña, cuestión que se concretó con una solicitud de cuidado personal de la niña por parte de los abuelos biológicos, ante los tribunales de familia. Valeska recurrió a la Clínica de Acciones de Interés Público, AIP, de nuestra universidad, la que tras ocho meses de litigio, consiguió un acuerdo entre las partes, que dejó a Valeska el cuidado personal de la niña. Lo más relevante desde el punto de vista del reconocimiento y protección de las familias homoparentales, es que el tribunal resolvió haciendo aplicación directa de normas de tratados de derechos humanos, como lo dicta en su resolución:

Tiene por aprobado el presente acuerdo conforme a las normas que existen hoy día en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, por aplicación directa que se puede hacer a través de la disposición del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política del Estado de Chile, que atribuye competencia a estos Tribunales para aplicar directamente los tratados internacionales que este país haya suscrito y haya ratificado, a falta de norma que resuelva estos asuntos en el derecho interno. En dicha Convención, los artículos 3 y 9, especialmente, contemplan justamente el derecho del niño a tener representado su interés en las relaciones de familia y a ser mantenido en la familia que él ha conocido hasta el momento, vínculo único y necesario para poder desarrollarse favorablemente como todo ser humano.

Como señalara la abogada a cargo del caso y profesora de la Clínica AIP, Camila de la Maza “esta resolución marca un hito muy relevante en la lucha dada por las madres lesbianas, toda vez que es primera vez que un tribunal conoce en el fondo del asunto y resuelve a favor de ellas, a la luz de principios del derecho internacional de los dere-

chos humanos, en ausencia de normas internas que pudieran resolver el conflicto.”¹⁸

2.4. Evolución jurisprudencial en causas sobre cambio de nombre y sexo registral

En un apartado anterior hemos detallado el estado de avance del proyecto de ley que reconoce y protege el derecho a la identidad de género. Si esta moción parlamentaria llega a convertirse en ley, se consagraría de manera expresa un remedio jurídico para que las personas trans puedan modificar su nombre y sexo registral en virtud de su identidad de género.

Sin embargo, que en la actualidad no exista una ley como la descrita no es óbice para que las personas transexuales puedan solicitar ante los juzgados civiles la modificación de su partida de nacimiento. Para ello tendrán que realizar un ejercicio de integración entre la Ley 4.808 sobre Registro Civil y la Ley 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos: el artículo 31 de la Ley 4.808 dispone que “no podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje”. Por su parte, el artículo 1° de la Ley 17.344 señala que el cambio de nombre procede, entre otras causales, por menoscabo moral del solicitante y por haber sido conocido con otros nombres por más de cinco años. De acuerdo a lo anterior, los peticionarios que se someten al procedimiento de cambio de nombre deberán demostrar dos puntos fundamentales: a) que han sido conocidos socialmente con un nombre distinto al legal, siendo concordante con su identidad y expresión de género; y b) que su nombre legal, impuesto al momento del nacimiento, al no coincidir con su identidad de género, le causa un perjuicio directo y constatable en la vida diaria y en el acceso a derechos fundamentales, como el derecho al trabajo.

El problema del estado actual de la cuestión, descrito en el párrafo anterior, es que cada juez, al no haber un cuerpo normativo que reconozca el derecho a la identidad de género, falla de acuerdo a sus propias convicciones en torno a la transexualidad, prescindiendo, incluso, de los parámetros y estándares que existen en el sistema internacional de derechos humanos.

Afortunadamente, los juzgados civiles han ido aquilatando sus fallos en torno a la transexualidad. Si hace algunos años era indispensable para que se concediera el cambio de nombre y sexo registral que la persona trans se hubiera sometido a una serie de intervenciones quirúrgicas de adecuación corporal,¹⁹ incluso a la esterilización, actualmente ya no se exigen estas plásticas ni tampoco se están exigiendo peritajes cor-

18 Ver en <http://www.derechoshumanos.udp.cl>.

19 Ver “Diversidad Sexual y Derechos Humanos”, *Informe 2009*.

porales ni psicológicos ante el Servicio Médico Legal; dos prácticas que no encuentran ningún fundamento en los cuerpos normativos citados.

Respecto de la prescindencia de plastías genitales, la Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia Rol. 9901-14 de 9 de marzo de 2015, manifestó que “ha quedado en evidencia que no es la existencia de los órganos sexuales lo que hace a una persona sentirse e identificarse bajo un género u otro, sino el sentimiento de identidad sexual percibido durante su desarrollo vital”. Este cambio de paradigma es de la mayor relevancia, puesto que la exigencia de adecuaciones corporales, a fin de otorgar el cambio de nombre y sexo registral, constituye una trasgresión a la autonomía personal.

La Ley 17.344 tampoco exige peritajes ante el Servicio Médico Legal. La utilidad de este trámite estaría en demostrar al juez que la apariencia de la persona trans es concordante con su identidad de género. Puesto que en la actualidad un número importante de jueces no están exigiendo adecuaciones físicas, como fue explicado previamente, tampoco se observa la necesidad de solicitar informes al Servicio Médico Legal. Así por ejemplo, en las causas voluntarias Roles 187-14 del 11° Juzgado Civil de Santiago, 250-14 del 30° Juzgado Civil de Santiago y 124-15 del 9° Juzgado Civil de Santiago, ha bastado, para que el juez llegue a la convicción de que debe decretar las modificaciones solicitadas en las partidas de nacimiento respectivas, los antecedentes médicos que el solicitante allegue de manera voluntaria al proceso, la información sumaria de testigos, publicaciones en el Diario Oficial y el informe del Servicio Nacional de Registro Civil.

3. GRAVES HECHOS DE VIOLENCIA EN CONTRA DE PERSONAS LGBTI

Pese a los avances en materia de legislación y de resoluciones judiciales, la realidad muestra que existe aún un alto nivel de homofobia y transfobia en la sociedad chilena. Esto se pone en evidencia en diversos casos donde personas LGTBI han sufrido ataques físicos, algunos de los cuales han provocado la muerte de las víctimas. Pese a que este capítulo no pretende realizar un registro exhaustivo de los actos de agresión –tanto físicos como psicológicos– en contra de personas de la diversidad sexual,²⁰ si nos parece emblemático reseñar los casos en que esa violencia ha desembocado en homicidio, desde agosto de 2014 hasta el cierre de este *Informe*.

El 4 de agosto del 2014, Luis Orellana Acevedo (“Zaconi”), transexual de 22 años, fue asesinada cuando estaba en una fiesta en la comuna de La Florida, al recibir dos balazos en el estómago. Luz Acevedo,

20 Ver MOVILH, op. cit.

tía de la víctima, opinó que se trataba de un asesinato homofóbico, ya que en el lugar de los hechos Orellana nunca tuvo problemas, y porque al momento de encontrarla muerta no le habían robado ninguna de las pertenencias que llevaba consigo, por lo que se descartaba el robo como móvil del crimen.²¹ El 29 de diciembre de 2014, Dilan Vera Parra, transexual de 26 años, fue asesinada en su casa luego de una seguidilla de agresiones. Primero le arrojaron ácido en la cara y luego la apuñalaron. Según su madre, Elvira Parra, la habrían asesinado “solo por ser homosexual”.²² El 12 de enero de 2015, José Luis Salazar Almeida (“Josefa”), transexual de 24 años, murió luego de recibir, al menos, seis puñaladas mientras, al parecer, ejercía el comercio sexual. El homicidio fue descubierto luego de que los vecinos alertaran de la golpiza que la víctima estaba recibiendo en la calle.²³ El 24 de enero, según se informó en la prensa,²⁴ Claudio Olivares, homosexual de 48 años, fue agredido, según testigos, por unos sujetos que lo arrojaron desde un auto y lo arrollaron dos veces. De acuerdo a las declaraciones de su familia, en días anteriores Claudio Olivares habría sufrido amenazas de muerte por parte de un sujeto a raíz de su orientación sexual. Olivares, producto de la agresión, presentó múltiples fracturas, además de quedar con los pulmones y el hígado severamente dañados. A consecuencia de ello, permaneció en coma inducido por 16 días, hasta fallecer el 6 de febrero.

El ensañamiento y la violencia mostrada en estos asesinatos —que son la expresión más dramática de la violencia física y psicológica cotidiana ejercida contra personas homosexuales y transexuales, como bien lo documenta MOVILH—²⁵ nos indica que en materia de respeto a las personas LGTBI aún falta mucho por hacer en nuestro país, incluyendo una acción sancionadora de estos crímenes.

CONCLUSIONES

El análisis de los diversos aspectos revisados dentro del periodo 2014-2015 nos conduce a sacar conclusiones ambivalentes, en relación al respeto de los derechos de las personas de la diversidad sexual en Chile. Sin duda que la dictación de la Ley 20.830 constituye un hito histórico en el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo y con

21 Chilevisión.cl: “Matan a joven de 22 años y familia denuncia homicidio por homofobia”, 4 de agosto de 2014.

22 Canal 24horas.cl: “Posible ataque homofóbico sería el motivo de asesinato de joven transexual”, 2 de enero de 2015.

23 Chilevisión.cl: “Asesinan a transexual: Recibió seis puñaladas en plena calle”, 12 de enero 2015.

24 Emol.cl: “Muere presunta víctima de ataque homofóbico en Antofagasta”, 6 de febrero de 2015.

25 MOVILH, op. cit., pp. 44-54.

ello, de la orientación homosexual o lésbica. Ante el derecho, ante la administración y también ante los ciudadanos, esas relaciones, y por consiguiente también esa orientación, están plenamente validadas, con todos sus efectos. Sin embargo, la obstinada oposición que produjo el patrocinio de la JUNJI al libro “Nicolás tiene dos papás”, demuestra que siguen existiendo sectores relevantes de la sociedad que se oponen al pleno reconocimiento de la familia homoparental, en particular en el ámbito educacional.

Pero junto con el progreso que representa el Acuerdo de Unión Civil, el Estado no avanza en satisfacer la necesidad urgente de dar reconocimiento y protección al derecho a la identidad de las personas trans, puesto que la tramitación del proyecto de ley respectivo se ha visto embarazado en el último tiempo, que coincide con la presidencia de la senadora Van Rysselberghe de la comisión donde se encuentra alojado el proyecto. Respecto a la situación de los tribunales sucede algo similar, pues por un lado se han producido fallos emblemáticos que dan reconocimiento a la diversidad de familias, pero por otro, el Tribunal Constitucional continúa con una interpretación discriminatoria de las normas constitucionales en contra de las personas LGTBI. Pero, sin duda, más grave que toda omisión o discriminación por parte de los poderes del Estado, son los hechos criminales descritos, que simbolizan el profundo desprecio y prejuicio que todavía prevalece en sectores de la población chilena hacia las personas trans y homosexuales.

RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones anteriores, se recomienda al Estado:

1. Aprobar una ley de identidad de género e implementar las políticas que permitan reconocer a todas las personas trans y proteger sus derechos.
2. Establecer en los programas educacionales un adecuado reconocimiento de las personas LGTBI y de las familias homoparentales.
3. Realizar campañas educativas que busquen erradicar la homofobia y la transfobia.
4. Investigar y sancionar adecuadamente los crímenes contra personas LGTBI.
5. Derogar el numeral 4º del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil que establece la homosexualidad como causal de divorcio por culpa, a fin de eliminar dispositivos normativos abiertamente discriminatorios contra personas LGTBI.

BIOGRAFÍAS AUTORES INFORME 2015

Alcaíno, Eduardo

Abogado y magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho de la UDP. Anteriormente trabajó como investigador del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, especializándose en el funcionamiento y organización de policías y fiscales tanto en Chile como en América Latina. En la actualidad se encuentra realizando estudios de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, Estados Unidos.

Álvarez, Juan José

Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, UDP. Ayudante del Departamento de Derecho Público y del Departamento de Teoría del Derecho, UDP; ayudante de la profesora Lidia Casas Becerra en el área Género y Derechos Humanos; ayudante de investigación del *Informe Anual de Derechos Humanos 2012 y 2013*.

Ansoleaga, Elisa

Doctora en Salud Pública y magíster en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad de Chile, Psicóloga UDP. Actualmente se desempeña como investigadora del Programa de Estudios Psicosociales del Trabajo –UDP– y dirige el Área de Salud Mental y Trabajo en la Clínica Psicológica, UDP. Profesora asociada en el pregrado de Psicología y profesora integrante del magíster en Psicología Social –UDP– y del claustro del doctorado en Psicología, UDP. Ha integrado como experta cuatro mesas ministeriales en salud de los trabajadores. En 2014 le fue adjudicado un proyecto Fondecyt regular para estudiar las dimensiones organizacionales de la violencia en el trabajo en Chile.

Arriagada, Isabel

Magíster en Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile y abogada de la Universidad de Chile. Actualmente desarrolla su doc-

torado en el programa de sociología de la Universidad de Minnesota, Estados Unidos, especializado en sociología del castigo. Es becaria de la Fundación Fulbright y la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología. Sus publicaciones abordan el impacto del aparato carcelario sobre el bienestar de la población reclusa. Es fundadora de ONG Leasur en Chile, organización dedicada activamente a la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad.

Collins, Cath

Magíster y doctora en Ciencia Política de las Universidades de Cambridge y Londres. Catedrática en justicia transicional en la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte. Directora académica del Observatorio de Justicia Transicional (ex Observatorio de Derechos Humanos) de la UDP, que estudia desde 2008 los procesos de verdad, justicia y memoria en Chile, relacionados con el legado de la dictadura cívico militar. Ha investigado y publicado, desde 2000, sobre el legado y manejo judicial de crímenes de lesa humanidad de tiempos de dictadura en Chile, El Salvador y el resto de la región latinoamericana. En 2012 y 2013, en representación del Observatorio, fue cofundadora de la Red Latinoamericana de Justicia Transicional. Entre 2005 y 2006 fue la responsable regional para América Latina del think tank británico Chatham House. Su libro más reciente es *Las políticas de la memoria en Chile de Pinochet a Bachelet* (Santiago: UDP, 2014), coeditado con Katherine Hite y Alfredo Joignant.

De la Maza Vent, Camila

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP, diplomada en Mujeres y Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Actualmente, cursando magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la UDP. Ha trabajado en materia de infancia y adolescencia, tanto en el ámbito proteccional –oficina de protección de la infancia y adolescencia, programa que interviene niños/as en situación de calle, y programa de representación de niños/as víctimas de maltrato constitutivo de delitos– como también en el ámbito infraccional, con adolescentes infractores de ley.

Del Pino, Sebastián

Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica y estudiante del magíster en Pensamiento Contemporáneo de la Universidad Diego Portales. Actualmente se desempeña como profesor ayudante de la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos y ayudante de investigación del Centro de Derechos Humanos, UDP. Se ha desempeñado como coordinador legislativo de Fundación Iguales e investigador del Centro UC de la Familia.

Lagos, Víctor Hugo

Abogado de la UDP. Profesor ayudante de la Clínica Jurídica de Migración y Refugio, la cual realiza asesoría jurídica a migrantes y refugiados en temas administrativos, laborales y constitucionales. Investigador del Programa de Refugio del Centro de Derechos Humanos de la UDP, donde desarrolla asesoría jurídica a refugiados e investigación para el *Informe de Derechos Humanos* de la UDP, desde su versión 2011. Ex postulante de la Oficina Especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial.

Lawson, Delfina

Abogada por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, con especialización en derecho internacional público. Ha realizado diplomados en género, derechos económicos sociales y culturales y en prevención y análisis de conflictos. Actualmente se desempeña como profesora a cargo de la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales y como investigadora del Centro de Derechos Humanos de la misma universidad. Con anterioridad, trabajó durante siete años en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados como Asociada de Protección, en la oficina nacional para Chile y en la oficina regional para el Sur de América Latina. Antes de radicarse en Chile trabajó en Argentina como asesora legal en la Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales y en el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Muñoz Hardoy, María del Pilar

Profesora de Educación General Básica, magíster en Gestión y Evaluación. Fue directora de la carrera de Pedagogía en Educación Básica de la UDP y, actualmente, se desempeña como secretaria de Estudios en la misma facultad. Docente del curso derechos humanos y ciudadanía para las carreras de Educación Básica, Pedagogía en Inglés y Educación Parvularia. Fundadora del Colectivo Pedagógico en Derechos Humanos, que desarrolla investigación y publicaciones sobre la formación docente y la memoria histórica.

Olea, Helena

Abogada de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia con especialización en Derecho Constitucional en la misma Universidad. Magíster en Derecho del Center for Civil and Human Rights, Law School, University of Notre Dame, Indiana, EE.UU. Profesora adjunta de los departamentos de Criminology, Law and Justice y Latin American and Latino Studies de la University of Illinois, Chicago. Investigadora adjunta del Centro de Derechos Humanos de la UDP.

Perret, Sabrina

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas y magíster de la UDP, actualmente se encuentra cursando su doctorado en derecho penal internacional en la Facultad de Derecho UDP. Es profesora de la misma casa de estudios, de la asignatura de Derecho Penal. Ha trabajado como asistente de investigación e investigadora en proyectos en materia penal y de política criminal.

Rochow, Diego

Egresado de la carrera de Derecho de la Universidad de Chile. Realizó su práctica profesional en la Defensoría Penal Pública y ha sido ayudante de cátedra en materias criminológicas y penitenciarias. Actualmente desarrolla una investigación sobre estrategias comparadas para la reducción de la población penal y el rol del Poder Judicial. A la fecha se desempeña como investigador y coordinador general de ONG Leasur.

Riveros Calderón, María Paz

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP, y mediadora de la misma casa de estudios. Diplomada en Litigación Oral de la Universidad Católica de Chile. Ha trabajado en materia de infancia y adolescencia, tanto en el ámbito jurídico, a través de la representación de niños, niñas y adolescentes que han sufrido maltrato grave, por medio del Programa de Representación Jurídica de la Corporación Achnu-Prodeni, como en asesoría a través del Proyecto piloto del SENAME de evaluación y apoyo a residencias proteccionales.

Ramos Abadie, Liliana

Profesora de Educación Diferencial, magíster en Antropología y Desarrollo. Directora de la carrera de Pedagogía en Educación Diferencial con mención en Desarrollo Cognitivo de la UDP. Cuenta con amplia experiencia profesional en el ámbito de la inclusión de estudiantes con discapacidad en la educación común. Además, se ha desarrollado como académica en las temáticas de necesidades educativas especiales y educación inclusiva. Es coautora del libro *El viaje hacia la diferencia: La escuela inclusiva*, publicado en 2013 por Editorial SM.

Toledo Corso, César

Abogado UDP, magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, PUC. Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad Castilla-La Mancha. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho UDP y de la Universidad Central. Profesor en Magíster Derecho del Trabajo de las facultades de Derecho de la UAI y de la PUC. Profesor de Diplomados en Dere-

cho del Trabajo en las facultades de Derecho de la UDP, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Mayor de Temuco. Autor de *La tutela de la libertad sindical*, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013.

Valenzuela Rivera, Ester

Abogada y magíster en Derechos de la Infancia Adolescencia y Familia, UDP, con postítulo en Mediación Social, Universidad de Chile. Directora de Escuela y profesora asociada en el pregrado de la Facultad de Derecho y en posgrado a través del Postítulo de Familia y Magíster de Derechos Humanos. Docente en cursos de formación y capacitación de jueces de familia en la Academia Judicial, en materias sobre familia e infancia. Miembro del Consejo de Acreditación de Facultades de Derecho de la Agencia Qualitas. Se ha integrado como experta en mesas de trabajo sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos para la reforma procesal civil en el Ministerio de Justicia.

Varas, Karla

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Talca, en convenio con la Universidad de Valencia. Ex defensora laboral jefe de la Provincia de Biobío. Actualmente es becaria del programa de Doctorado de la UDP. Docente en los diplomados de la UDP en Derecho del Trabajo y en los magíster de la Universidad de Talca y la Universidad Adolfo Ibáñez.

Vial, Tomás

Abogado, PUC; magíster en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, EEUU; magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, PUC; doctor en Derecho, University College London (UCL). Ha trabajado como asesor jurídico de la Subsecretaría de Guerra del Ministerio de Defensa; asesor jurídico en la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Actualmente es investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP, editor de su *Informe Anual de Derechos Humanos* y profesor de Derecho Constitucional.

