

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2013**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2013
ISBN: 978-956-314-243-3

Editor general
Tomás Vial
Edición
Sergio Missana

Diseño
Ximena Paiva · Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

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



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
2013**

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



ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Presentación | 9 |
| 1. Verdad, Justicia y memoria por violaciones a los derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar | 21 |
| 2. La penalización del aborto como violación los derechos de las mujeres | 69 |
| 3. Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de Ley de Migración y Extranjería | 123 |
| 4. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Adolescentes infractores frente a sanciones no privativas de libertad | 165 |
| 5. Salud mental y derechos humanos: La salud de segunda categoría | 187 |
| 6. Fuerza estatal y conflicto mapuche | 223 |
| 7. El derecho al agua como derecho humano: El caso de la provincia de Petorca | 255 |
| 8. La Ley Antidiscriminación en Chile: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile | 285 |
| 9. Informe sobre diversidad sexual: Las violaciones a los derechos de las personas trans en Chile | 311 |

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su undécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2012 y mediados del presente año, en el contexto de las conmemoraciones de los 40 años del golpe militar de 1973, ofreciendo una reflexión sobre las violaciones de los derechos humanos que se produjeron a consecuencia de aquel y de las exigencias de verdad, justicia y reparación que ellas generan. Pero, como quedará claro de la lectura de los nueve capítulos que se incluyen en esta edición, los derechos humanos, en cuanto obligaciones de naturaleza jurídica que ha contraído el Estado de Chile ante la comunidad internacional y requerimientos mínimos de la convivencia entre los ciudadanos de nuestro país, no se limitan a las exigencias ineludibles que esos trágicos hechos reclaman, sino que también tienen que ver con aspectos tan sensibles y presentes como los derechos de las mujeres quebrantados por la prohibición total del aborto en nuestro país o tan poco publicitados como los derechos de las personas trans, pasando por el derecho humano al agua –infringido en el caso de los habitantes del valle de Petorca–, los derechos de los inmigrantes en Chile o el derecho a la salud mental, tema que por primera vez se aborda en este *Informe*.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad desde esa óptica aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido relevados con anterioridad, teniendo además en consideración las experticias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un particular campo. Su

vocación, desde su inicio, ha sido el presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos pero que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido.

Continuando un enfoque general presente ya en el *Informe 2012*, el principio de no discriminación unifica varios de los temas abordados en esta edición. La introducción en Chile de una regulación especializada en 2012, la Ley 20.609, Ley Antidiscriminación, con sus aspectos positivos y sus serias insuficiencias, representa un hito que ejemplifica la relevancia de este aspecto en la vida nacional actual y también lo mucho que nos queda por avanzar como país.

El *Informe* se inicia con un capítulo sobre “Justicia y memoria por violaciones a los derechos humanos a 40 años del golpe militar”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Derechos Humanos de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo, que se ha mantenido en todos los *Informes* anteriores, lo que permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades aún falta un largo camino por recorrer. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Servicio Médico Legal o la PDI, relevando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Con ocasión de los 40 años del golpe militar, el capítulo describe como se ha abordado la memoria y la reflexión sobre ese evento.

El capítulo realiza un particular llamado a los candidatos presidenciales a que, en memoria de, y homenaje a, los miles de chilenas y chilenos víctimas de los crímenes de nuestra historia reciente, hagan de los derechos humanos una materia de reflexión explícita, de promesas y acciones claras, valientes y eficaces, y punto cardinal para navegar hacia 2014 y más allá. Como propuestas específicas, entre varias otras, el capítulo plantea que se de urgencia a los proyectos de ley actualmente ante la legislatura que buscan fortalecer el compromiso de Chile para terminar con la impunidad, sancionando actuales y futuras ocurrencias de crímenes de lesa humanidad con penas eficaces y proporcionales a su suma gravedad; que se dote a los ministros en visita en causas de DD.HH. de apoyo explícito, reconocimiento pleno y

exclusividad de funciones para la tramitación de los múltiples y complejos procesos a su cargo; y que se cree una instancia de permanente monitoreo, recepción y reconocimiento (“calificación”) de personas afectadas por desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y demás violaciones graves de sus derechos humanos entre 1973 y 1990.

El capítulo redactado por Lidia Casas, “La penalización del aborto como violación a los derechos de las mujeres”, realiza una profunda investigación de los efectos que tiene para las mujeres que abortan la total penalización del aborto existente en la actualidad en Chile. Nos pareció que este tema de tanta relevancia era particularmente pertinente en un año de definiciones nacionales. La discusión producida en el país a raíz del embarazo forzado de una niña de 11 años puso de relieve la gravedad de este tema. El estudio describe, a través de entrevistas a mujeres que han interrumpido su embarazo, las prácticas del aborto en Chile y argumenta que la clandestinidad vulnera sus derechos humanos. Las entrevistas reflejan los múltiples temores que las mujeres enfrentan; el miedo a morir o a sufrir graves daños en la salud y a ser perseguidas penalmente se repiten en la mayoría de los testimonios recopilados. Debido a la ilegalidad y a la condena social, las mujeres muchas veces enfrentan el proceso de aborto en soledad y abandono. Además, muestra que la ilegalidad del aborto en Chile produce un efecto inhibitorio en los profesionales y sitúa a las mujeres en situaciones de vulnerabilidad, riesgo a su salud y sufrimiento que son evitables. Señala que, aun cuando el aborto es un delito cuya efectiva persecución penal es reducida, quienes son mayoritariamente castigadas son las mujeres y la persecución penal es muy selectiva, cayendo sobre todo en las más pobres. Se concluye afirmando que la prohibición absoluta del aborto en Chile violenta gravemente los derechos humanos de las mujeres, por lo que la necesidad de legislar al respecto se presenta como urgente y necesaria.

La situación de los migrantes y refugiados en Chile es el tema abordado por la profesora Helena Olea, en su capítulo titulado “Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de Ley de Migración y Extranjería”. Este estudio continúa una serie de investigaciones realizadas por la misma autora sobre la temática de migrantes y refugiados en Chile y contenidos en los *Informes* de años anteriores. En el presente Informe se analiza en forma acuciosa y crítica, desde la perspectiva de los derechos humanos, el proyecto de ley recientemente presentado por el gobierno sobre migración. Se señala que la presentación de este proyecto es una respuesta positiva a la necesidad de reformar una norma dictada en 1974 por la dictadura para adecuarla a la situación actual, pero se concluye que carece de una visión de derechos humanos, no solo en las definiciones plasmadas en el texto legal, sino en la consideración e inclusión de acciones que

contemplan el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos, las observaciones generales de los órganos de tratados y las recomendaciones formuladas al Estado de Chile. Se estima que la política de migración, elemento de las relaciones internacionales y materialización de las obligaciones de derechos humanos con respecto a los extranjeros, es una política de Estado, que no debiera estar sujeta a cambios según el gobierno elegido. La política de migración debiera ser el resultado de la evaluación de coyunturas económicas, demográficas y sociales. Se afirma que el diseño institucional impuesto por la dictadura establece una lógica de peligro o riesgo en la migración, que debiera desaparecer. La asignación de responsabilidades debe revisarse desde este cambio de paradigma, pues se requiere un nuevo enfoque en materia de la asignación de responsabilidades al Ministerio de Interior y Seguridad Pública en asuntos migratorios y considerar la inclusión del Ministerio de Desarrollo Social.

En base a las conclusiones anteriores se recomienda que el proyecto de ley asuma en forma clara la protección de los derechos y garantías de los migrantes, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, de las recomendaciones específicas del examen periódico universal (EPU) y de las observaciones de los órganos de los tratados; realizar un cambio al paradigma actual sobre migración, asignando responsabilidades y funciones a órganos que la entiendan como el resultado de coyunturas económicas, demográficas y sociales dentro de las relaciones internacionales, y no como un delito o peligro que se debe vigilar; entender la política migratoria como una política de Estado y no de gobierno; eliminar la discrecionalidad actual de la dirección de extranjería y migraciones; ratificar el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile; y asegurar que el procedimiento migratorio esté sujeto a los estándares del debido proceso administrativo, permitiendo a la persona el ejercicio del derecho de defensa, considerando que la expulsión es una limitación a la libertad de movimiento que afecta no solo a la persona sancionada sino a todo su grupo familiar.

La investigadora y profesora Camila de la Maza, en su capítulo “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Adolescentes infractores frente a sanciones no privativas de libertad”, aborda los derechos humanos de la infancia y la adolescencia en el marco de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, Ley 20.084, particularmente en lo referente a la ejecución de la sanción penal cuando esta es no privativa de libertad. Según lo expuesto en el capítulo, es posible concluir que la dictación de la ley fue un avance, principalmente porque creó un régimen diferenciado de tratamiento penal entre jóvenes y adultos, y fijó además una edad mínima para ser responsable de infracciones penales, abandonando así un sistema tutelar que, una vez aplicado el

examen de discernimiento, trataba de manera análoga a adolescentes y adultos. De este modo, se incorporaron al sistema de justicia penal juvenil principios fundantes del derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia, como son el interés superior del adolescente, y la especialidad y excepcionalidad de la privación de libertad, los cuales han sido expresamente reconocidos en la Convención de Derechos del Niño y en las Reglas de Beijing. También se considera como un avance la variación de las sanciones dispuestas y la amplia gama de estas, las cuales han efectivamente reservado la privación de libertad como una medida excepcionalísima, toda vez que alrededor del 90% de las condenas es a regímenes no privativos. Sin perjuicio de lo anterior, se observan falencias importantes tanto en el desarrollo del proceso que lleva a la condena del/la adolescente como en la fase de ejecución de la pena una vez que se ha determinado la culpabilidad y responsabilidad del/la joven. Al respecto, un déficit relevante que atraviesa tanto el proceso penal como la ejecución pasa por la falta de capacitación y especialización de jueces, defensores y fiscales; y por cierto, en la del personal que interviene en la ejecución de la sanción y de quienes debiesen coordinar el accionar de todos los intervinientes. Se afirma también que hay una carencia total de articulación entre los órganos del Estado llamados a participar en el proceso de sancionar y ejecutar la pena respecto de jóvenes infractores/as condenados/as en la gran mayoría de las sanciones no privativas de libertad y, en particular, a los programas de libertad asistida especial. Otra falencia observada es la falta de estadísticas y mediciones comunes entre los distintos órganos llamados a intervenir en la fase de ejecución, lo que no permite conocer con certeza el efectivo cumplimiento de los fines perseguidos por la Ley 20.084 y, en definitiva, el verdadero estado de desarrollo del sistema de justicia penal juvenil en términos de su ajuste a los estándares internacionales de protección y garantía de derechos fundamentales cuando se trata de jóvenes infractores/as. En atención a lo anterior, se recomienda la dictación de una ley integral de protección de derechos de la infancia, fundamental para que se pueda actuar antes que la ley penal y para que el Estado se constituya en un ente protector de derechos fundamentales y no solo castigador frente a la infracción de normas penales; y la creación de una política pública que coordine y articule el accionar intersectorial, y que unifique los criterios y los énfasis con que cada cartera actúa en la ejecución de la sanción penal.

El derecho a la salud mental es el tema del capítulo redactado por las profesoras Ester Valenzuela y Elisa Ansoleaga, “Salud mental y derechos humanos: La salud de segunda categoría”. Este analiza cómo las políticas de salud han tratado la salud mental en Chile y si acaso aquellas satisfacen los estándares internacionales de los derechos humanos.

A propósito de la investigación, se señala que emergen diversos temas relacionados con la salud mental que requieren ser analizados en el futuro. Entre ellos, la situación de los grupos vulnerables; la justiciabilidad de la salud, a propósito de la discusión sobre la (in)constitucionalidad de los planes de salud privados; el déficit en el financiamiento en el sistema público, sumado a la segmentación y fragmentación de un sistema caracterizado por una administración financiera y provisión de atención compartida entre el sector público y el privado; la forzosa distinción entre un sistema de salud común y otro de salud laboral y cómo aquello no permite el real ejercicio de los derechos en salud mental, entre otros aspectos.

El capítulo concluye que la salud mental puede ser considerada como una salud de segunda categoría en el sistema de salud, si se considera: la mayor proporción de rechazo de las licencias médicas por enfermedad mental en comparación con otras patologías; la falta de financiamiento; su escasa representación en las garantías explícitas en Salud; la discriminación territorial de acceso y falta de atención especializada a grupos vulnerables. En razón de lo anterior se proponen las siguientes recomendaciones: disponer de la información pública para poder evaluar todos los estándares impuestos por las obligaciones internacionales que Chile ha contraído; publicar prontamente la política nacional de salud mental; establecer en la Estrategia Nacional de Salud los mecanismos o métodos que permitan definir cómo se van a cumplir las metas de salud mental en ella contenidas; aumentar el porcentaje del gasto destinando a salud mental dentro del presupuesto de salud; resolver las situaciones de discriminación territorial en cuanto a brechas de profesionales y horas de atención disponibles, y respecto a los grupos vulnerables: en particular, atender a los niños y niñas.

No cabe duda que el conflicto mapuche ha continuado teniendo una presencia relevante en el debate político y jurídico nacional. Por eso, este año hemos querido realizar un análisis global de cómo se ejerce la coerción estatal en la Araucanía. Este es el objeto del estudio del investigador Alberto Coddou, titulado “Fuerza estatal y conflicto mapuche”. La investigación continúa la labor efectuada por el mismo investigador respecto a violencia policial y protesta social contenidos en el *Informe 2012* y trabajos de otros autores contenidos en *Informes* anteriores sobre el conflicto mapuche. Al respecto, se analiza cómo se ha aplicado la Ley Antiterrorista en ese contexto y su adecuación a las normas internacionales; la construcción de las política estatales de seguridad pública; los protocolos policiales en relación a las obligaciones internacionales de los derechos humanos en esta materia; y cómo la justicia ha resuelto los casos de recursos de amparo presentados por casos de violencia policial.

En función de lo anterior, se recomienda que Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones modifiquen sus protocolos policiales de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes a la temática indígena, especialmente aquellos relativos a la consulta y a las medidas especiales en relación al uso de la fuerza contenidos en el Convenio 169 de la OIT; asumir que la política criminal y la política de seguridad ciudadana deben cumplir con el estándar de la seguridad democrática e implementar mecanismos de consulta en la discusión de sus diferentes aspectos; considerar, para las futuras cumbres de seguridad relativas a la zona de conflicto, la participación efectiva del Defensor Penal Público, el INDH y representantes o autoridades del pueblo mapuche; adecuar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales, en especial en lo que se refiere a la definición de delito terrorista y el debido proceso.

El profesor e investigador Matías Guiloff analiza la situación del derecho humano al agua en la zona de Petorca en el capítulo titulado “El derecho al agua como derecho humano: El caso de la provincia de Petorca”. Allí estudia la situación de escasez de agua que ocurre en esa zona y cómo ella afecta a los habitantes, bajo la perspectiva de los derechos humanos y en particular el derecho al agua. Se concluye que la regulación contenida en el Código de Aguas no satisface los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pues aquel no determina la preferencia de los usos de consumo y domésticos frente a otros usos alternativos, ni tampoco establece mecanismos adecuados para lidiar con los conflictos que derivan de los múltiples usos del recurso hídrico una vez que estos se producen. Además, aun cuando contempla herramientas que podrían ser útiles para asegurar la disponibilidad del recurso y de esta manera satisfacer los aludidos estándares, tales como las declaraciones de zona de escasez, estas presentan elementos en su diseño que hacen improbable que su aplicación pueda lidiar efectivamente con la sequía y las consecuencias que de ella derivan. Asimismo, aun cuando se contemplan instrumentos poderosos para hacerse cargo de los problemas de disponibilidad, como la declaración de zona de prohibición, se prefiere utilizar otros que posibilitan la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de agua, como la declaración de zona de restricción. Con el fin de apuntar a una utilización del recurso hídrico coherente con los estándares internacionales de los derechos humanos, se formulan las siguientes recomendaciones: modificar el Código de Aguas, incorporando una disposición que establezca un orden de prelación entre los diversos usos del agua en caso que entren en conflicto e introducir organismos que permitan una gestión integrada de cuencas—terminando con la existencia de aquellos que administran únicamente una sección de estas—, participativos y que incluyan el uso coordinado y conjunto de las aguas

superficiales y subterráneas; en los acuíferos afectados por problemas de disponibilidad, optar por la declaración de zona de prohibición, en vez de la de restricción; en caso de decretarse una zona de escasez, que la Dirección General de Aguas (DGA) proceda a redistribuir los derechos de agua, para asegurar la disponibilidad del recurso para fines domésticos y de saneamiento; mejorar la institucionalidad existente, creando un organismo específico o dotando de mayores atribuciones y potestades que la DGA, de manera que pueda fiscalizar adecuadamente que el agua se utilice dentro de los márgenes autorizados por la ley.

La dictación de la Ley Antidiscriminación, la Ley 20.609 (LAD), en 2012, fue descrita en el capítulo sobre diversidad sexual incluido en el *Informe 2012*. Pero en aquella ocasión no se efectuó un análisis detenido de esta de acuerdo a los estándares internacionales de los derechos humanos, en particular, los relativos a la igualdad y la no discriminación. Este es el objeto del capítulo elaborado por Alberto Coddou, Judith Schönsteiner y Tomás Vial, denominado “La Ley Antidiscriminación en Chile: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile”. Este análisis permite concluir que la introducción de la ley constituye un avance en pos de una mayor protección de la igualdad y la prohibición de la no discriminación a las que el Estado de Chile está obligado por el ordenamiento internacional y por su propia normativa nacional, tanto constitucional como legal. En este sentido, el principal punto a destacar de la LAD es la nueva acción antidiscriminación, que facilita el reclamo en los casos de acciones u omisiones discriminatorias respecto a lo estipulado en el derecho vigente. Lo es también la introducción de nuevas categorías de discriminación, como la orientación sexual, la identidad de género y la socioeconómica, que no estaban presentes en nuestro derecho interno, lo que facilita la protección de las minorías y de quienes poseen menos poder de influencia. Sin embargo, como resulta claro luego de más de un año de vigencia, la ley no posee los instrumentos ni las categorías, ni provee los medios a los órganos del Estado para combatir eficazmente los diversos tipos de discriminación existentes en nuestra sociedad, en particular la discriminación estructural. Para ello se requiere no solo una reforma sustantiva a la ley, sino también la creación de una nueva institucionalidad que permita coordinar e impulsar los esfuerzos del Estado para eliminar la discriminación y dar respuesta coherente a los problemas individuales y grupales en este sentido. Por lo mismo, para hacerla un mejor instrumento en pos de la acción antidiscriminación, se sugieren las siguientes recomendaciones: introducir en la ley, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos vigente y obligatorio para Chile, las categorías de discriminación directa, indirecta, múltiple o agravada, de facto y de jure, estructural e histórica; introducir expresamente en la ley u otros

instrumentos jurídicos la posibilidad de dictar medidas especiales temporales (acciones afirmativas) a fin de remediar las situaciones de discriminación estructural; eliminar toda referencia a que en ciertos casos puede haber discriminaciones arbitrarias legítimas en función del ejercicio de otros derechos; incorporar las definiciones establecidas por los órganos y tribunales internacionales de los nuevos términos de orientación sexual e identidad de género, así como también realizar un esfuerzo para precisar los demás términos que contiene la ley, recogiendo la práctica y normativa del derecho internacional de los derechos humanos; y estudiar y legislar sobre la institucionalidad más apropiada para cumplir la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación.

En materia de diversidad sexual uno de los grupos más vulnerables en sus derechos humanos es el de las personas trans. El capítulo elaborado por Tomás Vial, denominado “Informe sobre diversidad sexual: Las violaciones a los derechos de las personas trans en Chile”, se centra en la realidad de aquellos y aquellas. El trabajo da cuenta de cómo se han desarrollado algunas de las situaciones descritas en el *Informe* anterior, en particular de como el Estado ha dado cumplimiento parcial a las obligaciones impuestas por el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Atala*; luego describe el marco internacional aplicable a las personas trans; para a continuación dar cuenta de algunas de las principales infracciones a sus derechos. Se describe el proyecto de ley presentado al Congreso Nacional sobre identidad de género bajo la perspectiva del derecho internacional. El análisis realizado a través de este capítulo permite concluir que el deber de asegurar un igual respeto a las personas LGTBI es aún una promesa incumplida por parte del Estado chileno. Al respecto, el no reconocimiento igual de las relaciones afectivas entre ellas y la falta de una política permanente por parte del Estado para capacitar a sus funcionarios sobre las discriminaciones en razón de la orientación sexual y la identidad de género, son muestras de una actitud estatal que no es consistente con las obligaciones que Chile ha contraído con la comunidad internacional ni aun con su propio derecho interno. Estas omisiones de los deberes de respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas LGTBI se muestran en toda su gravedad en el caso de las personas trans, las que, por la falta de reconocimiento de su propia definición personal en materia de identidad de género, sufren algunas de las más graves violaciones de los derechos humanos que un Estado puede cometer, particularmente en relación a su integridad física y psíquica, a la salud, la educación y el trabajo.

Estas conclusiones permiten recomendar que es necesario otorgar el más pleno y eficaz reconocimiento e igual protección a la identidad y expresión de género de las personas trans, por medio, entre otras

medidas, de la aprobación de una ley de identidad de género; asegurar que en las prestaciones de salud, en la educación y en el trabajo las personas trans sean tratadas con igual respecto y consideración, reconociendo siempre su identidad de género; el dar cumplimiento íntegro a las obligaciones impuestas al Estado por el Fallo de la Corte IDH en el caso *Atala*, en particular, la obligación de establecer una política permanente de capacitación de los funcionarios públicos, con especial énfasis en los funcionarios judiciales; y modificar el contenido presente del Acuerdo de Vida en Pareja (AVP) de acuerdo a las observaciones hechas por las organizaciones de la diversidad sexual, a fin de convertirlo en un instrumento que reconozca efectivamente la igual dignidad de las relaciones de pareja de las personas LGTBI.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2013* 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 a 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 quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir, y la generosa colaboración de Sebastián Latorre en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Daniella González y a Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

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

**VERDAD,
JUSTICIA Y
MEMORIA
POR VIOLACIONES
DE DERECHOS
HUMANOS EN
TIEMPOS DE
DICTADURA,
A 40 AÑOS DEL
GOLPE MILITAR*¹**

* Cath Collins, Juan Pablo Delgado, Florencia González, Boris Hau, Rodrigo Hernández y Karinna Fernández

¹ Versión actualizada el 13 de septiembre de adelante publicado en borrador en forma electrónica el día 10 de septiembre de 2013. Capítulo preparado por Cath Collins, Juan Pablo Delgado, Florencia González, Boris Hau y Rodrigo Hernández del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (en adelante, Observatorio de DD.HH.); y Karinna Fernández, investigadora asociada del Observatorio. Se agradece el apoyo de otros investigadores y de personas que concedieron entrevistas, así como el apartado preparado por el Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, sobre juicios en Argentina.

SÍNTESIS

En 2013 se vivió en Chile una concatenación de sucesos particularmente cargados de significado en el ámbito de la memoria. El principal fue, sin duda, el cuadragésimo aniversario del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973. Otro fue el aniversario número 15 de la detención en el Reino Unido del ex dictador Augusto Pinochet, ocurrida a mediados de octubre de 1998. Que ambas fechas, y el inicio de la quinta década desde el golpe de Estado de 1973, ocurrieran bajo un gobierno de derecha –cuyo sucesor será, además, elegido a pocas semanas de las conmemoraciones respectivas– es una de las ironías que la historia a veces arroja. La sensación de un inexorable cierre de círculo entre pasado, actualidad y futuro, se vio acrecentada una vez que emergió la candidatura presidencial de Evelyn Matthei, por la alianza de derecha, para competir con Michelle Bachelet, candidata por la Concertación. Se enfrentan así, en una contienda democrática que determinará la futura dirección política del país, dos hijas de generales, uno de los cuales ha sido además persistentemente acusado de responsabilidad moral y/o de mando en la muerte del otro, un aviador constitucionalista fallecido en prisión a causa de secuelas de tortura².

2013 ofreció, en tanto, una oportunidad única e inmejorable para que Chile se enfrentara con su pasado reciente, deduciendo de este las lecciones necesarias para avanzar en justicia y verdad a través de un profundo y honesto diálogo. Los hechos vividos durante el periodo temporal del presente *Informe*³ obligan a concluir, no obstante, que los

2 A principios de agosto de 2013 se rechazó por segunda vez, en primera instancia, una petición de procesamiento del ex general de la FACH, Fernando Matthei, como presunto cómplice de las torturas sufridas en 1973 por el entonces general Alberto Bachelet en el recinto de la Academia de Guerra Aérea, edificio a la sazón bajo la administración del entonces coronel Matthei. En el caso, iniciado por una querrela interpuesta por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, existen otros dos ex coroneles procesados como autores materiales de torturas.

3 Principalmente, si bien no de manera exclusiva, de julio de 2012 a junio de 2013, inclusive. Se conserva esta periodización para todo efecto de análisis estadístico, para preservar la consistencia con iguales periodos analizados en los capítulos respectivos de *Informes* anteriores. No obstante, el análisis cualitativo del informe considera también hechos posteriores hasta el cierre de edición (inicios de septiembre de 2013).

cargados aniversarios simbólicos de 2013 pasarán a la historia como, cuando más, una oportunidad mal aprovechada. Se percibe una persistente incomodidad o falta de identificación en sectores de la derecha política con la temática de los DD.HH., en general, y con esta en relación a la historia de la dictadura, en particular. Dicha incomodidad se manifiesta en algunos casos en una renuencia a emitir o mantener un claro y consistente repudio al proyecto político de la dictadura, y a la política de exterminio y terror de Estado que fue consustancial con este. Para otros, se manifiesta como una permanente renegociación de los parámetros de su reconocimiento de verdades particulares, ilustrada en junio de 2013 por los dichos del secretario general del partido UDI sobre el crimen de los degollados⁴. También se puede detectar una manifestación del mismo fenómeno en el ámbito castrense. El saliente comandante en jefe del Ejército, Juan Miguel Fuente-Alba, se sumó en julio de 2013 a las reiteradas llamadas de sus antecesores a compadecerse de los ex uniformados condenados por los más graves delitos que el derecho nacional e internacional reconoce, al expresar la “tristeza y pena” que le produce el presenciar el cumplimiento de la ley. Al referirse, además, a “algo que ocurrió hace 40 años”, invisibilizó la persistente comisión de graves crímenes de represión desde el día del golpe hasta el asesinato de Jecar Neghme en 1989.⁵ Ad portas del 11 de septiembre, se produjo una ola de peticiones de perdón. La candidata presidencial Evelyn Matthei rechazó la necesidad de una *mea culpa*. La Asociación de Magistrados opinó que el poder judicial, y en particular la Corte Suprema, “claudicaron en su labor esencial” e “incurrió en acciones y omisiones impropias”.⁶ En respuesta, el pleno de la Corte Suprema reconoció la “dejación de funciones jurisdiccionales” en que se incurrió.⁷ Entretanto, el ministro Hugo Dolmestch, vocero de la Corte Suprema y coordinador para causas DD.HH., afirmó el “acierto” que había sido para la Corte apoyar el golpe, y reconoció ser “partidario de que las penas no sean muy duras”.⁸

4 José Antonio Kast, secretario general de la UDI, desconoció el involucramiento de agentes de Estado en los asesinatos. Si bien luego pidió perdón por haber confundido el crimen con una masacre posterior, la de la Operación Albania, la disculpa no explicitó su reconocimiento del carácter de crímenes de represión sistemática que ambos incidentes comparten. The Clinic Online, 20 de junio de 2013, “Kast pidió perdón por confundir el caso degollados con la operación Albania [...]”.

5 *El Mercurio*, 14 de julio de 2013.

6 Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, Declaración pública, 4 de septiembre de 2013.

7 Pleno de la Corte Suprema de Chile, Declaración Pública, 6 de septiembre de 2013.

8 *El Mostrador*, 4 de septiembre de 2013, “Vocero de la Corte Suprema y violadores a los DD.HH [...]”.

Queda de manifiesto que la sistematicidad y naturaleza política de los crímenes represivos y de lesa humanidad, elementos que a todas luces agravan las ofensas, son vistas por algunos sectores más bien como un factor atenuante o aminorante.

PALABRAS CLAVE: Verdad, Justicia, Memoria, Dictadura, Decreto Ley de Amnistía

INTRODUCCIÓN

El artículo 5º de la Constitución dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente en Chile desde enero de 1980, establece que los Estados no pueden invocar su derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales. Los marcos jurídicos y normativos regionales e internacionales existentes confieren a los Estados el deber de prevenir las graves violaciones a los DD.HH. y el derecho internacional humanitario y, donde estas ya hayan ocurrido, de investigarlas, sancionar a sus responsables, reparar sus efectos y garantizar su no repetición.⁹ Las víctimas de estas prácticas se convierten en sujetos activos poseedores de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación holista y garantías de no repetición. Podemos considerar, asimismo, que la sociedad en su conjunto posee esos mismos derechos. Al núcleo de atrocidades calificadas como crímenes de lesa humanidad se les considera, además, como ofensas no solamente a una sociedad sino a la conciencia de la humanidad entera. Es por ello que la comunidad internacional de Estados consagró de manera especial, luego de la II Guerra Mundial, el deber de prevenir y/o de perseguir penalmente a dichos delitos, elevando las normas correspondientes al estatus de normas perentorias o de *ius cogens*, y renunciando al uso de mecanismos tales como la amnistía o la prescripción para impedir su castigo.

9 Ver, inter alia, ONU, Conjunto de principios para la protección y la promoción de los DD.HH. mediante la lucha contra la impunidad, en su versión actualizada (E/CN.4/2005/102/Add.1) e Informe independiente acompañante (E/CN.4/2004/88); ONU, Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (AG Res 60/147, 2005); Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada; Estatuto de Roma (1998) de la Corte Penal Internacional; Protocolos de Estambul; ONU, Principios de Joinet, 1997; ONU, Principios Van Boven-Bassiouni, 2000; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Americana sobre DD.HH.

En tiempos recientes se ha enfatizado la naturaleza consustancial e interrelacionada de los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición,¹⁰ estableciéndose en 2012 una nueva relatoría especial de la ONU.¹¹ También se ha sugerido que recaer sobre el Estado infractor la responsabilidad de rehabilitarse frente a las víctimas, a través de un trato respetuoso y dignificante. Se deduce, por tanto, que un Estado que pretende cumplir sus deberes respectivos está obligado no solamente a diseñar políticas públicas adecuadas, integradas y sostenidas en el tiempo, sino también a acompañarlas con un mensaje consistente de repudio claro a las violaciones, ya sean históricas o actuales, y a los responsables de ellas. Como se verá a continuación, en esta última dimensión es posible diagnosticar quizás la principal debilidad de la trayectoria chilena post 1990 en materia del legado de las masivas y sistemáticas violaciones a los DD.HH. cometidas durante la dictadura cívico-militar de 1973-1990.

10 Consejo de Seguridad de la ONU, Informe del Secretario General de la ONU sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, D/2004/616 esp., párr. 26; Asamblea General de la ONU, Primer informe anual del Relator Especial de la ONU sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (en adelante, Relator Especial) A/HRC/21/46, sección D, agosto de 2012. Ver también la Corte IDH sobre la dimensión reparatoria de la justicia: *inter alia*, Caso Almonacid Arellano y otros, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 161.

11 Ver Consejo de DD.HH. de la ONU, Resolución 18/7, que crea el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición (en adelante, Relator Especial); y su primer informe anual, *op. cit.*

1. JUSTICIA

1.1. Balance general tras 15 años de procesos pendientes¹²

El “caso Pinochet” de 1998 marcó un antes y un después en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos.¹³ Según el abogado Roberto Garretón, “derribó el miedo de los jueces a hacer justicia”¹⁴ e incrementó exponencialmente una tímida tendencia nacional hacia mayores cuotas de justicia por las múltiples, graves y sistemáticas violaciones de los DD.HH. cometidas en Chile durante la dictadura. Describimos en el *Informe 2012* los principales hitos en este camino desde 1998, a partir de las primeras querrelas criminales aceptadas a trámite nombrando directamente a Augusto Pinochet.¹⁵ Desde ese momento se produjo una ola de judicialización que ha seguido creciendo, si bien con reveses, hasta el día de hoy. Se sumó así la rendición de cuentas en tribunales a un complejo ensamblaje de políticas y prácticas estatales y sociales sobre verdad, justicia, reparaciones y memoria, que ha conformado desde 1990 un trasfondo permanente, si bien muchas veces invisibilizado, del tejido social y político nacional. A 15 años de la detención de Pinochet en Londres, existen alrededor de 1.350 causas de DD.HH. en trámite o bajo investigación contra más de 800 ex agentes de represión. A fines de julio de 2013, la Corte Suprema había resuelto 153 causas criminales, 140 de ellas con sentencias condenatorias.¹⁶ Se ha desistido, conforme al derecho internacional, de amnistiar o prescribir crímenes de lesa humanidad o de guerra. Las principales debilidades restantes en la justicia nacional son su lentitud, las bajas penas, la falta de transparencia sobre la concesión de beneficios intrapenitenciarios, la continua aplicación de la prescripción a demandas civiles y de prescripción gradual a causas criminales, el desamparo jurídico de sobrevivientes de prisión política y tortura, y la persistente negativa de los poderes ejecutivos y legislativos de cumplir sus responsabilidades internacionales respecto del Decreto Ley de Amnistía de 1978.

12 Las referencias a lo largo de este capítulo a casos por derechos humanos se refieren siempre a crímenes de represión cometidos entre 1973 y 1990, si bien, por razones de espacio, este calificativo no siempre es reproducido en su totalidad.

13 Ver Sebastian Brett, “El efecto Pinochet: A 10 años de Londres 1998”, informe de un seminario realizado en la UDP en 2008. Tanto este como los demás documentos citados publicados por el Observatorio de DD.HH. se encuentran disponibles en www.icso.cl/observatorio-derechos-humanos, sección Publicaciones.

14 Entrevista con el Observatorio, julio 2013.

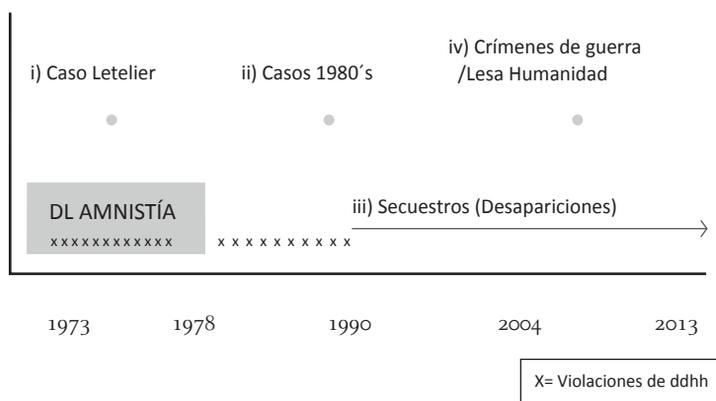
15 Ahora analizados, además, en Observatorio de DD.HH., “Principales hitos jurisprudenciales en causas de DD.HH. en Chile, 1990-2013”.

16 Desde noviembre de 2002, cuando el primer fallo definitivo de la nueva fase llegó a la Corte. Las cifras corresponden a los registros del Observatorio de DD.HH. Las cifras del poder judicial muestran menos causas resueltas (143, a 8 de agosto) debido a diferencias en la manera de delimitar y definir “causas de DD.HH.”. Ver *Informe 2012*.

1.2.1. Interpretación del Decreto Ley de Amnistía por los tribunales chilenos

El DL de amnistía, DL 2.191, publicado el 19 de abril de 1978, sigue plenamente vigente en Chile para crímenes cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. En el gráfico que aparece a continuación, se puede apreciar como la judicialización de causas de DD.HH. en Chile se inició contra los crímenes que caían fuera del ámbito del DL, ya fuera por exclusión expresa del texto de la Ley (caso Letelier) o por fecha de comisión posterior a 1978 (crímenes ocurridos en la década de 1980; por ejemplo, el asesinato de Tucapel Jiménez¹⁷ o el caso degollados). En una tercera fase, se dejó de considerar susceptibles de amnistía o prescripción a la “porción” de los crímenes de desaparición forzada que seguían perpetrándose después de la entrada en vigencia del DL, según la así llamada tesis del secuestro como delito permanente. En una cuarta fase, la actual, se dejó de considerar amnistiables o prescriptibles a los crímenes cuya naturaleza o envergadura los constituye como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, los cuales son imprescriptibles e inamnistiables por disposición expresa del derecho internacional de los derechos humanos, tendencia que se afirmó en la Corte Suprema para efectos de persecución de responsabilidades criminales en el fallo Sandoval Rodríguez en 2004.¹⁸

Gráfico 1. Fases de superación interpretativa de amnistía en Chile



Fuente: Elaboración propia. Las x marcan la incidencia de crímenes de represión, concentrados en el periodo 1973 a 1978 pero que siguieron ocurriendo hasta la fecha de término de la dictadura

17 Este es un ejemplo de los casos que el poder judicial nunca caratuló como “causas de DD.HH.”, sino como un homicidio común. El caso degollados comparte la misma particularidad.
18 Corte Suprema, Rol. 517-2004, 17 de noviembre de 2004.

Es relevante observar que en la actualidad los tribunales desisten de aplicar amnistía en causas por desaparición forzada (secuestro) en atención a su carácter permanente y/o su carácter de crimen de lesa humanidad. En relación a causas por ejecución extrajudicial (homicidio) o tortura (“apremios ilegítimos”) se fundamenta la inaplicabilidad de amnistía en su carácter de crimen de lesa humanidad. En el caso de una violación a los DD.HH. que no sea considerada constitutiva de crimen de lesa humanidad, ni tampoco tenga carácter permanente, se corre aun el riesgo de que el estatuto sea invocado. Ejemplos pertinentes del periodo reciente incluyen el caso de Gloria Stockle,¹⁹ que se deduce fue considerado no constitutivo de crimen de lesa humanidad, cayendo fuera del alcance de amnistía solo o principalmente por su fecha de comisión. También son significativos los casos de Grober Venegas y Cecil Alarcón,²⁰ en que la Corte Suprema no reconoce el carácter permanente del crimen de secuestro en un caso de desaparición, aunque sí su carácter de crimen de lesa humanidad.

1.2.2. Amnistía y autoamnistía

La amnistía es una herramienta cuyo uso es admitido en el derecho internacional para poner fin a un conflicto armado interno,²¹ situación que no imperaba en Chile a la hora de introducirse, por decreto, el Decreto Ley de Amnistía de 1978. Reconocidos juristas internacionales como Eugenio Zaffaroni sostienen que leyes desincriminatorias deben ser dictadas por una legislatura legítimamente constituida –condición que tampoco se cumple en el caso del Decreto Ley 2.191– y deben excluir además a crímenes cuya amnistía es prohibida por tratados internacionales. Tampoco pueden referirse a crímenes cometidos por los propios legisladores, para no caer en una “legitimación del encubrimiento” a través de la autoamnistía. La Corte Suprema chilena ha hecho reiteradas referencias, desde 1998, a la prohibición de autoexoneración en caso de crímenes de lesa humanidad. En su fallo adverso contra el Estado de Chile en el caso Almonacid, en 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) toma nota de que el Estado de Chile no solamente se abstuvo de argumentar la compatibilidad del DL con la Convención Americana de DD.HH., sino también que “él propio ha admitido que ‘en principio, las leyes de amnistía o autoamnistía son contrarias a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos’”. A continuación, reitera que el DL 2.191 es “una autoamnistía, dictada por el propio régimen militar, para

19 Ver sección 1.3.2. Novedades y tendencias en los procesos judiciales.

20 *Ibid.*

21 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.

sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes” Deja claro que la responsabilidad en la materia es actual, vigente y del gobierno de turno: “El Estado (de Chile), desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 (...), en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella”.

En el fallo Barrios Altos contra Perú, del 14 de marzo de 2001, la Corte IDH afirmó de forma lapidaria que: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”. El voto concurrente del juez Cançado Trindade dice que “las llamadas ‘leyes’ de autoamnistía no son verdaderamente leyes: son [...] una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad”. Es por ello que no basta que el poder judicial desista caso por caso de invocar el DL 2.191, mientras que los demás poderes del Estado se abstengan de actuar. En el debate sobre la necesidad de adecuar la legislación chilena con sus obligaciones internacionales, se han esgrimido argumentos que van desde la prohibición *nulla poena* (que prohíbe retroactividad) al riesgo de un resultado infructuoso e incluso regresivo. Sobre el primer punto, los proyectos de ley relevantes que han sido presentados ante el congreso desde 2006²² no apuntan a una derogación sino a una interpretación del art. 93 del Código Penal. El texto del proyecto de ley, Boletín 6422-07, sometido a la legislatura en marzo de 2009, indica claramente que una ley interpretativa se distingue de una derogación o modificación porque no modifica la ley existente sino que fija su correcta aplicación, la que “también hubiese podido ser realizada por el juez aunque aquella no se hubiese dictado”. Sobre el segundo punto, resulta difícil de entender que el “temor a perder” pueda eximir a los Estados de legislar en pro de sus responsabilidades internacionales soberanamente contraídas. Más allá de los tecnicismos legales, estimamos que, al cumplirse 40 años del golpe de Estado, 35 de la imposición de una autoamnistía y 7 desde que el Estado de Chile fuera objeto de una condena que lo obliga a actuar, es inaceptable que se siga incumpliendo obligaciones de esta envergadura ante la comunidad nacional e internacional. Reiteramos, por tanto, con particular énfasis, el llamado realizado en *Informes* anteriores a que el gobierno respalde y active, con suma urgencia, uno de los proyectos de ley interpretativa ya mencionados o bien que introduzca una propuesta

22 Boletín 6422-07, ingresado el 31 de marzo de 2009; y Boletín 3959-07, ingresado el 30 de agosto de 2005. Este último fue refundido con el proyecto 3345-07, ingresado en 2003, con anterioridad al fallo Almonacid. En el estado de consultas en línea del Senado, el Boletín 6422-07 aparece sin urgencia, mientras que el Boletín 3959-07 aún es caratulado como de “suma urgencia”.

de derogación o anulación, que deponga definitivamente los efectos del DL de Amnistía de 1978.

1.3. Panorama jurídico actual

Entre 2010 y 2013 se han interpuesto cerca de 2.000 nuevas querrelas criminales por las 3.216 víctimas de desaparición forzada o ejecución política actualmente reconocidas por el Estado de Chile. Las presentaciones se relacionan especialmente con víctimas de ejecución política, por una decisión tomada en 2010 por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos, AFEP, de interponer, en sucesivos tramos, recursos por todas las víctimas de esta práctica cuyos casos nunca fueron correctamente investigados. En 2011, el poder judicial inició ex officio investigaciones a nombre de 726 de esas mismas personas. Algunas de las nuevas querrelas fueron reforzadas y complementadas por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública,²³ quienes figuran actualmente como parte en 512 de los procesos subsecuentes. Durante 2013 comenzaron a dictarse las iniciales sentencias de primera instancia en estas causas por parte de los ministros instructores respectivos;²⁴ mientras que el Programa de DD.HH. presentó 87 querrelas adicionales, a nombre de 123 víctimas de desaparición forzada, en el periodo principalmente cubierto por el presente *Informe*.²⁵

Veintinueve ministros de fuero, adscritos a los tribunales de Apelaciones respectivos, investigan actualmente, a lo largo del país, cerca de 1.400 casos criminales resultantes de estas querrelas y otras anteriores, más unas 33 causas por torturas iniciadas por sobrevivientes.²⁶ Se realizó, en los primeros días de agosto de 2013, la primera reunión presencial de coordinación administrativa entre dichos ministros, en una iniciativa convocada por el ministro Hugo Dolmestch, actual ministro coordinador de causas de DD.HH. para la Corte Suprema. Se valora mucho la realización de esfuerzos de coordinación de este tipo, y la participación en ellos de órganos auxiliares tales como el Servicio Médico Legal, SML; la Policía de Investigaciones, PDI; y el Programa de DD.HH.; ya que muchos de los actores más cercanos a los procesos estiman que una falta de cruce e intercambio de información y testimonios es uno de los principales obstáculos que quedan para la resolución definitiva de investigaciones de larga

23 En adelante, el Programa de DD.HH.

24 Ministro Mario Carroza, Rol 208-2010, homicidio simple de Patricio Álvarez, sentencia del 4 de marzo de 2013; Rol 221-2010, homicidio simple de Marco Reyes Arzola, sentencia del 29 de mayo de 2013; Rol 351-2011, homicidio simple de José Laurel Almonacid, sentencia del 17 de abril de 2013.

25 Julio 2012 a junio 2013 inclusive. Ver nota 3.

26 Datos extrapolados del Resumen estado de causas de DD.HH., mayo-junio 2013, suministrado al Observatorio por el ministro Dolmestch, y planilla de causas del Programa de DD.HH. para mayo de 2012.

data. Se valora también esfuerzos paralelos para introducir la grabación y difusión de testimonios realizados en el extranjero, una de las recomendaciones surgidas de una jornada binacional de intercambio sobre trato a testigos, realizada en la Universidad Diego Portales en agosto de 2011.²⁷ Preocupa, sin embargo, el reiterado anuncio de iniciativas para diseñar plataformas electrónicas de coordinación y cruce de antecedentes, siendo que estas se suponían ya activas desde 2010, bajo la coordinación del ministro Sergio Muñoz (ver *Informe 2011*).

En la ceremonia inaugural del encuentro de ministros se proyectó un documental graficando el importante esfuerzo y avance del ministro Hector Solís en la investigación del caso Paine. Es de particular importancia que el documental haya sido realizado en el marco de una serie que da cuenta más amplia del funcionamiento del sistema de justicia, y cómo el acercamiento a las comunidades y la ciudadanía mejora tanto la apreciación como la eficacia de su labor. Estimamos imprescindible que la labor de los ministros en causas de DD.HH. sea de esta manera explícitamente valorada por sus colegas y el país, ya que en el pasado algunos ministros se han sentido poco apreciados en esta labor, percibiendo incluso que ha constituido un antecedente negativo para su desarrollo profesional. En esta misma línea, se ha tornado obligatorio en estas instancias hacer referencia a las positivas conclusiones del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, luego de su misión a Chile en agosto de 2012. Si bien es cierto que el Informe final del Grupo reconoce “importantísimos pasos” tomados en Chile desde 1990, también lo es que señala desafíos persistentes, entre ellos, “la vigencia del Decreto Ley de Amnistía, la imposición de sanciones leves a los victimarios (y) la lentitud en los avances de los procesos judiciales”.²⁸

Respecto al último aspecto es significativo que, aunque todos los ministros que conocen causas de DD.HH. actualmente lo hacen en calidad de ministros en visita, se había ido perdiendo la dedicación exclusiva que antes correspondía a algunos de los magistrados designados. Como consecuencia, los ministros debían mantener sus demás labores, tales como la constitución de sala en hasta tres oportunidades por semana, lo que les dejaba en la práctica tan solo dos jornadas matinales para dedicar a sus causas de DD.HH. Observamos con satisfacción que, el 13 de septiembre de 2013, el ministro Dolmestch anunció la designación de exclusividad de los 7 ministros en visita de la Corte de Apelaciones de Santiago y la realización de un diagnóstico de la situación de los ministros en otras regiones. También preocupa el bajo número de causas que han sido conocidas durante el último período por la Corte Suprema. Entre julio de

27 Observatorio de DD.HH., Resumen seminario “Trato de testigos en causas de DD.HH.: La experiencia Argentina”, 4 de abril de 2012.

28 Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias, A/HRC/22/45/Add.1, 29 de enero de 2013, p. 1.

2012 y junio de 2013 se emitieron cuatro sentencias definitivas. Este total contrasta fuertemente con los 18 fallos emitidos en igual periodo de 2012 y 23 en 2011. Este declive es atribuible en gran parte al efecto de un *cuello de botella* en la revisión y/o ratificación de fallos de primera instancia por las correspondientes Cortes de Apelaciones. En efecto, entre julio de 2012 y junio de 2013, las Cortes de Apelaciones conocieron solamente siete sentencias definitivas de primera instancia.²⁹ Según entendemos, esta demora se debe en gran medida a la realización y/o actualización de exámenes de facultades mentales a los respectivos condenados, diligencia que requiere la intervención del Servicio Médico Legal y es obligatoria para condenas superiores a 15 años y un día, o cuando el condenado tenga más de 70 años. En algunos casos, los exámenes respectivos se tornaron obligatorios por el cumplimiento del umbral de 70 años de edad durante el lapso entre las sentencias de primera y segunda instancia. En otros, los abogados defensores de los condenados han solicitado la repetición de exámenes previos, alegando posibles deterioros en la salud de sus representados entre la emisión y ratificación de la sentencia inicial. Ha sido el caso, por ejemplo, de César Manríquez Bravo, ex capitán del Ejército actualmente condenado por secuestro calificado.³⁰ Sus abogados aducen que un fuerte cuadro depresivo lo inhabilita para enfrentar las fases de apelación venideras de sus múltiples condenas adicionales.³¹ Varias fuentes consultadas estiman que las reiteradas peticiones de actualización de informes, que rara vez arrojan novedades significativas, suelen ser tácticas dilatorias.

1.3.1. Composición de tribunales y asignación de ministros en visita

A fines de 2012 se jubiló el ministro Alejandro Solís, uno de los jueces más prolíficos en la resolución y dictación de sentencias. Sus fallos, en las 44 causas de DD.HH. que resolvió, se han transformado en materia obligatoria de estudio en varias escuelas de derecho, tanto por su exhaustivo análisis de los preceptos internacionales relevantes como por su aporte a la memoria histórica, a través de la incorporación de múltiples evidencias y testimonios. Estos demuestran la sistemática-

29 Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 4083-2008, acumulando secuestros calificados y torturas en el Regimiento Tejas Verdes; Corte de Apelaciones de Chillán, Causa Rol 113-2012, por el secuestro de Cecil Alarcón; Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 3372-2010, por la ejecución de Eugenio Berríos Sagredo; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Causa Rol 81-2011, por desapariciones y ejecuciones en Coyhaique-Puerto Cisnes; Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 2612-2010, por las desapariciones de los "ocho de Valparaíso"; Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 852-2012, por la desaparición de Muriel Dockendorff; y Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 470-2011, por las desapariciones de Juan Gianelli, José Sagredo y Alfredo Salinas.

30 Condenado a firme el 18 de junio de 2012 a 5 años y 1 día como autor del secuestro calificado de Héctor Vergara Droxrud. Confirmación oficial de ingreso y recinto penitenciario pendiente desde Gendarmería.

31 Desaparición de Jorge Grez Aburto, sentencia del 16 de diciembre de 2010, y desaparición de José Flores y Rodolfo González, sentencia del 27 mayo de 2010.

dad y extensión de las prácticas y aparatos del terrorismo de Estado, y la incansable lucha contra la impunidad llevada a cabo desde el inicio por sobrevivientes, familiares y activistas de DD.HH. El ministro fue también innovador en cuanto a su estilo colaborativo: detectives, peritos, experimentados actuarios y una asistente social trabajaron coordinadamente bajo su dirección para lograr mayor eficacia y objetividad en investigación, manteniendo un cercano y correcto trato con familiares y testigos en casos como el del Patio 29. En junio de 2013 el ministro fue reconocido con la Medalla Raúl Silva Henríquez por la Corporación de Familiares de ex Prisioneros Políticos Fallecidos de Chile y del Comando Unitario de ex Prisioneros Políticos y Familiares. En abril del mismo año, fue invitado junto a otros reconocidos expertos jurídicos de la región a officiar como observador internacional al juicio por genocidio realizado contra el ex general Ríos Montt, en Guatemala. Su papel en causas domesticas ha sido asumido por el ministro Leopoldo Llanos.

Durante el año, la labor del ministro Héctor Solís en el caso Paine también fue documentada, esta vez por el mismo poder judicial chileno, en el marco del proyecto nacional “Jueces que hacen comunidad”. Una copia del documental audiovisual respectivo fue presentada por el presidente de la Corte Suprema al Museo de la Memoria y los DD.HH. en julio de 2013. Al mismo tiempo, reportes de prensa sugerían que un “veto” no-declarado mantenido por parlamentarios de derecha al ascenso del ministro Carlos Cerda a la Corte Suprema, motivado por su actuar en causas de DD.HH., podría ser levantado, lo que permitiría su consideración en las próximas cinco vacantes para llenar vacantes en el máximo tribunal.³² La Sala Penal de la Corte Suprema experimentó un cambio de composición con la reciente incorporación del ministro Lamberto Cisternas en reemplazo de Jaime Rodríguez Espoz, cuyo puesto había sido ocupado por abogados integrantes desde su jubilación a inicios de 2012. En su nueva composición titular, la Sala entrará a definir líneas jurisprudenciales probablemente más estables en materias como la proporcionalidad de las penas y el estatus de la prescripción gradual. Hasta entonces, la línea de la Sala al respecto se había tornado crecientemente impredecible

1.3.2. Novedades y tendencias en los procesos judiciales

En diciembre de 2012, la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y la AFEP iniciaron una querrela criminal³³ alegando los

³² El Mostrador, 29 de julio de 2013, “Piñera levanta veto del oficialismo sobre juez Carlos Cerda”. En la misma nota, se atribuye a fuentes de La Moneda la aseveración de que “el presidente Piñera jamás ha expresado que tenga un veto sobre este juez”.

³³ Ministro Carroza, Rol 2442-2012, querrela presentada el 14 de diciembre de 2012.

crímenes de sublevación y rebelión en contra del gobierno legalmente constituido del presidente Allende. Se hace mención de todos quienes planearon o perpetraron el golpe de Estado, tanto militares como civiles. En la fundamentación se señala el papel jugado por el alto mando militar de la época, algunos dirigentes políticos de la Democracia Cristiana, los integrantes del grupo subversivo armado Patria y Libertad, y los directores de El Mercurio y otros medios de comunicación. Se trata del primer intento de judicializar el crimen de la toma violenta e inconstitucional del poder. Si bien los crímenes políticos rara vez son perseguidos exitosamente, cabe recordar que una querrela similar fue clave en reabrir la judicialización de crímenes de represión en Uruguay. La querrela, patrocinada por los abogados Eduardo Contreras y Alfonso Insunza, está siendo conocida por el ministro Mario Carroza, el mismo que sobreesayó en septiembre de 2012 la investigación sobre la causa de muerte del depuesto presidente Salvador Allende, al recibir informes de peritaje consistentes con la tesis del suicidio.³⁴ En el caso del homicidio calificado de Víctor Jara, actualmente instruido por el ministro Miguel Vázquez, se procesó a fines de 2012 a ocho agentes como autores o cómplices.³⁵ Todos fueron puestos en prisión preventiva y cuatro de ellos fueron liberados posteriormente bajo fianza.³⁶ Los procesados incluyen a Edwin Dimter Bianchi, sindicado desde hace largo tiempo como el “Príncipe”, apodo del cruento y temido oficial quien protagonizó la tortura y asesinato del conocido activista e ícono musical en 1973 en el entonces Estadio Chile (ahora Estadio Víctor Jara).

Entre julio de 2012 y julio³⁷ de 2013, la Corte Suprema emitió seis fallos definitivos en causas de violaciones de derechos humanos en tiempos de dictadura, por un total de diez víctimas de ejecución política o desaparición forzada. Todos resultaron en confirmación de condenas, si bien menos de la mitad de estas (5 de 13) impusieron penas de cárcel. Entre las tendencias más pronunciadas, se advierte un mayor desarrollo de la discusión sobre la indemnización, tanto en relación a la competencia de la sede criminal para determinarla como a la compatibilidad o no entre las medidas administrativas de reparación (pensiones Rettig y otras) y las indemnizaciones civiles obtenidas por litigio. La tendencia actual es a acoger demandas de indemnización, conforme las opiniones emitidas por los ministros Brito y Juica, si bien la

34 Ministro Carroza, Rol 77-2011, caso Salvador Allende, sobreesimiento definitivo del 13 de septiembre de 2012; ratificado por la Corte de Apelaciones de Santiago en mayo de 2013 y por la Corte Suprema el 24 de junio del mismo año.

35 Ministro Vázquez, Rol 108.496-MG, homicidio calificado de Víctor Jara, procesamientos del 26 y 28 de diciembre de 2012.

36 En resolución del 28 de marzo de 2013.

37 En esta sección de análisis cualitativo, se extiende el rango de periodicidad para permitir consideración de las únicas sentencias definitivas en lo que va del 2013, ambas emitidas en julio.

práctica no ha sido invariable. En el aspecto criminal, el desistimiento de la aplicación de prescripción gradual en casos de delito permanente (secuestro) que se había visto desde la llegada de los ministros Brito y Juica a la Sala (ver *Informe 2012*), se mantuvo solamente hasta el fallo del caso José Jara y Alfonso Díaz, siendo revertido en el próximo caso relevante: el del secuestro de Grober Venegas, en que la Corte ratificó, contra los votos disidentes de los ministros Brito y Juica, la concesión de prescripción gradual realizada por la Corte de Apelaciones de Arica. El resultado, como es habitual, fue la imposición de penas leves, no privativas de libertad.

Cuadro 1. Detalle de las sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2012 y julio de 2013 en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura

| N° | Causa | Fecha de sentencia | Rol |
|----|--|--------------------|-----------|
| 1 | Secuestros de José Jara y Alfonso Díaz | 6 julio 2012 | 2661-2012 |
| 2 | Homicidio calificado de Gloria Stockle | 24 noviembre 2012 | 2220-2012 |
| 3 | Secuestro calificado de Grober Venegas | 23 noviembre 2012 | 3573-2012 |
| 4 | Homicidios en Las Vizcachas | 18 diciembre 2012 | 3841-2012 |
| 5 | Secuestro calificado de Cecil Alarcón | 18 julio 2013 | 519-13 |
| 6 | Homicidio simple de Luis Almonacid | 29 julio 2013 | 1260-13 |

Fuente: Elaboración propia con datos extraídos de www.pjud.cl.

Los únicos fallos emitidos en lo que va de 2013 corresponden a los casos de Cecil Alarcón³⁸ y de Luis Almonacid Arellano,³⁹ siendo este último la víctima de ejecución política cuyo caso produjo el fallo adverso contra Chile en la Corte IDH en 2006 en materia de amnistía. Ambos casos produjeron condenas no privativas de libertad, de 5 años. El primero, contra Andrés de Jesús Morales, confirmó el revés ya vivido en el caso Grober Venegas, en cuanto a permitir prescripción gradual en casos que involucran el delito de secuestro, negando el carácter permanente de dicho crimen cuando la víctima no es reintegrada ni se tiene noticias de su paradero. Esto representa un vuelco brusco en la jurisprudencia progresiva desarrollada por la Corte en los últimos

38 Corte Suprema, Rol 64-2009, 18 de julio de 2013.

39 Corte Suprema, Rol 1260-13, 29 de julio de 2013.

años. En el caso Alarcón se repitió la práctica adoptada en el caso Grober Venegas en 2012: se optó por designar el día 91 desde el inicio del secuestro como fecha arbitraria en que el delito “es susceptible de estimarse consumado”. Se deduce por tanto que el secuestro en estos casos fue considerado castigable solamente en razón de su carácter de crimen de lesa humanidad y no por su carácter permanente. Esta postura elimina la distinción que la Corte había empezado a trazar entre casos de homicidio, en que se seguía concediendo prescripción gradual, y de secuestro. En estos últimos, hasta los reveses actuales, la Corte había empezado a reconocer la imposibilidad de fijar un punto de inicio para el cómputo del lapso de tiempo desde la comisión del delito. El fallo en el caso Alarcón fue redactado por el juez Dolmestch, actual ministro coordinador de causas de DD.HH. para la Corte Suprema, con los votos disidentes de los ministros Juica y Brito. El fallo también otorgó indemnización a los familiares del señor Alarcón, sosteniendo, contra la oposición del Consejo de Defensa de Estado (CDE), que no existe incompatibilidad entre el ejercicio del derecho a medidas administrativas de reparación y el uso de la vía judicial, argumento utilizado para similares efectos en el fallo Grober Venegas. Tampoco se aplicó prescripción a la demanda civil, en contraste con la opinión expresada por el Pleno de la misma Corte en enero de 2013.

Por otra parte, el fallo por el homicidio de Luis Almonacid Arellano condenó a Raúl Hernán Neveu Cortesi a 5 años, con el beneficio de libertad vigilada, por homicidio, ratificando el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua emitido en enero de 2013. La querellante y el Programa de DD.HH. habían objetado la categorización de delito “simple” –en vez de calificado– al fusilamiento realizado en la puerta de su hogar de un hombre que, acompañado por su esposa embarazada, se encontraba en la más absoluta indefensión y no opuso resistencia. La defensa, por su parte, había objetado la no concesión de prescripción gradual por el tribunal inferior. Si bien la Sala Penal mantuvo ambos elementos de la sentencia apelada, su razonamiento se limita a consideraciones técnicas y por tanto no es susceptible a un análisis de tendencias interpretativas propias.⁴⁰

Es imposible, por razones de espacio, examinar con la debida atención todas las sentencias relevantes pronunciadas por tribunales de primera y segunda instancia. No obstante, se debe resaltar tanto la conclusión del caso Riggs sin procesamientos a miembros de la familia Pinochet, en agosto de 2013, como la conclusión del caso Woodward sin penas de cárcel (ocurrída en mayo). La investigación del secuestro,

40 Cabe recordar, al respecto, que el papel de la Corte Suprema en estas materias se limita al de pronunciarse sobre la correcta aplicación de la ley por parte de tribunales inferiores. Solo entra en el fondo del asunto de la causa cuando, al decidir que existan vicios de ese tipo, dicta además una sentencia de reemplazo.

tortura y presumido posterior asesinato del sacerdote británico-chileno Miguel Woodward, ocurrido en el barco de la Armada ‘La Esmeralda’ en Valparaíso en 1973, produjo reclamos sobre la actuación de ministro instructor Julio Miranda Lillo. Luego de anular los procesamientos de todos los oficiales hasta entonces encausados, el ministro procedió en mayo de 2013 a absolver a cinco de los ocho restantes y sobreseer a un sexto por razones de salud. Aplicó solamente dos condenas, ambas no privativas de libertad, de 3 años y 1 día. La hermana y el cuñado del desaparecido clérigo, siempre activos en la búsqueda de justicia para Miguel y otras víctimas, comunicaron su decepción: “en Chile todavía no se ha conseguido un sistema de justicia que permita investigar, descubrir y sancionar las violaciones de DD.HH.”.⁴¹

1.4. Víctimas sobrevivientes

En julio de 2013 las Abuelas de la Plaza de Mayo⁴² celebraron la aparición con vida del “nieto 109”, uno de los hijos e hijas de personas desaparecidas que fueron víctimas de la sustracción y suplantación de sus identidades verdaderas por agentes de la dictadura argentina. Se trata de Pablo Athanasiu, consignado en el Informe Rettig como un niño desaparecido, junto con sus padres, militantes del MIR, detenidos-desaparecidos en Argentina en abril de 1976. Pablo, hoy de 38 años, fue criado en un entorno cercano al mundo castrense, por un hombre actualmente detenido acusado de otros crímenes de represión. Se ha comunicado con sus tías chilenas, quienes serían sus familiares más cercanos en Chile, aunque aún no ha viajado a Chile desde que descubrió su identidad verdadera en abril de 2013. Ya suman dos los niños chilenos aparecidos como personas adultas, habiendo sobrevivido el exterminio de sus padres, y la subsecuente sustitución de su identidad e historia real. La otra es Claudia Poblete, quien recuperó su identidad en febrero de 2000. El hecho desató una ola de atención en la prensa chilena sobre casos similares de niños afectados por la represión de sus padres. Se reportó, por ejemplo, sobre Eva Victoria Julien y su hermano Anatole, niños de origen uruguayo abandonados en una plaza en Valparaíso en 1976, con tan solo un año y medio y cuatro años de edad, respectivamente, en el marco de la Operación Cóndor, luego de presenciar el asesinato de sus padres por agentes de

41 Patricia y Fred Bennett, comunicación electrónica con el Observatorio de DD.HH., 30 de julio de 2013.

42 Emblemática agrupación de familiares en Argentina, las Abuelas, al igual que las Madres, empezaron durante la dictadura argentina a juntarse en la Plaza de Mayo, delante el palacio de gobierno de la capital federal de Buenos Aires, para exigir la devolución de sus familiares secuestrados y desaparecidos. El énfasis particular de las Abuelas, que las distingue de las Madres de la Plaza de Mayo, es su enfoque en la práctica represiva de adopción forzosa y sustitución de identidad de los bebés nacidos a presas políticas en estado de embarazo al momento de su secuestro.

la dictadura argentina. El caso de Ernesto Lejderman, hijo sobreviviente de un matrimonio argentino-mexicano asesinado en Chile, suscitó particular atención nacional. El dramático desenlace de la historia de Ernesto, dejado huérfano a los dos años luego de haber presenciado el acribillamiento de sus padres, tuvo mayor impacto dado la relación íntima con el caso del ex comandante en jefe del Ejército Juan Emilio Cheyre.⁴³ Cabe señalar que, a excepción de Pablo Athanasiu, se trata de casos conocidos y denunciados desde largo data, tanto por agrupaciones de DD.HH. como por sus mismos protagonistas. Ernesto, quien ha viajado con frecuencia a Chile desde que se enteró de la historia real detrás de la muerte de sus padres, llevó una causa por su muerte ante los tribunales nacionales desde 2000 e hizo reiterados cuestionamientos públicos a partir de 2004 al nombramiento de Cheyre al mando del Ejército, nombramiento realizado a fines de 2001.⁴⁴

1.4.1. Ley de secreto y antecedentes Valech

Resulta llamativo que los sobrevivientes de prisión política y tortura, y de múltiples otros crímenes represivos graves sin resultado inmediato de muerte o desaparición, nunca hayan sido considerados por las autoridades chilenas como un grupo coherente de sujetos activos para efectos de promover su ejercicio del conjunto de derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que les corresponde. Diversas medidas de reparación administrativa han estado a disposición de algunas categorías de sobrevivientes desde 1991.⁴⁵ Sin embargo, recién en 2004 se constituyó la primera instancia de reconocimiento individualizado de su situación en la forma de una comisión de verdad. La “Comisión Valech”, en sus dos instancias (2004/5 y 2011), estaba además desprovista de consecuencias jurídicas, producto de la ley de reserva que impera sobre todos los testimonios y demás antecedentes recabados. Los alcances de dicha reserva se encuentran actualmente bajo estudio, con la preparación de un planteamiento ante la Contraloría General de la República. En este se argumenta que, por lo menos, los antecedentes de 30 casos adicionales de desaparición forzada o ejecución política reconocidos por “Valech II” en 2011 deben ser puestos a disposición de tribunales, ya que serían homologables con el mandato de la anterior Comisión Rettig, cuyos antecedentes sí fueron puestos a disposición de la justicia y siguen siendo fundamentales para investigaciones actuales. Asimismo, se debe considerar que la falta absoluta de retroalimentación entre instancias oficiales de

43 Ver sección 3.5. El golpe en el imaginario público.

44 Ver boletines anteriores del Observatorio de DD.HH.

45 *Informe 2012*, p. 44, y Observatorio de DD.HH., “Tabla leyes y medidas de reparación” y “Medidas de reparación”.

verdad y de justicia en relación a sobrevivientes reconocidos de prisión política y tortura va en contradicción con el reconocimiento que el marco normativo y jurídico internacional actual hace de que los correspondientes derechos son necesariamente interrelacionados.

1.4.2. Trato dispar de demandas civiles por la Sala Penal y la Sala Constitucional

Existen dos vías legales para que los sobrevivientes o familiares de las víctimas de la dictadura puedan ejercer su derecho a buscar resarcimiento en la forma de una indemnización. Ambas formas pueden ser dirigidas contra los individuos responsables y/o contra el Estado del que fueron agentes. La primera vía consiste en solicitar una indemnización en conjunto con una causa criminal. En ese caso, la demanda puede llegar a ser conocida por la Sala Penal de la Corte Suprema. La segunda vía es una demanda en los tribunales civiles, donde el último tribunal en resolver eventualmente es la Sala Constitucional de la Corte Suprema. En ambos casos, el CDE, representando al Fisco, suele oponerse a las peticiones de indemnización. Es particularmente llamativo que el CDE, por una parte, apoye la persecución penal aduciendo la imprescriptibilidad de la acción penal y, por otra, defienda el patrimonio fiscal señalando (entre otros argumentos) que la acción civil ya está prescrita conforme a las normas de derecho común.

En 68 de las 128 causas de DD.HH. conocidas por la Corte Suprema hasta (e incluyendo) junio de 2013, los querellantes optaron por reclamar la indemnización por la vía penal. De esos 68 casos, la Sala Penal rechazó indemnizar en 32; en 27 lo acogió; en 8 promovió una exitosa conciliación entre los demandantes y el CDE; y remitió uno al Pleno de la Corte Suprema, a solicitud del CDE y supuestamente para uniformar criterios. En este caso, por el secuestro calificado de Eduardo González, el pleno resolvió en enero de 2013 decretar la prescriptibilidad de la acción civil. Indicó que el computo del plazo de los 4 años de prescripción debe realizarse desde que los familiares de la víctima tuvieron certeza del ilícito perpetrado, condición que dio por cumplida con la publicación del *Informe Rettig*, el 4 de marzo de 1991. Así revocó la indemnización de \$50.000.000 que la Corte de Apelaciones de Santiago había concedido.⁴⁶ Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha rechazado persistentemente la indemnización en demandas civiles, manteniendo su tesis de que la imprescriptibilidad se limitaría a la responsabilidad criminal. De los 40 casos que la Sala Constitucional conoció en estas materias entre mayo de 2002 y enero

46 Pleno Corte Suprema, Rol 10665-2011, secuestro calificado de Eduardo González, sentencia del 21 de enero de 2013.

de 2013, solo en uno concedió la indemnización a los familiares de una víctima desaparecida.⁴⁷ La excepción se explica en una especial integración, durante el día de la vista de la causa, con la participación de dos abogados integrantes.⁴⁸

1.4.3. Tratamiento jurídico de la tortura en causas domésticas iniciadas por sobrevivientes

Ya que no existe una política institucional para perseguir tales crímenes, ni tampoco una agencia gubernamental mandatada legalmente para tal efecto, los sobrevivientes de tortura se encuentran en un desamparo jurídico cada vez más notorio, en contraste con la situación de los procesos seguidos por ejecuciones y desapariciones. No se han presentado querellas por órganos oficiales en representación de los sobrevivientes, y la Corte Suprema incluso optó inicialmente por excluir de la competencia de los ministros en visita de causas de DD.HH. el conocimiento de casos de tortura.⁴⁹ Todo aquello, sumado a la reserva absoluta que afecta a los antecedentes entregados a la Comisión Valech, se ve reflejado en la magra cifra de 33 casos penales activos en Chile. La abogada Magdalena Garcés, representante legal en algunos de ellos, indica que también existen obstáculos probatorios y normativos que impiden su avance.⁵⁰ Estos incluyen prácticas tales como una excesiva dependencia de parte de los tribunales de la existencia de testigos directos o de un diagnóstico actual del padecimiento de estrés postraumático en las víctimas para acreditar el delito.⁵¹ Por otra parte, los tipos penales a la época⁵² contemplaban penas mínimas. La Corte Suprema ha resuelto hasta la fecha cuatro causas penales por tortura (“apremios ilegítimos” o “tormentos”). Un quinto caso fue resuelto en última instancia por la Corte de Apelaciones de Talca, sin ser recurrido ante el máximo tribunal. Por tanto, son solo 5 los procesos penales terminados, respecto de 55 víctimas de tortura, comparados con un total de 38.254 personas actualmente reconocidas por el Estado como sobrevivientes de dichas prácticas.⁵³

47 Sala Constitucional de la Corte Suprema, Rol 2080-2008, caso María Isabel Ortega Fuentes con Fisco de Chile, sentencia de 8 de abril de 2010.

48 Sala integrada por los ministros Héctor Carreño, Pedro Pierry y Haroldo Brito, y los abogados integrantes Nelson Pozo y Maricruz Gómez.

49 Ver Informe 2012, sobre los Auto Acordados 36 y 81 del máximo tribunal.

50 Magdalena Garcés, comunicación electrónica con el Observatorio, junio de 2013.

51 Práctica aplicada en el caso Torturas Academia de Guerra Aérea.

52 Código Penal, art. 150 n°1 (apremios ilegítimos) y n° 2 (aplicación de tormentos).

53 Observatorio de DD.HH., “Cifras de víctimas y sobrevivientes de violaciones masivas a los DD.HH. oficialmente reconocidos por el Estado chileno”.

1.4.4. Demanda contra Chile en la Corte IDH: Caso García Lucero contra Chile

La Corte IDH conoció, durante su 47° Período de Sesiones Extraordinario en Medellín, Colombia, el 20 y 21 de marzo de 2013, los alegatos orales en un caso presentado por el sobreviviente don Leopoldo García Lucero. El señor Lucero sufrió torturas entre los años 1973 y 1975 mientras estuvo detenido ilegalmente en el Estadio Nacional y en el campo de concentración Chacabuco. Fue posteriormente exiliado junto a su familia al Reino Unido, donde actualmente reside. Alega faltas actuales de Chile a sus deberes internacionales en relación al acceso a la justicia y reparación adecuada,⁵⁴ en particular para sobrevivientes que siguen residiendo fuera del territorio nacional. La resolución de la Corte IDH seguía pendiente al cierre de esta edición.

1.4.5. Controversias sobre la calificación de los exonerados políticos

El *Informe 2012* resume la controversia suscitada por la acusación de que existieron casos de calificación sin fundamentación y/o en base a documentos falsos o adulterados, entre las miles de personas reconocidas como víctimas de despido por motivos políticos en las fechas posteriores o inmediatamente anteriores al golpe de Estado. Una investigación realizada por la Contraloría General de la República sobre los archivos de la Oficina de Exonerados Políticos y del Instituto de Previsión Social, IPS, sugirió que podría haber irregularidades en hasta 3.000 de los casos actualmente calificados y objetó el otorgamiento del cálculo de montos de pensiones a 1.187 de ellos.⁵⁵ Según fuentes de prensa, los objetados incluyen a 627 ex empleados o militantes de los partidos Comunista, Socialista, Radical y Demócrata Cristiano.⁵⁶ Sin embargo, solamente 1,2% de los antecedentes individualizados en los 22 anexos del Informe respectivo mencionan documentación de partidos políticos como fuente de preocupación.⁵⁷ En un año electoral, el tema fue motivo obligatorio de comentario en todos los sectores de la política partidista. El ex presidente del Partido Socialista, Ricardo Núñez, trató de aminorar las responsabilidades de su partido

54 En contravención de los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile con entrada en vigor el 21 de agosto de 1990.

55 Informe Final de la División de Auditoría Administrativa de la Contraloría General de la República, n° 81/2012, 9 de mayo de 2013.

56 *La Tercera*, "Contraloría cuestiona pensiones vitalicias a 1.187 ex empleados del PC, PS, DC y PR", 30 de mayo de 2013.

57 Otro 7,3% dice relación con las acciones u omisiones de los propios postulantes, tales como la no inclusión del relato de motivación política del despido que se requiere; 10,2% tienen que ver con historiales impositivos durante o después de la exoneración registrada; y un 81,3% procede de problemas con los registros de empleados, deudas impositivas o existencia efectiva de una situación de intervención de empresas privadas que empleaban en 1973 a personas posteriormente exoneradas. Fuente: cálculos propios, sobre los anexos del Informe Final de la División de Auditoría Administrativa, op. cit.

señalando que los parlamentarios que habrían entregado certificados adjuntados en algunas de las postulaciones fraudulentas habían sido “engañados”.⁵⁸ A la vez, algunos diputados de la oposición señalaron su intención de presentar una acusación contra quienes desde el sector oficialista hubiesen aludido a fraude o falsificación, ya que el Informe final de Contraloría no respalda ni reitera dichas calificativas. Dado el uso malicioso que se ha hecho del tema para cuestionar la probidad moral de las personas actualmente calificadas, sería conveniente “depurar” en forma definitiva las listas para así despejar dudas reales o discursivas sobre los miles de casos genuinos.

1.5. Agentes (victimarios)

1.5.1. Sentencias condenatorias

Los *Informes* anteriores han utilizado datos sobre nuevas querellas y procesamientos suministrados periódicamente por el Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior. Lamentablemente, estos datos— que permiten a las diversas partes en los procesos, a investigadores y al público interesado hacer un monitoreo y seguimiento del proceso de justicia que se sigue a nombre de ellos— han acumulado retrasos cada vez mayores en su actualización. Las cifras más recientes datan de junio de 2012, siendo recibidas por el Observatorio recién el 3 de septiembre de 2013. Esto significa que las cifras publicadas en el Informe 2012 no han podido ser modificadas con el grado de detalle y pormenorización que estimamos imprescindible para preservar su confiabilidad. A esto se suma la reiterada negativa del servicio de Gendarmería de suministrarnos en forma directa confirmación del estado de cumplimiento de penas, o bien de concesión de beneficios intrapenitenciarios, a quienes deberían encontrarse privados de libertad.⁵⁹ Por ello, en esta edición debemos limitarnos a señalar que serían aproximadamente 868 las personas encausadas desde 1998 en procesos de DD.HH. en calidad de procesados, imputados o condenados.⁶⁰ Un tercio de ellos tiene por lo menos una condena definitiva en su contra, pero solo un 30% de las sentencias definitivas impuestas

58 *La Tercera*, “Ex presidente del PS asume responsabilidad por falsos exonerados políticos: ‘Fuimos engañados’”, 28 de mayo de 2013.

59 Negativa expresada en llamadas telefónicas y comunicaciones electrónicas durante 2012 y, durante 2013, en la ausencia de respuesta a diversas consultas específicas realizadas a través del Programa de DD.HH. por medio de correos electrónicos. Al solicitar, a fines de 2012, confirmación de una excarcelación revelada por el Observatorio en un caso de su competencia, un ministro de causas nos reportó que también se le había denegado los datos, bajo el argumento del respeto a la privacidad del reo.

60 Cifra a mayo de 2012, basada en registros del Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior. 31 de estos individuos fallecieron mientras se encontraban procesados y/o condenados.

desde 2002 son privativas de libertad.⁶¹ Por lo tanto, alrededor de 64 individuos se encuentran, o deben encontrarse, actualmente cumpliendo penas de cárcel por dichos crímenes. 16 individuos más han sido, o deben haber sido, liberados de la cárcel entre 2002 y agosto de 2013 por haber cumplido sus sentencias o por medio de beneficios que implicaron su salida anticipada.⁶² Otra veintena de procesados ha pasado por prisión preventiva, si bien esta figura no es utilizada en forma estable sino por periodos cortos de 5 días, raramente renovados (suele ser concedida la libertad bajo fianza). De los 16 presos que estimamos ya liberados, 9 de ellos lo fueron por obtención de beneficios y 7 por haber cumplido la totalidad de sus sentencias.⁶³

En el periodo entre julio de 2012 y junio de 2013 fueron ejecutoriadas las sentencias en 4 causas, con 11 condenas individuales y sin absoluciones. Cinco de las condenas arrojaron resultado de presidio. De los 5 agentes condenados a pena efectiva, dos ya se encontraban presos por otros crímenes. Son tres, entonces, los agentes “nuevos” que deben haber ingresado a la cárcel en este periodo.

61 Es llamativo que el uso de penas proporcionales, tales como presidio perpetuo por homicidio agravado, se concentra en causas terminadas antes de 1998, cuando aun no se utilizaba el calificativo “causas de DD.HH.” dentro del poder judicial (casos Juan Alegría, y “degollados”). La única pena de cadena perpetua impuesta en el periodo reciente fue en contra de Hugo Salas Wenzel, en 2007, por los asesinatos de la Operación Albania. Observatorio de DD.HH., “Agentes condenados cumpliendo pena de cárcel”.

62 A la fecha de cierre de esta edición permanecían sin confirmación 6 ingresos y 4 egresos de recintos carcelarios. Aquí se dan por hecho estos traslados, que, de cumplirse en su totalidad, habría aumentado en 2 personas la población carcelaria de esta categoría.

63 Observatorio de DD.HH., “Agentes condenados cumpliendo pena de cárcel”, op. cit. y “Condenados (...) excarcelados por concesión de beneficios”. Ambos documentos se mantienen lo más actualizados posibles, tomando en cuenta las restricciones ya mencionadas en acceso a la información oficial necesaria.

Cuadro 2: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por derechos humanos del pasado, comparados entre tres periodos de *Informe*

| | Julio 2010- Junio 2011 | Julio 2011- Junio 2012 | Julio 2012- Junio 2013 |
|--|---------------------------|---------------------------|---------------------------|
| Número de procesos finalizados en la Corte Suprema | 23 | 18 | 4 |
| Total de absoluciones emitidas | 12 | 12 | 0 |
| Total de condenas emitidas | 84 | 49 | 11 |
| •Número de condenas imponiendo pena efectiva de cárcel | 34 | 13 | 5 |
| •Número de condenas permitiendo medidas alternativas de cumplimiento | 50 | 36 | 6 |
| Total de agentes involucrados en estos procesos | 64 | 48 | 11 |
| Número de agentes condenados en por lo menos una causa | 52 | 40 | 11 |

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

() Sin contar quienes ya estaban encarcelados por otros delitos similares.*

*(**) Ingreso físico a recinto penal aún sin confirmarse al cierre de esta edición.*

1.5.2. Beneficios y atenuantes aplicados en el momento de la sentencia

En el *Informe 2012* se resaltaba cierto avance hacia el cese de la aplicación de la prescripción gradual. Sin embargo, como ya vimos, la práctica de la Corte Suprema ha variado nuevamente. En el principal periodo analizado en el presente *Informe* se volvió a aplicar la prescripción gradual en los casos Grober Venegas, beneficiando a los tres agentes con la concesión de libertad vigilada, y Gloria Stockle, en favor de otros tres agentes.⁶⁴ En el caso Stockle, se desestimó, además, el carácter de crimen de lesa humanidad del asesinato, que fue caracterizado como homicidio simple. Tampoco se reconoció en el fallo final el crimen de violación, a pesar de haber sido confesado por los mismos responsables. La concesión del beneficio de prescripción gradual con-

⁶⁴ En el caso Alarcón, resuelto en julio de 2013, también fue concedida la prescripción gradual.

lleva automáticamente, además, que posibles agravantes, tales como la alevosía o un patrón de conducta reiterada, dejen de considerarse. Aquello amenaza con un retroceso a la situación de invariables penas leves y no privativas de libertad que imperaba antes de 2012.

Cuadro 3: Atenuantes y beneficios aplicados en fallos definitivos de la Corte Suprema en causas por derechos humanos del pasado, comparados entre tres periodos

| | Clase de atenuante o beneficio | Número de aplicaciones (*) | | |
|------------|---------------------------------|----------------------------|-------------------------|-------------------------|
| | | Julio 2010 - Junio 2011 | Julio 2011 - Junio 2012 | Julio 2012 - Junio 2013 |
| Atenuantes | Prescripción gradual | 70 | 30 | 6 |
| | Irreprochable conducta anterior | 83 | 36 | 0 |
| Beneficios | Libertad vigilada | 45 | 30 | 6 |
| | Remisión condicional | 5 | 8 | 0 |

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

() El número de aplicaciones de cada atenuante o beneficio excede el total de personas beneficiadas porque tanto beneficios como atenuantes son acumulables. Así, un mismo individuo puede recibir una combinación de las cuatro disposiciones.*

1.5.3. Cumplimiento efectivo de penas: Lugares de reclusión y beneficios intrapenitenciarios

Debido a las dificultades para obtener datos oficiales, ya comentadas, la mirada global presentada en esta sección no puede sino basarse en la situación imperante en enero de 2012, última fecha en la que tenemos datos confirmados por Gendarmería y momento en que la gran mayoría de los individuos encarcelados (53 de un total de 62) lo estaban en los recintos militares de Punta Peuco y Cordillera. Estimamos que las proporciones relativas de encarcelamiento en estos recintos por sobre cárceles comunes se habrá mantenido con las nuevas condenas, los reos nuevos cuyo encarcelamiento definitivo está pendiente de confirmación y son enviados a cumplir sus sentencias en estos mismos

lugares. Cabe señalar que, quienes cumplen sus condenas en cárceles comunes (a enero de 2012, 9 individuos), lo hacen generalmente a petición propia, para así facilitar la recepción de visitas de sus redes familiares en regiones. Se ha denunciado en forma reiterada las relativamente benignas condiciones carcelarias que imperan en los recintos Punta Peuco y Cordillera (ver Informes anteriores). Al respecto, y desde una perspectiva de DD.HH., es menester señalar que una correcta resolución de esta disparidad en relación a las cárceles comunes debería pasar por homologar las mencionadas condiciones hacia un trato equitativo que mejorara las condiciones infrahumanas soportadas por el grueso de los presos comunes en Chile. También se nos ha señalado que, producto de denuncias anteriores, el alcaide actual de uno de los dos recintos mencionados ha actuado para corregir los más flagrantes incumplimientos del régimen carcelario.

Se preserva, no obstante, la potencial anomalía representada por el actual sistema de concesión de beneficios intrapenitenciarios –desde salida dominical y de fin de semana a reducción o conmutación de penas– por comités internos de cada penal. En esta materia, compartimos la postura del Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH, al considerar que dicha situación introduce niveles de discrecionalidad exacerbados por la falta de supervisión jurisdiccional del tribunal de sentencia.⁶⁵ En particular, el 18 de junio de 2013, la Sala Constitucional de la Corte Suprema rechazó un recurso de protección presentado a raíz del otorgamiento de salida dominical en septiembre de 2012 a Guillermo González Betancourt y José Fuentes Castro, ambos condenados a presidio perpetuo en 1995 por el triple homicidio de Manuel Guerrero, Santiago Nattino y José Manuel Parada. Familiares de las víctimas, representados por el abogado Fernando Leal, han iniciado tanto un sumario administrativo en la Contraloría General de la República como un Recurso de Rectificación, Aclaración o Enmienda ante la Corte Suprema, por estimar que, al contar ambos reos con sanciones por amenazas, agresiones y/o quebrantamiento del orden interno del penal, estos no cumplen los requisitos para una legítima concesión del beneficio. Actualmente existe un proyecto de ley en trámite (Boletín 8600-07) que busca impedir la futura concesión de beneficios intrapenitenciarios a perpetradores de crímenes de lesa humanidad. La propuesta, introducida en octubre de 2012, modificaría la Ley 20.357 de 2009 que tipifica dichos delitos. Por razones de no retroactividad, probablemente no afectaría a la actual población carcelaria. Tal y como explicita el texto, la práctica de conceder beneficios a los perpetradores de los peores crímenes imaginables “(transmite al país que) uno puede

65 INDH, <http://www.indh.cl/directora-del-indh-se-reune-con-familiares-de-victimas-del-caso-degollados>.

torturar, quemar vivo, degollar, hacer desaparecer al que piensa distinto, y (...) finalmente queda(r) en libertad”. A la fecha de cierre de esta edición, la propuesta se encontraba en primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, caratulado “sin urgencia”.

Contrastando con lo anterior, el 4 de junio de 2013 el diputado UDI Jorge Ulloa intentó ingresar un proyecto de ley para garantizar la remisión completa de pena para todos los represores actualmente condenados a penas de hasta 15 años por homicidio, secuestro y otros crímenes de alta gravedad. El proyecto también pretendía garantizar el beneficio automático de libertad provisional a toda persona actualmente procesada o condenada en primera o segunda instancia por esos delitos. El proyecto aseveró, sin mayor fundamentación, que a dichas personas se les “vulnera la garantía de un justo y debido proceso”. Para argumentar la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra –que invalidan la amnistía para crímenes de guerra– sugiere que los dos decretos dictatoriales que introdujeron y reafirmaron un estado de conmoción o conflicto interno⁶⁶ lo hacían solamente “para efectos jurisdiccionales”. Es decir, sugiere que los decretos solamente se respetan en cuanto buscaban legitimar crímenes represivos. A continuación, y a pesar de haber rechazado la aplicabilidad de los Convenios, cita el Segundo Protocolo Adicional de los mismos para fundamentar la noción de una amnistía amplia. Finalmente aventura que tanto la Constitución de 1925 como la carta dictatorial de 1980 “no contemplan” modificación por un tratado internacional, postura que confiere al derecho internacional un rango infraconstitucional. En eso se contradice con el mismo artículo 5º de la Constitución de 1980, y con la sentencia Rol 3125-04 de la Corte Suprema de marzo de 2007. Esta señala, en su consideración trigésimo quinta, que tanto los tratados como los principios generales del derecho internacional tienen primacía constitucional. El proyecto, con número de boletín 8963-07, fue declarado inconstitucional por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados por un modesto margen de 6 votos a 4. El diputado demócratacristiano René Saffirio, integrante de la comisión, lo caracterizó como un proyecto “francamente aberrante”, que constituía “una vergüenza para nuestro país frente al mundo”. Votaron a favor de la declaración de inconstitucionalidad, además del diputado Saffirio, los diputados Burgos, Ceroni, Díaz, Harboe, y Rincón. En contra de la inconstitucionalidad votaron los diputados Turre, Cardemil, Cristián Mönckeberg y Squella.

66 DL 5, de septiembre de 1973, y DL 640 de 1974.

1.6. Dimensiones internacionales de la búsqueda de justicia por violaciones en Chile

1.6.1. Detenidos desaparecidos chilenos con vinculación de ciudadanía con Francia

El 17 de diciembre de 2010 la Corte Penal de París condenó a 13 agentes de la dictadura chilena por el secuestro y la tortura de Alfonso Chanfreau, Jean-Yves Claudet, George Klein y Etienne Pesle.⁶⁷ Las correspondientes solicitudes de extradición de los responsables habrían llegado a Chile en mayo de 2013. El paradero de todos los condenados aún vivos (11 de los 13) es conocido, pues 10 de ellos están presos en Chile por otros crímenes. Solamente uno, Gerardo Godoy, se encuentra en libertad. Godoy, condenado en Francia pero aún sin ser procesado en el caso que se sigue por el mismo crimen en los tribunales nacionales, ha cumplido condena en Chile en el caso Sandoval y está a la espera de la ratificación de una condena en segunda instancia, impuesta por los tribunales chilenos en junio de 2013 por el secuestro calificado de Muriel Dockendorff. Entrevistada sobre el caso, Erika Hennings, esposa de Alfonso Chanfreau, destacó las condenas ejemplares (altas) impuestas por el tribunal europeo, a la vez que reparó en lo importante que sería que el actual fallo en primera instancia logrado en Chile avance hacia condenas y penas nacionales contra todos los responsables.⁶⁸

1.6.2. Petición de extradición por el homicidio de Víctor Jara

En enero de 2013, la Corte Suprema declaró procedente una solicitud de extradición formulada a las autoridades estadounidenses⁶⁹ en contra del ciudadano chileno Pedro Barrientos, procesado en calidad de autor en el asesinato de Víctor Jara.⁷⁰ La Corte chilena declaró que el crimen constituye un delito de lesa humanidad, cumpliendo así la exigencia de que un delito sea actualmente perseguible para que proceda solicitar extradición. La solicitud se encuentra en manos de las autoridades estadounidenses.

1.6.3. Denegación de extradición por el homicidio de Carmelo Soria

El 21 de enero de 2013, el ministro Lamberto Cisternas ordenó la reapertura de la causa nacional seguida por el homicidio del diplomático español Carmelo Soria.⁷¹ El caso, sobreesido en 1996 por la aplicación

67 Informe 2011 y Observatorio de DD.HH., Boletín 11, pp. 10-11.

68 Entrevista con el Observatorio de DD.HH., 2 de julio de 2013.

69 Corte Suprema, Rol 486-2013, extradición de Pedro Pablo Barrientos Núñez, sentencia del 30 de enero de 2013.

70 Ministro Vázquez, Rol 108.496-MG, caso homicidio calificado de Víctor Jara, op. cit.

71 Ministro Cisternas, Rol 1-1993, caso homicidio calificado de Carmelo Soria, sentencia del

del DL de Amnistía, ya había sido objeto en 2010 de un infructuoso intento de reapertura. El 22 de enero de 2013, la Corte Suprema recibió una solicitud de extradición del 5^o Tribunal de la Audiencia Nacional de España en contra de seis agentes chilenos⁷² por su participación en el homicidio. El 26 de julio, el requerimiento fue declarado improcedente por el ministro Juan Araya de la Corte Suprema, quien, si bien expresó su irrestricto apoyo a la mención en la solicitud del “deber ineludible” de la justicia, fundamentó su rechazo en la priorización de la causa nacional actualmente en curso por el mismo crimen.

1.6.4. Colonia Dignidad: Hartmut Hopp, prófugo en Alemania

El 25 de julio de 2013 la Segunda Sala de la Corte Suprema autorizó una solicitud de extradición a Alemania en contra de Hartmut Hopp,⁷³ otrora segundo al mando de la Colonia Dignidad y actualmente condenado en Chile a 5 años y 1 día como cómplice de violación y abuso sexual de menores. Hopp se fugó en 2011 mientras estaba supestandamente bajo vigilancia de parte de las autoridades chilenas. Dado que no existe un tratado bilateral de extradición con Alemania y ante el hecho de que el país europeo rara vez concede solicitudes de este tipo, se evalúa la posibilidad de solicitar el cumplimiento de la pena pendiente en territorio alemán.⁷⁴ A la vez, existen causas abiertas tanto en Chile como en Alemania que buscan investigar otros abusos a los colonos y el uso de la Villa Baviera como sitio de detención, tortura y exterminio durante la dictadura.

1.7. Dimensiones regionales de la lucha contra la impunidad: Juicios en Argentina⁷⁵

El actual proceso de justicia por las violaciones cometidas durante la última dictadura militar en Argentina (1976-1983) se inició en 2001 con la primera declaración de nulidad de las leyes de amnistía (Leyes de Punto Final y Obediencia Debida). Se puede comparar favorablemente los logros obtenidos en Argentina con los resultados en Chile en el mismo periodo, en particular en la imposición de penas proporcionales a la gravedad de los delitos y un repudio social claro a los victimarios y sus crímenes.⁷⁶ También existe en Argentina, desde 2007,

21 de enero de 2013.

72 Juan Guillermo Contreras Sepúlveda, José Remigio Ríos San Martín, Jaime Enrique Lepe Orellana, Pablo Fernando Belmar Labbé, Guillermo Humberto Salinas Torres, René Patricio Quilhot Palma.

73 Corte Suprema, Rol 4146-2013, 25 de julio de 2013.

74 Entrevista con el abogado querellante Hernán Fernández, CNN Chile, 24 de julio de 2013.

75 Apartado elaborado por Lorena Balardini y Andrea Rocha, integrantes del Equipo Memoria, Verdad y Justicia y del Área de Investigación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Argentina.

76 Repudio compartido por las distintas tendencias políticas, ejemplificado por la declaración

una unidad fiscal especial para organizar la persecución penal.⁷⁷ No obstante, persisten dificultades tales como largas demoras en la confirmación de sentencias por la Corte Suprema, y las recientes polémicas ocasionadas por el ascenso a la comandancia en jefe de las FF.AA. de un general vinculado con crímenes de represión y por la fuga de dos condenados desde un hospital militar.⁷⁸

En la fase actual de judicialización, se apunta a complicidades de civiles y se apuesta a una aceleración de los procesos para beneficiar, principalmente, a las víctimas, sobrevivientes y familiares. Es así como, para lograr un “cierre próximo” de las causas,⁷⁹ se establecieron reglas para agilizar procesos complejos y mejorar el tratamiento de los testigos.⁸⁰ Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer. El monitoreo permanente realizado por CELS desde 2007 de causas por crímenes de lesa humanidad revela que, al 15 de mayo de 2013, 2.088 personas se encontraban acusadas. En los 95 fallos pronunciados, 386 personas habían sido condenadas y 34 absueltas. Solo el 17% de las sentencias se encontraban confirmadas por la Corte Suprema, con 24% más confirmadas en segunda instancia. Quedaban 211 causas en etapa de instrucción y 62 elevadas a juicio.⁸¹ Se ha ido extendiendo el alcance temporal de los juicios a crímenes ocurridos antes del golpe de 1976, estrechamente vinculados a un esquema represivo que alcanzaría su máxima expresión durante la dictadura. Un caso ilustrativo es el de la llamada “Masacre de Trelew”, ocurrida en agosto de 1972, que produjo la condena a prisión perpetua de tres ex marinos en octubre de 2012.⁸² Hay varias causas más en curso que investigan la actuación criminal de actores para estatales como la Triple A y de las mismas FF.AA. en la antesala de la toma de poder de 1976. Entre ellas, destaca el juicio por la Masacre de Capilla del Rosario, ocurrida en 1974; la causa sobre la Triple A, por la que hay cinco procesados; y la del Operativo Independencia.⁸³

En estos procesos se ha demostrado el estrecho vínculo entre el sector empresarial y las autoridades represivas. Así, por ejemplo, el 15 de

unánime por parte de la legislatura, el 2010, de los juicios actuales como “política de Estado”.

77 La Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado.

78 *La Nación*, Argentina, “Millonaria recompensa por los dos militares prófugos”, 27 de julio de 2013.

79 *Agencia de Noticias Telam*, “El secretario de DD.HH. aspira a que en 2015 concluyan los juicios por delitos de lesa humanidad”, 24 de abril de 2013.

80 Acordada 1/12 de la Cámara Nacional de Casación Penal y Tiempo Argentino, “Una guía para agilizar los juicios”, 4 de marzo de 2012.

81 Etapa preliminar al primer fallo, <http://www.cels.org.ar>

82 Tribunal Oral Federal, fallo del 16 de octubre de 2012.

83 Operativo de persecución y exterminio de opositores políticos en la provincia de Tucumán, iniciado en febrero de 1975 por un decreto secreto de Isabel Perón. 195 personas fueron desaparecidas, 68 asesinadas y más de 1.500 detenidas en forma clandestina. Causa Operativo Independencia (1975/marzo/1976), expediente n° 401.015/04, 401.016/04 y conexas, 27 de diciembre de 2012.

noviembre de 2012 fueron procesados el dueño y el administrador de la empresa azucarera Ledesma por complicidad directa en la desaparición de 29 personas, entre ellas 3 dirigentes sindicales, en 1976. Un fallo en marzo de 2012 por el secuestro y muerte del abogado laboralista Carlos Alberto Moreno, asesor de la Asociación de Obreros Mineros de la Argentina, condenó a tres militares por autoría directa y ordenó investigar la posible instigación del crimen por el directorio de la empresa cementera Loma Negra. En 2013, un tribunal de la ciudad de Bahía Blanca ordenó investigar al diario *La Nueva Provincia* por sostener a la época una campaña de desinformación y propaganda. Una primera solicitud fiscal de indagatoria se encuentra bajo apelación. En abril de 2013, Juan Alfredo Etchebarne, ex titular de la Comisión Nacional de Valores, fue indagado por haber asistido a sesiones de tortura en centros clandestinos.⁸⁴ En mayo, tres ex directivos de Ford Motors Argentina fueron procesados por los secuestros y torturas, en instalaciones de la fábrica, de 25 ex delegados de la planta.

El Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero sugirió en diciembre de 2012 que la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura estudien la creación de una unidad especializada para la investigación de delitos de lesa humanidad cometidos por funcionarios del poder judicial.⁸⁵ Se denuncia la pasividad que tuvieron los jueces ante los habeas corpus interpuestos y se acusa la participación activa de jueces y fiscales en tortura, apropiación de menores y robo de bienes.⁸⁶ El poder judicial ha sido renuente a juzgar sus propios crímenes. Hasta la fecha, solo un juez ha sido condenado,⁸⁷ mientras que once se encuentran procesados y seis están denunciados. Hay tres fiscales procesados y tres denunciados. El ex juez Ricardo Lona, acusado de archivar decenas de denuncias por privaciones ilegítimas de libertad, desapariciones forzadas y homicidios, ha sido sobreseído en una serie de juicios políticos y criminales desde 2004, valiéndose de las excusaciones de 67 funcionarios judiciales que argumentan lazos de amistad con el acusado. Si los juicios, tal como lo dijo el presidente de la Corte Suprema Argentina de Justicia Ricardo Lorenzetti, ya “forman parte del contrato social de los argentinos” y constituyen un consenso “que no tiene dueño y que nadie puede ya impedir”,⁸⁸ habría que concluir entonces que lo más

84 *Página 12*, “La trama financiera de la última dictadura”, 24 de marzo de 2013.

85 Tribunal Oral Federal de Santiago del Estero, Causa 960/11, veredicto del 5 de diciembre de 2012.

86 Entre otros, el juez Otilio Romano, procesado por 103 casos de privación ilegítima de libertad e imposición de tormentos entre 1975 y 1983, cuando se desempeñaba en el cargo de fiscal. Fue suspendido de sus funciones en agosto de 2011, fugándose a Chile, donde solicitó asilo político. Su extradición a Argentina fue aprobada por la Corte Suprema chilena el 21 de agosto de 2013 (Rol 4281-13).

87 El ex juez federal Víctor Hermes Brusa, condenado a 21 años de prisión en diciembre de 2009.

88 Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut, *Derechos humanos: Justicia y reparación*. La

difícil de la lucha contra la impunidad en Argentina está por venir. El sistema judicial tendrá que demostrar su independencia de los poderes económicos vinculados con la dictadura y confrontar finalmente al fantasma de su propia complicidad.

Cuadro 4: Comparación ilustrativa entre procesos en Chile y Argentina, a noviembre de 2012

| | Chile | | | | Argentina | | | |
|-----------------------------|--|-----------|------------|--------|--|-----------|------------|---------|
| Fallos finales | 141 | | | | 10 | | | |
| Fallos con ≥ 1 condena | 92,9% | | | | 100% | | | |
| Total de penas impuestas | 447 | | | | 16 (325 en apelación) | | | |
| Tarifas de penas | ≥ 5 años | 5-15 años | 15-20 años | Perpet | ≥ 5 años | 5-15 años | 15-25 años | Perpet. |
| | 65,8% | 31,3% | 2,2% | 0,7% | 0 | 18,75% | 31,25% | 50% |
| Penas de cárcel | 24,1% | | | | 100% | | | |
| Lugar de reclusión | 84% recintos militares 16% cárcel común | | | | 64% cárcel común 36% arresto domiciliario | | | |

Fuente: Bases de datos de causas de DD.HH., Observatorio de DD.HH. y CELS Argentina.

2. OTROS ACTORES OFICIALES RELEVANTES EN LA JUDICIALIZACION DE VIOLACIONES DE DD.HH. DEL PASADO

2.1. El poder legislativo

En *Informes* anteriores hemos criticado la ausencia de protagonismo legislativo en materia de verdad, justicia y reparación. Sin duda no toda iniciativa implica un avance, como quedó ya manifiesto con el proyecto de ley para favorecer la impunidad presentado por el dipu-

experiencia de los juicios en la Argentina, Buenos Aires: Sudamericana, 2011.

tado Ulloa. No obstante, algunas propuestas realizadas en el periodo podrían significar una evolución positiva, si logran escapar de la chaqueta de fuerza impuesta por la ausencia de patrocinio ejecutivo o la falta de urgencia legislativa. Las propuestas relevantes incluyen, además de las ya analizadas, una que pretende declarar el 11 septiembre como feriado legal, dedicado a la promoción de los DD.HH. y la conmemoración de víctimas de terrorismo de Estado.⁸⁹ Otro proyecto busca introducir la activación automática de la categoría jurídica y administrativa de “ausente por desaparición forzada” respecto de las víctimas actualmente reconocidas, permitiendo a parientes y herederos realizar gestiones legales y patrimoniales sin tener que recurrir por iniciativa propia a peticiones de certificación de la muerte presunta u otras modalidades excepcionales.⁹⁰ Un proyecto anterior al periodo estricto de este *Informe*, ingresado en mayo de 2012, pretende impedir el ingreso a Chile de extranjeros procesados, en sus países de origen, por violaciones de DD.HH.⁹¹

2.2. Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior y Seguridad Pública

Si bien el Programa de DD.HH. fue fundado principalmente para localizar a detenidos desaparecidos o ejecutados políticos sin entrega de restos, su actuar en el ámbito de la justicia ha ido ampliándose hacia, primero, funciones de coadyuvante y, desde 2009, de actor con la potestad de presentar querrelas por iniciativa propia.⁹² Entre marzo de 2010 y junio de 2013, el Programa presentó un total de 576 querrelas por un total de 815 víctimas. Cuarenta y tres querrelas de este total fueron presentadas entre enero y junio de 2013, enfocadas principalmente en víctimas de ejecución extrajudicial.⁹³ Durante el periodo que abarca este *Informe*, retrasos en la firma de querrelas nuevas por parte del Ministerio del Interior, del que depende el Programa, han generado un universo de querrelas pendientes de presentación, puesto que el trámite de la firma del Ministerio constituye un requisito esencial. A fines de 2012, la AFEP interpuso un recurso de protección en contra del Subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla, que devino en la presentación de algunas de las querrelas pendientes.⁹⁴ El 3 de septiembre representantes de la AFEP se tomaron las dependencias del Programa de DD.HH. durante casi 24 horas, exigiendo mayores

89 Proyecto de ley Boletín 8585-17, ingresado el 12 de septiembre de 2012.

90 Proyecto de ley Boletín 9005-17, ingresado el 2 de julio de 2013.

91 Proyecto de ley ingresado el 2 de mayo de 2012.

92 Ley 20.405 de noviembre de 2009, que creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH).

93 Francisco Ugás, jefe del área jurídica del Programa de DD.HH., comunicación electrónica con el Observatorio, junio de 2013.

94 *Radio Universidad de Chile*, “Presentan recurso contra subsecretario Ubilla por no firmar querrelas”, 17 de diciembre de 2012.

avances en la misma temática. Muchos de los abogados y asistentes sociales del Programa apoyaron la acción, la cual culminó en la firma de unas 13 de las 59 querellas pendientes a la fecha de la toma y la promesa de entregar más para fines de septiembre. El día 11 de septiembre, fueron recibidas 14 firmas adicionales, dejando un saldo de 32 querellas pendientes.

2.3. Brigada Investigadora de Delitos contra los DD.HH.

La Brigada Investigadora de Delitos contra los DD.HH. de la Policía de Investigaciones (PDI) es un actor muy relevante en causas de DD.HH., operativizando la labor investigativa de los ministros en visita a través de permanentes contactos, entrevistas e interrogatorios con múltiples testigos, inculpados y fuentes de información. En *Informes* anteriores se ha dado cuenta de la preocupación ocasionada por el reemplazo de investigadores experimentados. En 2013, algunos detectives sénior tales como los subcomisarios Freddy Orellana y Víctor Vielma debían suspender sus labores para seguir cursos de formación profesional en la academia policial. Se trata de pasos imprescindibles para que los profesionales respectivos se mantengan actualizados en conocimientos y avancen en sus carreras, así como oportunidades para que se difunda dentro del servicio la experticia adquirida por la Brigada en materia de DD.HH. No obstante, es importante que tanto la PDI como otros servicios implementen sistemas de planificación y rotación del personal para evitar deterioros en los altos niveles de profesionalismo y eficacia alcanzados en años anteriores. También es necesario ampliar su dotación de recursos físicos y humanos, desde su base actual de 48 detectives en terreno, ante el permanente crecimiento de exigencias y la suplementación de labores en causas históricas por requerimientos de la Fiscalía Militar y el Ministerio Público en causas nuevas.⁹⁵ Valoramos, a la vez, la excelente disposición de la Brigada, bajo su actual director nacional, prefecto Moisés Cárcamo, de participar en iniciativas de coordinación y difusión de su trabajo. Estas incluyen una jornada realizada en enero de 2013 a invitación del Observatorio de DD.HH. y el Instituto de Estudios Judiciales,⁹⁶ y una “clínica jurídica”co-convocada con agrupaciones de DD.HH. y el Programa de DD.HH. para buscar nuevos antecedentes sobre causas que presentan particulares desafíos investigativos.

95 Ejemplificada en la triplicación del número de órdenes de investigación atendidas por la Brigada en 2012 en relación a 2009. Observatorio de DD.HH. e Instituto de Estudios Judiciales, IEJ, “El trabajo criminalístico e investigativo de la Brigada de DD.HH.”, enero de 2013.

96 *Ibid.*

2.4. Servicio Médico Legal

El Servicio Médico Legal, SML, bajo su actual director, el doctor Patri-
cio Bustos, también ha sido clave para avanzar en la garantía de los de-
rechos y deberes de verdad, justicia y reparación en tiempos recientes.
Jaime Tohá, hermano del asesinado ministro José Tohá, calificó como
“ejemplar” el aporte de la institución a la búsqueda de justicia para su
hermano, a través del proceso de exhumación y peritaje ordenado por
el poder judicial.⁹⁷ El SML tiene cuatro áreas de trabajo particularmen-
te relevantes: identificación, exhumación, peritajes a sobrevivientes y
peritajes a acusados (exámenes de facultades mentales). En cuanto a
la primera, 12 de un total de 128 identificaciones de restos realizadas
o confirmadas desde 2006⁹⁸ corresponden al periodo del presente *In-
forme*.⁹⁹ Además, en 2013 se han realizado 50 tomas de muestras de
referencia post mortem a parientes fallecidos de víctimas de desaparición.
La práctica, realizada por orden judicial con el consentimiento y
en la presencia de la familia sobreviviente, permite combinar los datos
de material genético de referencia. Esto puede aumentar los niveles
de certidumbre de identificaciones actualmente certeras en un 90%,
consideradas “no excluyentes”, a un 99%, logrando así identificaciones
“positivas”. El principal desafío restante en labores de identificación es
el tiempo que requiere el procesamiento de análisis ADN, actualmente
realizados en laboratorios en el extranjero.

En lo referente a exhumación, investigaciones judiciales de causas
por ejecución extrajudicial pueden requerir tanto revisiones de proto-
colos de autopsia anteriores como nuevas constataciones de identidad
y/o de causas de muerte. Estas han sido realizadas en causas como las
de José Tohá, Pablo Neruda y los ex presidentes Salvador Allende y
Eduardo Frei Montalva. Los casos Tohá y Neruda se encuentran ac-
tualmente a la espera de resultados desde laboratorios externos. En el
caso del poeta premio Nobel, se esperan resultados desde Carolina del
Norte, EE.UU., y Murcia, España, incluyendo una búsqueda toxicoló-
gica. El caso Allende se encuentra actualmente resuelto y sobreseído,
mientras que el de Frei Montalva está aún en estudio. Una novedad
preocupante fue la absolución dictada por la Corte de Apelaciones de
Rancagua el 23 de julio de 2013 en el caso de los comandantes fren-
tistas Cecilia Magni y Raúl Pellegrin, ya que fue fundada, entre otros

97 SML, “SML entrega restos de José Tohá a sus familiares”, 19 de noviembre de 2012.

98 La lista completa aparece en www.sml.cl, sección Identificación y DD.HH.

99 En el caso Lonquén, Óscar Hernández Flores. En el caso Cuesta Barriga, Hernán Pérez Álva-
rez, Ángel Guerrero Carrillo, Lincoyán Berríos Cataldo, Horacio Cepeda Marinkovic y Fernando
Ortiz Letelier. Los cuatro últimos fueron despedidos en una masiva concentración de familiares,
compañeros y amigos en el Cementerio General de Santiago el 28 de julio de 2012. En el caso
de dos militantes del PC, Hernán Soto Gálvez y Jorge Troncoso Aguirre. También Jenny Barra
Rosales, estudiante de enfermería y militante del MIR. Del Patio 29, José García Lazo. En el
Fundo Las Tórtolas, Colina, Vicente Atencio Cortez y Eduardo Canteros Prado, militantes comu-
nistas detenidos ilegalmente en la Villa Grimaldi

motivos, en un cuestionamiento de informes de peritaje del SML y de expertos independientes. Respecto al trabajo con sobrevivientes, que responde a solicitudes desde los tribunales para peritajes médicos en casos por tortura, Francisca Pesse, psicóloga del SML, ha sido pionera en la implementación a nivel nacional del Protocolo de Estambul, que busca garantizar un trabajo a la vez riguroso y respetuoso con sobrevivientes. Desde la introducción del protocolo en diciembre de 2011, se ha logrado capacitar a 78 peritos a lo largo del país. Se ha aplicado tanto a casos ocurridos durante la dictadura como a otros recientes, con un total de 50 peritajes realizados bajo el protocolo entre marzo de 2012 y julio de 2013. Estos incluyen uno gatillado por un recurso de amparo presentado por el INDH, en enero de 2013. En este, el INDH pidió a la Corte de Apelaciones respectiva oficial al SML en la investigación de denuncias por maltrato en la cárcel de Valdivia. Se percibe un gradual aumento de solicitudes, debido tanto a la intervención de organizaciones de DD.HH. como a la toma de conciencia de parte de fiscales y defensores sobre la importancia y utilidad del protocolo.¹⁰⁰

Tanto este ejemplo como el liderazgo asignado a la Brigada de DD.HH. de la PDI en la implementación policial de la nueva ley contra la discriminación, demuestran las múltiples maneras en que el proceso de justicia por crímenes de tiempos de dictadura puede tener efectos expansivos positivos. Ello redundará a favor del perfeccionamiento de las instituciones de justicia, y una mayor sensibilización a, y protección de, los derechos de todas y todos los ciudadanos. Si bien el uso del antiguo sistema procesal penal para las causas relevantes relativiza este efecto en el caso del poder judicial, la definición de líneas de interpretación y actuación en materia de derecho internacional de parte de magistrados y tribunales superiores, así como iniciativas legislativas que modifican el marco legal nacional, ofrecen, potencialmente, oportunidades similares.

3. MEMORIALIZACION Y MEMORIA HISTÓRICA A 40 AÑOS DEL GOLPE

3.1. Cierre de la investigación en relación con la muerte del ex presidente Salvador Allende

El 11 de septiembre de 2012, en el aniversario 39 de su deceso, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el sobseimiento de una investigación de la causa de la muerte de Salvador Allende, ocasionada por una querrela patrocinada por el abogado Eduardo Contreras. Los restos del depuesto presidente fueron exhumados el 23 de mayo de 2011 y sometidos a una serie de pericias, cuyos

100 Minuta del SML preparada para el Observatorio de DD.HH., julio de 2013.

resultados fueron cruzados por el ministro instructor Mario Carroza con los testimonios de quienes acompañaron a Allende en el palacio de La Moneda en la madrugada del 11 de Septiembre de 1973. Finalmente el magistrado consideró comprobada la tesis del suicidio como causa de muerte.

3.2. Cambio de nombre de la Avenida 11 de Septiembre

En julio de 2013 se concretó el cambio del nombre de la Avenida 11 de Septiembre, en la comuna capitalina de Providencia, a su denominación anterior (Avenida Nueva Providencia). La accidentada medida¹⁰¹ tuvo sus orígenes en una promesa de campaña hecha por la entonces candidata y actual alcaldesa Josefa Errázuriz. El cambio logró ser aprobado en el concejo municipal debido a la ausencia deliberada de todos los concejales de los partidos de derecha, menos uno. La medida remueve uno de los más visibles recordatorios del apoyo incondicional del alcalde anterior, Cristián Labbé, a la dictadura y a la persona de Pinochet. No obstante, perduran decenas de otros pasajes, calles o avenidas en distintas ciudades de Chile que rinden homenaje al golpe de Estado.¹⁰²

3.3. Sitios de memoria y la exigencia de recordar

Miles de sitios a lo largo de Chile fueron utilizados como centros clandestinos de tortura, reclusión y exterminio durante la dictadura. Algunos, tales como los lugares capitalinos Villa Grimaldi, Londres 38, José Domingo Cañas, Nido 20 y una sección del Estadio Nacional, han sido transformados por el protagonismo de sobrevivientes, familiares y activistas en lugares que conmemoran lo sucedido, educan a visitantes nacionales e internacionales, y fomentan compromisos con los DD.HH. y la lucha por la justicia social. Existen actualmente campañas con pretensiones similares respecto a sitios que incluyen el Cuartel Simón Bolívar, el notorio Venda Sexy, Tres y Cuatro Álamos, Tejas Verdes, y la Casa de la Memoria de Punta Arenas. En marzo de 2013, se realizó una romería ante las puertas de Villa Baviera, ex Colonia Dignidad, entonces el núcleo de la siniestra secta comandada por el ahora difunto Paul Schaefer, para solicitar un memorial que recuerde a las 34 víctimas que el *Informe Rettig* consigna como detenidas y desaparecidas en el lugar. También existen decenas de memoriales instalados en sitios privados y públicos a lo largo del país. Muchos de ellos están documentados en el

101 La empresa subcontratista involucrada produjo letreros nuevos con un error tipográfico, rezando "Nueva Proidencia" [sic].

102 The Clinic, "Las otras calles fachas y monumentos que mantienen viva la dictadura", 13 de marzo de 2013; La Tercera, "Las otras batallas por las calles 11 de septiembre", 23 de junio de 2013.

hall de entrada del Museo de la Memoria y los DD.HH., que ha llegado a constituir el más sustancial centro de gravedad nacional para actividades conmemorativas y de promoción de la memoria histórica desde su inauguración en 2010.

En el Parque por la Paz Villa Grimaldi, donde siempre se ha conmemorado a las personas desaparecidas y ejecutadas allí, se ha iniciado también un listado para rescatar la memoria de los sobrevivientes. El listado actual contiene 165 nombres, incluyendo los de la actual candidata presidencial Michelle Bachelet y su madre Ángela Jeria. El listado y las fichas para que los sobrevivientes autoricen la inclusión de sus propios nombres se encuentran en el sitio web www.villagrimaldi.cl. Otras campañas apuntan a la necesidad de recuperar la memoria no solamente de la represión, sino también de la defensa activa y promoción de los DD.HH., ejemplificadas en sitios tales como la ex Vicaría de la Solidaridad, en la Plaza de Armas de Santiago, o el ex Comité Pro Paz, en la calle Santa Mónica de la capital. Ante la evidente imposibilidad de recuperar y ocupar de manera permanente todos los miles de sitios significativos, se podría analizar alternativas tales como la instalación de placas callejeras que marquen “rutas” de conmemoración y resistencia, práctica adoptada en Argentina, así como en algunos países europeos para visibilizar los sucesos de la Segunda Guerra Mundial y el horror nazi. También existen conceptualizaciones y abordajes de memoria histórica que producen murales, canto, intervenciones artísticas, obras audiovisuales y teatrales, fotografías y activismo actual, inspiradas en los compromisos y sucesos de ayer. Algunas de esas iniciativas son deliberadamente autogestionadas, prefiriendo mantener distancia y autonomía de instancias oficiales. Otras han recibido apoyo práctico y financiero del área de Obras Simbólicas del Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior. Dotada de un modesto presupuesto,¹⁰³ esta área recibe propuestas de proyectos durante la primera parte de cada año, aprobando y licitando algunos y apoyando la ejecución de las obras públicas requeridas. Recientemente se lanzó un documental sobre el caso de los 119 realizado con su apoyo. En 2013, el Programa gestionó un total de 10 nuevos proyectos, dos de ellos aprobados inicialmente en 2012. Una larga demora en recibir la venia del ministro del Interior para la ejecución de estos paralizó durante cuatro meses la realización de todos, redundando en que solamente una estuvo terminada para la fecha conmemorativa del 11 de septiembre. Las obras incluyen señalética y arreglos en Villa Grimaldi; reparaciones al memorial del Cementerio General; memoriales en Talca, en la Facultad de Derecho

103 Variando desde 55 millones de pesos en 2011 –año de recortes presupuestarios generalizados, por el impacto del terremoto de febrero– a 100 millones en 2012 y 158 millones en 2013. Información pública, suministrada al Observatorio por Cristián Flores, coordinador del área de Obras Simbólicas del Programa de DD.HH. en julio de 2013.

de la Universidad de Chile y en un cementerio en las inmediaciones de Paine; y un proyecto de investigación coordinada por la Casa de la Memoria José Domingo Cañas en la región de Aysén.

3.3. Conmemoraciones oficiales del cuadragésimo aniversario del golpe de Estado

La constancia oficial desde La Moneda de actividades gubernamentales relacionadas con el cuadragésimo aniversario del golpe de Estado y sus fatídicas consecuencias fue realizada a pocos días de la fecha misma. Consultada en dos oportunidades sobre la agenda oficial del presidente para el 11 de septiembre, así como sobre otras eventuales actividades relevantes, la oficina de prensa de La Moneda informó telefónicamente, el 26 de julio y el 22 de agosto, la ausencia de actividades especiales programadas y que aún no estaba definida la agenda presidencial para ese día.¹⁰⁴ Se tiende a confirmar así la acusación, formulada desde el comando de Michelle Bachelet, de que una invitación oficial extendida a principios de septiembre a los ex presidentes y candidatos actuales para participar en una actividad conmemorativa el lunes 9 de septiembre, fue “improvisada”. La mayoría de los candidatos declinaron a favor de actividades propias ya programadas. Una idea originada en el Programa de DD.HH. para comisionar una exhibición de fotografías, que sería instalada en la Plaza de la Constitución ad portas de la conmemoración, tuvo que ser abandonada a fines de 2012 por limitaciones de presupuesto y por el anuncio de inminentes obras públicas en el espacio. Las obras, iniciadas en 2013, a fines de agosto mantenían completamente cerradas e inaccesibles tanto la Plaza como la calle Morandé y el frontis y explanada de La Moneda (Plaza de la Ciudadanía). Las vallas empezaron a ser retiradas paulatinamente en los primeros días de septiembre, una vez que ya habían imposibilitado la realización de toda actividad relevante en el espacio durante las semanas previas. El día 11 encontró tanto la estatua de Allende como las de los demás ex presidentes de la República instalados en la Plaza de la Constitución recién emergidas de las gruesas capas de plástico negro en que habían estado envueltas en las semanas y meses previos. La principal proyección internacional oficial de Chile en esa fecha fue el “London Chile Day”, al que asistió el ministro de Hacienda, Felipe Larraín.

104 Las actividades equivalentes de septiembre de 2012 también fueron reveladoras: un diputado oficialista interrumpió un minuto de silencio declarado en la Cámara legislativa con gritos calificando a Allende como un “cobarde que se suicidó”. *La Nación*, “Diputado Urrutia tildó a Allende como ‘el cobarde’”, 11 de septiembre de 2012.

3.4. Candidaturas presidenciales y derechos humanos

Una mirada a los programas publicados en los sitios web de campaña de los nueve candidatos presidenciales declarados al 29 de julio de 2013 reveló que solo Marcel Claude, del Partido Humanista, consideraba el tema de los DD.HH. en sí, y específicamente el legado de la dictadura, lo suficientemente importante para ameritar una mención.¹⁰⁵ El comando de Michelle Bachelet anunció, a principios de septiembre, los resultados de una consulta en DD.HH. con representantes de la sociedad civil. Estos incluyen la reiteración de una propuesta de derogación de los efectos del DL de Amnistía, una promesa no cumplida durante sus cuatro años de presidencia. Otros candidatos anunciaron la misma intención, y/o publicaron iniciativas propias durante los primeros días de septiembre. Estas serán resumidas en la próxima edición de Boletín informativo del Observatorio de DD.HH.

3.5. El golpe y la ética pública: El caso Cheyre-Lejderman

Ad portas de la conmemoración del golpe y las elecciones presidenciales de 2013, se vive un ambiente de expectación y debate en la opinión pública y los medios de comunicación. La serie documental televisiva *Imágenes prohibidas*, de Chilevisión, ha provocado y canalizado recuerdos, percepciones y sentimientos que ofrecen a las nuevas generaciones la posibilidad de apreciar de modo más cercano el efecto enervante y devastador que la dictadura y su violencia tuvieron sobre la vida cívica. Similar proceso de desahogo colectivo se vivió en 2003, con ocasión del trigésimo aniversario. En esa fecha, al igual de ahora, algunos de los medios nacionales más vistos y leídos masificaron denuncias, revelaciones y verdades que son materia de preocupación y activismo permanente en el ámbito de los defensores y organizaciones de DD.HH. Si 2003 se vivió como un momento impulsor de nuevas iniciativas de recuperación de la verdad –en que se percibió, por ejemplo, la necesidad de una segunda comisión de verdad–, 2013 se perfila como el momento de debate sobre las consecuencias de las verdades ya conocidas. Dicha dinámica, y sus posibles desenlaces, fue graficada en el encuentro televisivo del 20 de agosto de Juan Emilio Cheyre con quien fuera el niño huérfano al centro del “caso Lejderman”. Cheyre mantuvo la versión que siempre ha relatado: que le fue encargada,

105 Estudio realizado el 29 de julio de 2013, por búsqueda en línea. Claude dedica tres párrafos a la temática “Diversidad, derechos humanos y mayorías discriminadas”, incluyendo un exhorto a la revocación del DL de Amnistía y cuestionamientos a la ley del secreto de la Comisión Valech y la existencia de plazos para activar derechos a medidas de reparación. La metodología de búsqueda en línea fue adoptada para permitir evaluar, en relativa igualdad de condiciones –a través de un medio de bajo costo, accesible a todos los candidatos y una buena proporción de ciudadanos– lo que los candidatos estimaban pertinente identificar, a unas seis semanas del “11”, como prioridades nacionales

como una más de sus funciones regulares en el entonces regimiento de Arica, la tarea de supervisar el traslado a un convento religioso de un niño cuyos padres supuestamente se habrían suicidado. Ese niño, posteriormente entregado a sus abuelos paternos en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, es ahora un hombre de 38 años. Su incansable búsqueda de la verdad sobre sus orígenes le ha llevado tanto al reencuentro con los compañeros de sus padres asesinados como a la interrelación del aparato militar chileno.

En el encuentro, el primer cara a cara público entre los dos, Ernesto mantuvo un calmado e insistente reconocimiento de los aspectos positivos del relato y postura del ex general Cheyre. A la vez, instó a que él y los demás representantes máximos de la cúpula militar entreguen la verdad faltante sobre el destino de otras víctimas aún desaparecidas. Remarcó la necesidad de una justicia que produzca sanciones ajustadas a la gravedad de los crímenes cometidos y que vaya complementada por una sanción social a quienes fueron sus protagonistas. El desenlace inmediato para el ex comandante incluyó una columna periodística escrita por Carlos Peña, rector de la Universidad Diego Portales. En ella, y en una carta subsecuente, el académico cuestionó la fina distinción entre responsabilidades legales y éticas realizada por Cheyre en la entrevista. En su carta de renuncia del 22 de agosto a la dirección del consejo del Servel, entidad que supervisa las elecciones en Chile, Cheyre expresó sentirse “libre de todo cuestionamiento legal y ético”.¹⁰⁶ Peña, por su parte, expresó el sentimiento de muchos al preguntar si tales personajes son los más idóneos que Chile puede ofrecer para ser garantes del proceso democrático. Al paso, estableció en la palestra pública un debate latente sobre las consecuencias de la verdad, la necesidad de repudio social al violentismo y las apologías al autoritarismo, y la conveniencia de que Chile inicie su quinta década post ruptura repensando quienes pueden, y no pueden, ser considerados aptos para guiar el futuro rumbo democrático del país.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desde 1990 Chile ha vivido, gracias en gran parte a la insistencia sostenida de las personas más directamente afectadas y de las organizaciones de los DD.HH., avances significativos en las dimensiones de verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición respecto a los crímenes sistemáticos de represión cometidos bajo la dictadura cívico-

106 Carlos Peña, “Cheyre y la memoria”, *El Mercurio*, 21 de agosto de 2013, y declaración de renuncia de Juan Emilio Cheyre a la presidencia del consejo directivo el Servicio Electoral, Servel, citada en *La Tercera*, “Cheyre renuncia a presidencia del Servel tras vinculación con caso de DD.HH.”, 22 de agosto de 2013.

militar. No obstante, ello se ha producido a través de un surtido de medidas e instancias aisladas, muchas veces temporales, susceptibles de reveses y estancamientos. Aún se espera la materialización de una clara voluntad política para proclamar, sin ambivalencias, reservas ni retrocesos, la vocación de Chile de cosechar de su historia reciente un compromiso firme, irrestricto y transversal con el repudio de la represión y la impunidad, y el fomento de las libertades, igualdades y justicia en un marco de derechos. El presidente Piñera dijo, a fines de agosto, que “debemos condenar en forma firme, clara y permanente” los atropellos cometidos por agentes del Estado.¹⁰⁷ Durante el acto conmemorativo del 9 de septiembre, agregó que “tenemos que hacer todo lo que esté en nuestro alcance para avanzar en materia de verdad y reconciliación”, reiterando críticas ya formuladas al actuar del poder judicial y los medios de comunicación de la época.¹⁰⁸ No obstante, se perciben contrastes y contradicciones entre esas palabras y las tendencias generales de su tiempo en el gobierno, analizadas arriba.¹⁰⁹

Extendemos, a través del presente capítulo, un llamado y una invitación a las candidatas y los candidatos presidenciales, en quienes recae una responsabilidad y oportunidad única e histórica, a que en memoria y homenaje a los miles de chilenas y chilenos víctimas de los crímenes de nuestra historia reciente, hagan de los derechos humanos materia de reflexión explícita, promesas y acciones claras, valientes y eficaces, y punto cardinal para navegar hacia 2014 y más allá.

En pos de un cumplimiento pleno de sus responsabilidades nacionales e internacionales en materia de verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición por las graves violaciones a los DD.HH. cometidas en su historia reciente, el Estado de Chile debería:

1. Hacer de la conmemoración del cuadragésimo aniversario del golpe de Estado de 1973 materia de profunda reflexión y ocasión de un claro, explícito y transversal repudio al ejercicio del autoritarismo político y del terror de Estado, y a sus realizadores.
2. Tomar la oportunidad histórica de remover de su cuerpo de leyes todo elemento heredado del ejercicio de dicho terror, partiendo con el DL de Amnistía y sus efectos promotores de la impunidad.

107 *El Mostrador*, 31 de Agosto de 2013, “Piñera reafirma críticas a la prensa y al Poder Judicial”.

108 *La Tercera*, 9 de septiembre de 2013, “Piñera: Muchos de nosotros, que pudimos hacer más en defensa de los DD.HH., nos alcanza una cuota de responsabilidad”.

109 A modo de ejemplo, el 8 de septiembre de 2013 Carabineros removió, desde los puentes sobre el río Mapocho en Santiago una serie de intervenciones artísticas, preparadas a iniciativa del sitio de memoria Londres 38, que hacían alusión a los desaparecidos. Los lienzos contaban con los debidos permisos del Consejo de Monumentos Nacionales y las municipalidades respectivas. Al 13 de septiembre, solamente 4 de los 11 lienzos habían sido entregados y repuestos. El sitio Londres inició un recurso de protección para la recuperación de los demás

3. Dar la debida urgencia a los proyectos de ley actualmente ante la legislatura que buscan fortalecer el compromiso de Chile para terminar con la impunidad, sancionando actuales y futuras ocurrencias de crímenes de lesa humanidad con penas eficaces y proporcionales a su suma gravedad.
4. Dotar a los ministros en visita en causas de DD.HH. de apoyo explícito y reconocimiento pleno en la tramitación de los múltiples y complejos procesos a su cargo. Mantener y de ser necesario ampliar a nivel nacional la exclusividad de funciones anunciada el 13 de septiembre para los ministros de Santiago, asegurando así la máxima celeridad, lo que se condice con los más ejemplares niveles de respeto y garantía a los derechos tanto de querellantes como de personas acusadas y procesadas.
5. Dotar a la Brigada de Delitos contra los DD.HH. de la Policía de Investigaciones de mayores recursos de personal, acordes con la mayor carga de trabajo que hoy asume en virtud de la Ley Antidiscriminación y otras labores no relacionadas con causas de DD.HH. de tiempos de la dictadura.
6. Implementar un sistema único y transparente de monitoreo del progreso de causas, el cumplimiento de penas y la concesión de beneficios intrapenitenciarios, velando por un correcto cumplimiento de las condiciones de dichos beneficios y asegurando control jurisdiccional sobre las respectivas decisiones.
7. Crear una instancia de permanente monitoreo, recepción y reconocimiento (“calificación”) de personas afectadas por desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura y demás violaciones graves de sus derechos humanos entre 1973 y 1990, abriendo en forma permanente las llamadas “listas Rettig y Valech” y produciendo un registro actualizado de las personas actualmente reconocidas por estas y las demás instancias que promueven el ejercicio del derecho a reparación a las personas vulneradas por crímenes estatales.

**LA PENALIZACIÓN
DEL ABORTO
COMO UNA
VIOLACIÓN A LOS
DERECHOS
HUMANOS
DE LAS MUJERES***

* Capítulo preparado por Lidia Casas y Lieta Vivaldi, con la colaboración de María Cristina Silva, María Constanza Bravo y Consuelo Navarroy Fernanda Sandoval

SÍNTESIS

Este estudio describe, a través de entrevistas a mujeres que han interrumpido su embarazo, las prácticas del aborto en Chile y argumenta que la clandestinidad vulnera sus derechos humanos. Pese a su ilegalidad, se estima que los abortos provocados en Chile alcanzarían a 70.000 al año. Las maniobras utilizadas son variadas y, en consecuencia, los precios y riesgos para la vida y la salud de quienes se someten a ellas también son diversos. De acuerdo a las entrevistas efectuadas y a los datos recogidos de otras fuentes, las prácticas del aborto clandestino habrían cambiado con el uso masivo del misoprostol.¹ Dicho medicamento puede ser adquirido a través del mercado negro en todo el territorio nacional, reduciéndose los riesgos del aborto clandestino. Algunos profesionales de la salud entrevistados han optado por aconsejar su uso correcto y así reducir los efectos adversos en las mujeres que lo utilizan. Un colectivo de mujeres hace lo propio a través de una línea telefónica, entregando información de acceso público en la Web sobre el uso del misoprostol.

Las entrevistas reflejan los múltiples temores que las mujeres enfrentan; el miedo a morir o a sufrir graves daño en la salud y a ser perseguidas penalmente se repiten en la mayoría de los testimonios recopilados. Debido a la ilegalidad y a la condena social, las mujeres muchas veces enfrentan el proceso de aborto en soledad y abandono.

En los casos de abortos complicados, las mujeres se exponen a situaciones de maltrato en los centros hospitalarios, incluyendo interrogaciones, trato brusco y la posible denuncia. La investigación muestra también el tratamiento cruel y degradante que afecta a mujeres que gestan embarazos con malformaciones, o cuyos embarazos son producto de una violación. Algunas mujeres contrarias al aborto, ante gestaciones con malformados, interrumpen el embarazo o solicitan hacerlo. Aquellas mujeres que tienen los recursos pueden hacerlo fuera

¹ El misoprostol es una droga para el tratamiento de úlceras gástricas que provoca contracciones al útero y de esta forma interrumpe la gestación.

de Chile. Ello no ocurre con las mujeres en el sistema público de salud, que se enfrentan a decisiones discrecionales de la comunidad médica de mantener o no el embarazo hasta el término de la gestación.

La ilegalidad del aborto en Chile produce un efecto inhibitorio en los profesionales y sitúa a las mujeres en situaciones de vulnerabilidad, riesgo a su salud y sufrimiento que son evitables. Aun cuando el aborto es un delito cuya efectiva persecución penal es reducida, quienes son mayoritariamente castigadas son las mujeres, y la persecución penal es muy selectiva, recayendo sobre todo en las más pobres. Las perseguidas pueden ser maltratadas también por sus propios defensores.

La prohibición absoluta de aborto en Chile violenta gravemente los derechos humanos de las mujeres, por lo que la necesidad de legislar se presenta como urgente y necesaria.

PALABRAS CLAVES: Aborto, Clandestinidad, Riesgos

INTRODUCCIÓN

Este capítulo se centra en la violación de los derechos humanos que produce la ilegalidad del aborto en toda circunstancia. La penalización vulnera, entre otros, el deber de garantía y protección de los derechos humanos de las mujeres a la autonomía; a la igualdad; a la integridad y seguridad personal; a la vida; a no ser sometido a un trato cruel, inhumano y degradante; a la privacidad; al debido proceso; y a la salud.

El objetivo de esta investigación es indagar sobre la práctica del aborto en Chile, sus efectos sobre la vida de quienes se someten a una interrupción voluntaria del embarazo, bajo una perspectiva de los derechos humanos. La investigación es relevante no solo por la ausencia de datos en esta materia sino por la necesidad de realizar una revisión de los problemas jurídicos que entraña la criminalización del aborto en Chile bajo toda circunstancia.

La investigación consta, por una parte, de 61 entrevistas tanto a mujeres como a acompañantes y profesionales de la salud, cuyos relatos y experiencias personales hacen palpables las violaciones a los derechos humanos que implica la penalización del aborto en Chile. Sin su generosidad para compartir sus vivencias, este trabajo no habría sido posible.

Por otra parte, este informe sistematiza información estadística de instituciones públicas, datos que no están publicados y que fueron entregados para la elaboración de este capítulo.²

2 Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Gendarmería de Chile, Ministerio de Salud y Servicio Nacional de la Mujer. El Ministerio Público entregó datos parciales y, en su respuesta del 10 de abril de 2013, señaló que "respecto de las estadísticas solicitadas [...] no es posible su entrega en los términos requeridos, ya que su obtención implicaría distraer indebidamente a los funcionarios de esta institución del cumplimiento regular de sus funciones habituales, situación que por lo demás configura la causal de reserva contemplada en el art. 21 No 1 letra c) de la Ley 20.285".

1. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE ABORTO EN CHILE

1.1. Contexto sobre las prácticas de aborto en Chile

Aun cuando en Chile existe un régimen de penalización del aborto a todo evento, las prácticas de aborto provocado son variadas. Algunas son seguras pese a ser ilegales, como las realizadas por profesionales competentes a través de legrados³ o por aspiración uterina, o la realización del aborto con medicamento (misoprostol), pero aún subsisten prácticas de alto riesgo como la sonda. Un estudio de la Defensoría Penal Pública sobre mujeres que han sido defendidas por el delito de aborto muestra esa variedad de prácticas y los rangos de precio que oscila entre los 40 mil hasta cuatro millones de pesos por el aborto realizado por un facultativo.⁴

El misoprostol es una droga para el tratamiento de úlceras gástricas que provoca contracciones al útero y de esta forma interrumpe la gestación. Este medicamento ha sido reconocido para uso ginecológico por la Organización Mundial de la Salud (OMS), ya sea para acelerar el parto o interrumpir un embarazo de hasta 12 semanas de gestación⁵ Su uso ha significado una reducción en precio y riesgos en comparación con la práctica de abortos con sonda u otros medios peligrosos.⁶ Sin embargo, según la dosis usada y la cantidad de semanas de la gestación, puede implicar también serios riesgos.⁷

La información sobre esta droga es de fácil acceso a través de la Web y es posible adquirirla en todo el territorio nacional. Desde hace algunos años se utiliza masivamente,⁸ pues no depende de la intervención de un tercero salvo para la adquisición de la misma.

Hasta 2001, el misoprostol podía adquirirse en farmacias con receta. A partir de entonces, se restringió a través de receta retenida.⁹ En la actualidad, la droga no puede encontrarse en las farmacias para su venta al detalle porque se vendería con una receta institucional para hospitales y clínicas.¹⁰ Hoy se adquiere en el mercado negro o comprado en el extranjero.

3 El legrado es un vaciamiento de la cavidad uterina a través del cual se raspa y recolecta tejido (endometrio) del interior de útero. Es conocido como raspaje.

4 Defensoría Penal Pública, Delitos de aborto e infanticidio: Delitos procesados en Chile, 2009, sin publicar, p. 36. Como muestran sus resultados, todavía hay imputadas que utilizaron prácticas de aborto con sonda o tijera.

5 Organization Mundial de la Salud (OMS), Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems, 2a ed., 2012, pp. 45-46.

6 Por ejemplo, la utilización de tijeras, lavados o alambres.

7 Emol.com: Alex Delgado, "Aborto frustrado provocó daño neurológico en niño en Viña del Mar", 23 de marzo de 2010

8 Así lo ha dicho recientemente el Dr. Ramiro Molina en El Dínamo: Carolina Rojas, "El día después del aborto", 2 de agosto de 2013.

9 Murielle González, "Abortos on line. Venta de misotrol en Internet", *Revista Nos*, marzo de 2007. Sin embargo, hasta el cierre de este informe no se pudo corroborar la resolución del Ministerio de Salud.

10 Rojas, op. cit.

En 2009 nació el proyecto “Aborto: Derecho a la información y libertad de decidir”, por iniciativa de Feministas BíoBío, a las que luego se unieron grupos de distintas ciudades del país, conformando hoy la Red de Feministas y Lesbianas por el Derecho a la Información.¹¹ El objetivo principal de la Red es difundir telefónicamente información sobre la realización de abortos con misoprostol y orientar sobre el marco legal del aborto en Chile, proyecto conocido como Línea aborto seguro.

La línea funciona todos los días del año, por sistema de turnos entre las integrantes, entre las 19 y las 23 horas. Se entrega información sobre el uso de misoprostol a mayores de 18 años de acuerdo a los protocolos actualizados de la Organización Mundial de la Salud. No se comercializan pastillas ni se otorga información sobre cómo conseguirlas. Tampoco se entrega información sobre otros tipos de abortos. Esta red ha enfrentado tres investigaciones penales, dos en Concepción—una a raíz de una denuncia de un pastor en esa ciudad y otra iniciada de oficio por el Ministerio Público en esa ciudad por incitación al delito¹²—y una tercera a partir de la presentación de una querrela en su contra en la Fiscalía Oriente de la Región Metropolitana por incitación al delito y asociación ilícita. Las dos primeras investigaciones fueron sobreesidas y la tercera archivada luego de interrogatorios de la Policía de Investigaciones a dos de sus miembros en distintas ciudades. Esta red entrega información pública, lo que le permite operar dentro del marco legal.

Las llamadas recibidas son registradas en una bitácora y son sistematizadas periódicamente. La Red estima que, desde 2009, se han recibido más de 12.000 llamados.¹³ Sin embargo, en la entrevista realizada para este trabajo, una de sus integrantes informó que ese número es más bajo que el real, estimando que reciben hasta 15 llamados diarios, los que no siempre serían registrados.¹⁴

La sistematización de las llamadas realizadas por este colectivo, publicada en julio de 2011,¹⁵ mostraría que Internet es el medio por el cual las personas llegan al servicio de la línea; ello dificultaría el acceso a la información sobre este método a mujeres de menores recursos sin acceso a la Web.

1.2. Antecedentes legislativos

En Chile el aborto está tipificado en los artículos 342 y siguientes del

11 Véase, www.infoabortochile.org.

12 Entrevista con mujeres de la Red de Feministas y Lesbianas por el Derecho a la Información, enero de 2013.

13 Véase, <http://infoabortochile.org>.

14 Entrevista del 11 de marzo de 2013.

15 Presentación Línea “Aborto Información Segura”, julio de 2011 (www.infoabortochile.org)

Código Penal. El aborto terapéutico fue regulado en el Código Sanitario de 1931, pero fue posteriormente derogado en 1989 por la Ley 18.826. Ello significa que toda práctica de aborto en Chile es ilegal. Ha habido esfuerzos para modificar la situación; desde 1990 se han presentado una serie de proyectos, ya sea con el fin de liberalizar o penalizar más duramente el aborto (ver Tabla 1). Hay otros proyectos atingentes, como la creación de monumentos a las víctimas del aborto o la tipificación del delito de lesiones al feto.¹⁶

En la década de los noventa no hubo mayor discusión legislativa. El primer proyecto de ley para restablecer el aborto terapéutico, de 1991, fue archivado sin discusión y un proyecto penalizador fue tramitado y rechazado en el Senado. Otros dos en el mismo sentido fueron archivados en la Cámara de Diputados. Solo a partir de 2000 ha habido más propuestas legislativas para permitir el aborto en algunas circunstancias.

16 Cámara de Diputados. Boletín4818-24. Moción del Diputado Chahuán de 2007 que se encuentra archivada. En 2012 volvió a presentar el mismo proyecto, Boletín 8708-04. El proyecto sobre lesiones al feto, Boletín 4307-07 de 2006, se encuentra archivado. En ese mismo año, se presentaron otros proyectos de ley: uno que agrega un nuevo artículo (345 bis) al Código Penal para que solo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto.

Tabla 1: Resumen de algunos proyectos de ley sobre aborto

| Fecha | Título | Estado | Nº Boletín | Autor/es | Objetivo |
|-----------|---|-------------------------|---|--------------------------------------|--|
| 17/9/1991 | Modifica el artículo 119 del Código Sanitario en lo relativo al aborto terapéutico. | Archivado 17/06/1996 | 499-01 | Letelier, Montes, Muñoz y Smok (PS). | Reposición del aborto terapéutico en el artículo 119 del Código Sanitario. |
| 02/8/1994 | Proyecto de ley que modifica el Código Penal o/y el Código de Procedimiento Penal en lo relativo al delito de aborto. | Rechazado y/o archivado | 1297-18 1298-18 Senado 1302-07 | (RN) (UDI) H. Larraín (UDI) | Aumentar penas, incorporar la figura de la delación compensada, mover delito al título de los delitos y crímenes contra la vida. |

| | | | | | |
|-----------|---|-----------|--------------------|--|--|
| 23/1/2003 | Proyecto que modifica el art. 119 del Código Sanitario. | Archivado | 3197-11 | Accorsi (PPD), Allende (PS), Girardi (PPD), Ibáñez (RN), Jarpa (PRSD), Longton (RN), A. Muñoz (PPD), Palma (RN), Rossi (PS) y Saa (PPD). | Este proyecto establece la reincorporación del aborto por indicación médica. |
| 22/3/2006 | Reforma Constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto. Agrega nuevo art. 345 bis al Código Penal para que solo a través de una reforma constitucional se pueda derogar el delito de aborto. | Archivado | 4121-07 4122-07 | Barros, Forni, Hernández, Lobos, Nogueira, Norambuena, Salaberry, Turres y Ward (UDI) | Reforma constitucional para hacer más difícil la despenalización del aborto. |

| | | | | | |
|------------|--|----------------------|-----------------------------|---|--|
| 22/8/2006 | Modifica disposiciones que indica del Código Penal y del Código Sanitario con el objeto de precisar las conductas penadas en relación al delito de aborto. | Archivado | 4447-11 | Chahuán y Sepúlveda (RN/) | Precisa que ningún médico o matrona podrán utilizar un procedimiento mecánico, quirúrgico o entrega de sustancia que provoque un aborto. |
| 19/12/2006 | Sobre interrupción del embarazo. | Archivado 05/01/2009 | 475 ¹ -11 Senado | Nelson Ávila (PRSD) | Incorpora el aborto por riesgo de la vida o de la salud de la mujer, malformación grave del feto y por causa de violación. |
| 18/1/2007 | Protege la vida de la mujer ante interrupciones de embarazos en casos que indica. | Archivado | 4845-11 | Alinco (PPD), Enríquez-Ominami (PS), Espinoza (PS), GirardiBriève (PPD), Pacheco (PS), Robles (PRSD) y Sule (PRSD). | Incorpora el aborto por riesgo de la vida o de la salud de la mujer, malformación grave del feto y por causa de violación. |

| | | | | | |
|------------|--|----------------|----------------|---|--|
| 19/3/2009 | Modifica el artículo 119 del Código Sanitario para permitir la interrupción médica del embarazo en caso de riesgo de la madre. | En tramitación | 6420-11 | De Urresti (PS), Escobar (ex-PS), Espinoza (PS), Fariás (PPD), Monsalve (PS), Núñez (PPD), Quintana (PRSD), Sule (PRSD) y Rossi (PS). | Incorpora el aborto por indicación médica. |
| 13/5/2009 | Sobre interrupción terapéutica del embarazo. | Rechazado | 6522-11 Senado | Escalona (PS) | Incorpora el aborto por indicación médica. |
| 3/7/2009 | Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario, señalando los casos en los cuales se podrá interrumpir el embarazo. | Rechazado | 6591-11 Senado | Girardi (PPD) y Ominami (Ind. Ex-PS). | Incorpora el aborto por indicación médica. |
| 15/12/2010 | Despenaliza la interrupción del embarazo por razones médicas. | Rechazado | 7373-07 Senado | Rossi (PS) y Matthei (UDI). | Incorpora el aborto por indicación médica. |

| | | | | | |
|------------|--|----------------|-----------------------------|--|--|
| 02/4/2013 | Establece licitud de los procedimientos de interrupción de embarazo en casos determinados. | En tramitación | 8862-11 Senado | Gómez, Allende, Lagos y Rossi. | Incorpora el aborto en caso de riesgo de vida o salud, malformación severa del feto o incompatibilidad vida extrauterina y en caso de violación. |
| 07/05/2013 | Interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas. | En tramitación | 8925-11 Cámara de Diputados | Ascencio, Castro, Cornejo, Gutiérrez, Muñoz, Núñez, Pacheco, Robles, Saa y Silber. | Incorpora el aborto en caso de riesgo de vida o salud, malformación severa del feto o incompatibilidad vida extrauterina y en caso de violación. |

Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional

Recientemente, en el Senado se discutieron tres proyectos sobre la legalización del aborto que estaba en tramitación desde 2009: terapéutico, por malformaciones fetales graves incompatibles con vida extrauterina y por violación. El debate legislativo sobre estos tres proyectos de ley fue el que ha estado más cerca de aprobar el aborto en la Cámara Alta. Sin embargo, todos fueron rechazados en abril de 2012.¹⁷

En marzo de 2013, el senador José Antonio Gómez y otros presen-

¹⁷ La primera moción, del senador Escalona, fue votada con 15 votos a favor y 18 en contra; la segunda, de los senadores Girardi y Ominami, con 22 votos en contra y 9 a favor; la tercera, del senador Rossi y la senadora Matthei, con 12 votos a favor y 19 en contra; en Sesión 7ª, Ordinaria, miércoles 4 de abril de 2012, <http://www.senado.cl>

taron una nueva propuesta para despenalizar el aborto terapéutico, basada en tres ejes: cuando está en riesgo la salud de las mujeres, por problemas de inviabilidad uterina y por agresión sexual.¹⁸

La presentación de estas propuestas ha significado una mayor discusión pública entre participantes políticos, personeros de gobierno y miembros de la sociedad civil.¹⁹ A ello se ha sumado el reciente caso de una niña de 11 años violada por la pareja de su madre, historia que ha acaparado la atención internacional,²⁰ no solo por su dramatismo y la obligación de tener que cursar el embarazo, sino también por los dichos del presidente Piñera, quien sostuvo que la menor “sorprendió a todos” con sus “palabras que demostraban una profundidad y una madurez cuando dijo que, a pesar del dolor que el hombre que la violó le había causado, ella iba a querer y a cuidar a su guagüita”.²¹

Ad portas de la elección presidencial, todos los candidatos y candidatas se han referido a la situación legal del aborto. Evelyn Matthei, la candidata de la Alianza, en términos personales apoya una legislación restrictiva sobre aborto terapéutico.²² Ahora, en su condición de representante de una coalición, ha dicho que no promoverá ninguna legislación en este sentido.²³

En la oposición hay diversas posturas, pero, en general, están abiertos a legalizar bajo, al menos, algunas causales.²⁴

1.3. Contexto internacional

Chile es uno de los cinco países en América Latina y el Caribe en que no se permite el aborto en ninguna circunstancia, junto a El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. Los otros dos países que lo prohíben en el mundo son Malta y el Vaticano. En América Latina, pese a una fuerte influencia religiosa que ha buscado una re-

18 Senado, Boletín 8862-11.

19 Cooperativa.cl: “Escalona aseguró que habrá nueva discusión de aborto terapéutico este año”, 6 de abril 2012; Emol.com: “Mañalich: Quienes piden aborto terapéutico lo hacen desde la ignorancia”, 15 de marzo 2012; La Tercera: “Larroulet sostiene que ‘el Senado ha tomado la decisión correcta’ al rechazar aborto terapéutico”, 4 de abril 2012; El Mercurio.cl: “El gobierno tiene un solo presidente y es él quien toma las decisiones”, 22 de diciembre 2012; *La Tercera*: “Ena von Baer por aborto terapéutico: ‘Una mujer no tiene derecho a interrumpir el embarazo porque solo presta el cuerpo al feto’”, 14 de marzo 2012; en un sentido similar, Catalina del Real, Emol.com: “Vicepresidenta RN pide rechazar el aborto terapéutico: ‘No se puede jugar a ser Dios’”, 14 de marzo 2012; La Tercera: “Senador Uriarte y aborto terapéutico: ‘Sinceramente espero, por el bien de Chile, que este proyecto muera’”, 3 abril 2012 y Emol.com: “Presidente reitera firme compromiso del gobierno en contra del aborto en Chile”, 31 de marzo 2012.

20 Emol.com: “Prensa internacional crítica dichos de Piñera sobre niña embarazada”, 10 de julio de 2013.

21 CNNchile.com: “Presidente Piñera aseguró que menor embarazada tras violación demostró ‘profundidad y madurez’”, 9 de julio 2013.

22 De hecho, fue impulsora de una de las iniciativas discutidas y rechazadas en abril de 2012.

23 Biobiochile.cl: “Matthei por aborto terapéutico: No soy tan tonta como para plantear un tema que nos divide”, 25 de julio de 2013.

24 Biobiochile.cl: “Bachelet reafirma postura a favor del aborto bajo condiciones especiales como violación”, 24 agosto de 2013

gulación muy restrictiva, la tendencia en los últimos años ha sido a la liberalización del aborto, como en los casos de Colombia, el Distrito Federal de México y, recientemente, Uruguay. Asimismo, el sistema interamericano de protección a los derechos humanos se ha manifestado abiertamente a favor de permitir la interrupción del embarazo para proteger los derechos de la mujer.²⁵ En el mundo hay diversos modelos de regulación, tanto por plazo como por indicación.²⁶

1.4. La opinión pública y el aborto

Se han realizado mediciones de opinión pública sobre aborto desde 1990. La primera fue realizada por el Centro de Estudios Públicos (CEP) en diciembre de 1990, mostrando que solo un 5% de los encuestados consideraba que ante cualquier circunstancia una mujer podía practicarse un aborto, un 44,7% estaba de acuerdo con que debía realizarse solo en casos especiales, un 49,2% señalaba que no debía permitirse y el 1% no sabía o no respondía.²⁷ Por su parte, las encuestas PUC-Adimark sistemáticamente muestran un apoyo más bajo respecto de las otras encuestas.²⁸

Las encuestas realizadas a lo largo del tiempo no son comparables, ya sea por la metodología usada –telefónica o cara a cara–, muestras distintas –solo a mujeres o a mujeres y hombres– o el ámbito: si corresponden a encuestas nacionales o restringidas a alguna región. Sin perjuicio de lo anterior, los sondeos de opinión revelan una tendencia a justificar el aborto por razones específicas, como el riesgo de vida para la madre, la violación o la malformación fetal grave. La Tabla 2 muestra los resultados de encuestas con representatividad nacional y que incluyen a hombres y mujeres.²⁹

25 Corte IDH, Medidas provisionales respecto de El Salvador, Asunto B, 29 de mayo de 2013.

26 Center for Reproductive Rights, The World's Abortion Laws 2013, www.reproductiverights.org

27 Centro de Estudios Públicos, Encuesta social y de opinión pública, diciembre de 1990.

28 Encuesta Nacional Bicentenario, UC-Adimark 2007.

29 Se puede revisar una muestra de los sondeos de opinión en el Boletín 8925-11 de la Cámara de Diputados, 7 de mayo de 2013.

Tabla 2: Estudios de opinión, con aprobación en porcentajes

| | Riesgo de vida | Violación | Malformación fetal grave | Motivos económicos | Por el deseo de la mujer |
|-----------------------|----------------|-----------|--------------------------|--------------------|--------------------------|
| ICSO-UDP 2010 (1) | 53,1 | 53,4 | 44,3 | | |
| FLACSO-Chile 2010 (2) | 64 | 67 | 64 | 10 | 15 |
| ICSO-UDP 2009 (3) | 66,5 | 66,9 | 46,3 | | |
| ICSO-UDP 2007 | 65,1 | 59,5 | 46,4 | 17,3 | 25 |
| ICSOU DP 2006 (4) | 65,1 | 59,5 | 46,4 | 17,3 | 25 |

Fuente: (1) ICSO, Encuesta Nacional 2010 UDP.

(2) Claudia Dides, Cristina Benavente, Isabel Sáez y otro, Estudio de opinión pública sobre aborto y derechos sexuales y reproductivos en Brasil, Chile, México y Nicaragua, Santiago: FLACSO-Chile, 2011.

(3) ICSO, Encuesta Nacional 2009, UDP.

(4) Encuesta realizada por la Corporación Humanas entre el 25 de septiembre y el 29 de octubre. Se encuestó a todas las mujeres de 18 años de edad o más inscritas en los registros electorales.

Llama la atención que la última encuesta UDP mostrara un porcentaje menor de aprobación del aborto en comparación a la realizada por la FLACSO. La diferencia podría radicar en el contexto de la encuesta, ya que el foco de esta última era la sexualidad y la reproducción.

2. INVESTIGACIÓN SOBRE CRIMINALIZACIÓN

La criminalización por aborto ha sido históricamente en Chile, o en cualquier otro país, una medida simbólica, dada la estimación de su prevalencia y el bajo número de personas perseguidas penalmente. Al respecto, y pese a que las cifras de investigaciones penales por aborto no están publicadas,³⁰ los datos de la Tabla 3, que fueron proporciona-

³⁰ Por medio de una solicitud de acceso a la información, se requirieron los datos desagregados por sexo y por fiscalía. El Ministerio Público informó que las cifras "no se encuentran desagregadas en nuestros boletines internos de modo que no es posible su entrega [...] ya que su obtención implicaría distraer indebidamente a los funcionarios de esta institución del cumplimiento regular de sus funciones habituales, situación que por lo demás configura la causal de reserva

dos por el Ministerio Público y que indica los casos ingresados a esa repartición y no el número de personas involucradas, pudiendo existir más de una por caso, corroboran esa afirmación. Se debe precisar que no todo delito que “ingresa” al sistema penal es investigado por el Ministerio Público.³¹ Las tres hipótesis de aborto que se presentan se refieren a los realizados por profesionales de la salud –aborto por facultativo: médicos o matrones o matronas. El aborto consentido corresponde al realizado por decisión de la mujer sola o con la colaboración de un tercero. El aborto no consentido corresponde al provocado a una mujer sin su autorización. Llama la atención el número de casos investigados por aborto sin consentimiento, que oscila entre una cuarta parte y un poco más de un tercio del total de casos. La ley prevé una figura penal especial en el artículo 343 del Código Penal, cual es “el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”. Esta figura penal podría explicar los abortos no consentidos que pueden ocurrir en el marco de violencia doméstica o de pareja en que una mujer aborta producto de los golpes.³²

Tabla 3: Delitos de aborto ingresados al Ministerio Público

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012* |
|---------------------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Aborto por facultativo | 1 | 11 | 9 | 8 | 5 | 6 | 2 |
| Aborto consentido | 132 | 105 | 125 | 126 | 112 | 114 | 86 |
| Aborto sin consentimiento | 69 | 64 | 58 | 54 | 71 | 75 | 37 |
| Total | 202 | 180 | 192 | 188 | 188 | 195 | 125 |

*Fuente: Ministerio Público de Chile, Unidad especializada en delitos violentos.
Los datos comprenden el período enero-septiembre de 2012

contemplada en el artículo 21 No. 1 c) de la Ley 20.285.”

31 De acuerdo a los artículos 166 y siguientes del Código Procesal Penal, que permiten salidas alternativas que facultan, entre otras, a archivar provisionalmente o la aplicación de la facultad de no investigar.

32 Una de las entrevistas realizadas refleja esta situación.

Solo existe un estudio reciente sobre la criminalización del aborto en Chile de personas formalizadas y judicializadas. Lo realizó la Defensoría Penal Pública respecto de sus defendidas y defendidos entre 2001 y 2009.³³ La Defensoría considera que ante este delito muchas personas optan por una defensa privada, por lo cual los resultados del estudio tendrían un sesgo socioeconómico, es decir, la información que recoge tendería a reflejar los casos de personas imputadas con menores recursos.

Estudios realizados en los noventa dieron cuenta que la criminalización afectó en mayor medida a mujeres y pobres. Uno de ellos, al igual que el de la Defensoría, podría mostrar sesgo por clase, ya que trataba de mujeres defendidas por la Corporación de Asistencia Judicial.³⁴ Pero un segundo estudio, que replicó al primero, incorporando la revisión de todos los expedientes judiciales en cuatro ciudades de Chile en 4 años distintos, llegó a los mismos resultados: que las mujeres pobres son las más afectadas por la persecución penal.³⁵ La prueba del delito se encuentra en sus propios cuerpos y cuando llegan al hospital son identificadas.³⁶ No es novedoso que el control penal recaiga sobre aquellos más vulnerables en una sociedad, pero, en este tema, la investigación penal es altamente selectiva.

Los datos de la Defensoría Penal Pública indican el número de imputados atendidos por esta institución por el delito de aborto en distintas hipótesis, es decir, el realizado por la mujer sola o asistida, el aborto realizado por un profesional de la salud o el aborto no consentido por la mujer. Esta información es complementaria a las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, institución que, como se dijo, agrupa su información por caso, y no por persona imputada. La Tabla 4 muestra que, a partir de 2005, el número de personas atendidas por la Defensoría Penal ha ido en aumento, con algunas oscilaciones. En 2012 la Defensoría atendió a 78 personas, lo que representa un aumento respecto de los años anteriores.³⁷

33 Defensoría Penal Pública, op. cit., pp. 5-7.

34 Lidia Casas, *Mujeres procesadas por aborto*, Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y reproductivos y Centre for Reproductive Rights and Policy, Santiago, 1995.

35 Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, ed., *Encarceladas*, Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos y Centre for Reproductive Rights and Policy, Santiago 1998.

36 Rojas, op. cit.

37 Vale recordar que esta información corresponde al sistema de justicia penal bajo la reforma, cuya implementación en todo el territorio se realizó a partir de 2005.

Tabla 4: Número de personas atendidas cuyos casos están terminados, según tipo de delito de aborto y año de término

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012* |
|-------------------------------|------|------|------|------|------|------|-------|
| Aborto consentido | 37 | 73 | 47 | 56 | 35 | 51 | 68 |
| Aborto no consentido | 6 | 9 | 9 | 3 | 8 | 10 | 10 |
| Aborto por facultativo | 0 | 2 | 1 | 3 | 0 | 1 | 0 |
| Total | 43 | 84 | 57 | 62 | 43 | 62 | 78 |

Fuente: Datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública

Según datos proporcionados para esta investigación por la Defensoría Penal Pública, en 2001 y 2002 no hubo juicios ni condenas. Las cifras también muestran que las sentencias, condenatorias en la mayoría de los casos o absolutorias en los menos, ocurrieron casi en la misma proporción a la salida alternativa. Esta corresponde a una forma de término de una investigación judicial que faculta al Ministerio Público a no proseguir con un juicio ofreciendo al imputado o imputada el cumplimiento de una serie de obligaciones por un lapso de tiempo, que, de efectuarse, extinguen la responsabilidad penal.³⁸

En 2007, 22 personas de 44, optaron por una defensa privada, clasificada por la Defensoría como un término por derivación. Otras formas de término, como el sobreseimiento y el facultativo de la fiscalía, corresponden a decisiones del Ministerio Público, con la aprobación del juez de garantía, de que no se continuará con el proceso por no haber más antecedentes o porque la responsabilidad se hubiera extinguido.

38 Código Procesal Penal, art. 237.

Tabla 5: Número de casos terminados según forma de término y año

| | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012* |
|----------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Sentencia | 12 | 25 | 21 | 21 | 14 | 14 | 23 |
| Salida alternativa | 11 | 21 | 16 | 24 | 16 | 26 | 29 |
| Sobreseimiento | 6 | 6 | 7 | 5 | 1 | 7 | 9 |
| Facultativo de la Fiscalía | 7 | 10 | 4 | 3 | 4 | 6 | 5 |
| Derivación | 7 | 22 | 8 | 9 | 8 | 9 | 12 |
| Otras formas de término | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Total | 43 | 84 | 57 | 62 | 43 | 62 | 78 |

Fuente: Defensoría Penal Pública

El ya señalado estudio de la Defensoría Penal Pública sistematizó información de 201 casos de aborto y dio cuenta que la mayoría de los defendidos son mujeres, 118 (58,7%), seguidas de parejas, 20 (10%), y, en tercer lugar de importancia, por familiares (madres, hermanas, padres o amigos de la o el imputado y terceros no profesionales que realizaron el aborto), 41 casos (20,4%).³⁹ El resto de defendidos son profesionales de la salud, tales como médicos, matronas o químicos farmacéuticos, con 17 casos (8,5%), y terceros no facultativos, es decir, no profesionales.⁴⁰ Casi la mitad de los imputados hombres, parejas de las mujeres, lo eran por el delito de aborto no consentido. Casi tres cuartas partes de las denuncias de las mujeres imputadas fueron realizadas por algún hospital o centro médico.⁴¹ Así lo confirma una entrevista a un fiscal, quien señaló que “fue la doctora [denunciante de un caso] quien emitió un tremendo informe que equivale a un peritaje y

39 Defensoría Penal Pública, op. cit., pp. 5-6.

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*, p. 36.

su caso fue derivado a la Fiscalía”.⁴² Estos resultados coinciden con los estudios realizados durante la década de los noventa y su relación con el incumplimiento del secreto médico.⁴³

Respecto a la edad de las abortantes, en su mayoría estaba en el rango entre los 18 y 29 años: 76 de 118. 27 de 118 mujeres tenían entre 30 y 40 años. Las mujeres entre 14 y 17 años fueron 13 de 118, juzgadas bajo la ley de responsabilidad adolescente.⁴⁴

La condición socio económica de las imputadas es de estratos bajos y medios, casi un 32% son estudiantes –20% son secundarias–, una cuarta parte con trabajo estable, y cerca de un 15% estaba cesante y el resto –un 24%– declaraba ser dueñas de casa.⁴⁵ Una investigación de Salazar y Gallardo profundizó en los datos del estudio de la Defensoría Penal Pública, encontrando, respecto al nivel educacional de las imputadas abortantes, que casi el 36% no alcanzaba la educación media completa, el 22% la había completado, un 20% tenía estudios incompletos de educación técnica o universitaria y un 4% alcanzaba estudios universitarios completos.⁴⁶ Casi dos tercios de estas mujeres no tenían hijos, y quienes sí en su mayoría tenían uno. Había dos mujeres con más de cuatro hijos.⁴⁷

Había diez extranjeras imputadas, una de las cuales tenía un hijo que era cuidado por su madre en el país de origen.⁴⁸ Para ellas la investigación penal incluso sin condena tiene un efecto adicional: la expulsión del país.⁴⁹

Entre los motivos para abortar que aparecieron en los relatos de las mujeres atendidas por la Defensoría, más de una cuarta parte lo hizo para ocultar el embarazo, ya sea por miedo a su familia, al entorno o a la sociedad.⁵⁰ Llama la atención dos casos de abortos: uno porque el embarazo era producto de una violación y el otro por haber gestado un malformado.

Gendarmería cuenta con datos estadístico de personas bajo su vigilancia (remisión condicional de la pena, libertad vigilada o reclusión nocturna) o privadas de libertad por su condena, o bien en prisión preventiva antes de un veredicto. No toda persona condenada está privada de libertad sino que puede estar bajo vigilancia.⁵¹

42 Rojas, op. cit.

43 Casas, op. cit. y Foro Abierto de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, op. cit.

44 *Ibid.*, p. 11.

45 *Ibid.*, p. 13.

46 Gloria Gallardo y Andrea Salazar, *Aborto voluntario: Un derecho prohibido*, memoria para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, marzo de 2013, p. 72. Agradecemos a las autoras por haber compartido generosamente su trabajo.

47 *Ibid.*, pp. 87-88.

48 Defensoría Penal Pública, op. cit., p. 15.

49 Centro de Derechos de Derechos Humanos, *Informe Anual sobre derechos humanos en Chile 2010*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, p. 260.

50 Defensoría Penal Pública, op. cit., p. 33.

51 Las formas alternativas de cumplimiento de penas son la libertad vigilada y la remisión condi-

La Tabla 6 muestra los datos entre los años 2003 y 2012. Estos no distinguen la calidad de la condena, es decir, si las mujeres, por ejemplo, son abortantes o terceros que realizan abortos. La complementariedad de los datos con los del Ministerio Público y la Defensoría nos hace suponer que la mayoría de las personas bajo control son mujeres abortantes.

Tabla 6: Número de internos/as bajo control de Gendarmería de 2003 a 2012 por sexo y año

| | | Condenada reclusa | Libertad vigilada | Remisión condicional | Reclusión nocturna | Prisión preventiva |
|------|---------|-------------------|-------------------|----------------------|--------------------|--------------------|
| 2003 | Mujeres | 88 | 108 | 144 | 24 | 24 |
| | Hombres | 55 | 0 | 24 | 0 | 13 |
| | Total | 143 | 108 | 188 | 24 | 37 |
| 2004 | Mujeres | 69 | 120 | 264 | 12 | 15 |
| | Hombres | 36 | 12 | 12 | 0 | 18 |
| | Total | 105 | 132 | 276 | 12 | 33 |
| 2005 | Mujeres | 48 | 0 | 0 | 0 | 8 |
| | Hombres | 40 | 48 | 36 | 0 | 28 |
| | Total | 88 | 48 | 36 | 0 | 36 |
| 2006 | Mujeres | 30 | 84 | 408 | 24 | 14 |
| | Hombres | 51 | 60 | 120 | 0 | 31 |
| | Total | 81 | 144 | 528 | 24 | 45 |
| 2007 | Mujeres | 36 | 108 | 45 | 12 | 27 |
| | Hombres | 60 | 60 | 15 | 12 | 21 |
| | Total | 96 | 168 | 60 | 24 | 48 |

cional. Estas implican que la persona debe reportarse ante Gendarmería. La reclusión nocturna significa que el o la condenada solo ingresan a un régimen de privación de libertad durante la noche por el tiempo que el tribunal lo haya determinado.

| | | | | | | |
|------|---------|-----|-----|-----|----|----|
| 2008 | Mujeres | 16 | 96 | 348 | 24 | 14 |
| | Hombres | 60 | 36 | 96 | 0 | 25 |
| | Total | 76 | 132 | 444 | 24 | 39 |
| 2009 | Mujeres | 12 | 96 | 252 | 0 | 0 |
| | Hombres | 91 | 12 | 72 | 12 | 41 |
| | Total | 103 | 108 | 324 | 12 | 41 |
| 2010 | Mujeres | 12 | 108 | 312 | 0 | 1 |
| | Hombres | 150 | 24 | 144 | 0 | 31 |
| | Total | 162 | 132 | 356 | 0 | 32 |
| 2011 | Mujeres | 16 | 48 | 276 | 0 | 6 |
| | Hombres | 172 | 24 | 60 | 0 | 8 |
| | Total | 188 | 72 | 336 | 0 | 14 |
| 2012 | Mujeres | 5 | 36 | 180 | 0 | 0 |
| | Hombres | 89 | 36 | 60 | 0 | 12 |
| | Total | 94 | 72 | 240 | 0 | 12 |

Fuente: Datos proporcionados por Gendarmería de Chile

Se puede concluir que el aborto es un delito femenino y por ello hay más mujeres que hombres sometidos a control penal. No obstante, hay efectos diferenciados por sexo especialmente en la privación de libertad. En primer lugar, se observa una notoria diferencia entre 2003 y 2004 y lo que sucede desde 2006. Hasta 2004, los hombres no representan más del 14% del total de la población bajo control. Luego, la proporción total de hombres sometidos a control va aumentando sostenidamente, de un 38% en 2006 al 47% en 2012. Solo en 2008 se produjo una baja al 30%.

El año 2005 presentaría una anomalía, en el sentido que hay un escaso número de mujeres bajo control, 56 de un total 208. Ello podría explicarse porque ese año comenzó el funcionamiento de la reforma en todo el territorio nacional.

En segundo lugar, el número de mujeres recluidas es siempre menor al de los hombres, pero, en el total de la población bajo vigilancia, los hombres representan una proporción menor a las mujeres.

En tercer lugar, se advierte una disminución de mujeres bajo supervisión de Gendarmería a lo largo de una década. Las posibles explicaciones son: las estrategias de litigio de los fiscales en que las mujeres pueden ser “el instrumento” para condenar a quienes realizan el aborto, pudiendo ser estos mayoritariamente cometidos por hombres,⁵² y que la introducción del misoprostol ha reducido el número de mujeres con evidentes huellas físicas de un aborto provocado y con ello la posibilidad de denuncia. En otras palabras, el uso del misoprostol no solo habría reducido los riesgos en la salud sino también las posibilidades de las mujeres de ser identificadas por el sistema penal.

3. ASPECTOS EPIDEMIÓLOGOS

En Chile solo hay estimaciones de número de abortos, que son variadas.⁵³ Un reciente cálculo de un epidemiólogo, basado en la tasa global de fecundidad de 1.94 hijos por mujer en edad fértil, la prevalencia de 64% de uso de anticonceptivos y las más de 33.000 hospitalizaciones por aborto, estima una cifra de 60 a 70 mil abortos al año.⁵⁴

Los egresos hospitalarios por aborto, es decir, el número de mujeres hospitalizadas por esta causa no distingue entre abortos provocados y espontáneos. Un estudio con datos desglosados de 2008 arroja que un 10% (de 33.428) de los egresos por aborto correspondían a embarazos ectópicos,⁵⁵ un 40% a productos anormales de la concepción y un tercio a abortos no especificados.⁵⁶

En 1990 hubo 123 defunciones maternas, 29 por aborto; en 2000, 49 muertes maternas, 13 por aborto; en 2009, de 50 defunciones maternas, tres fueron por aborto.⁵⁷ Las muertes por aborto en Chile han caído desde 2001. Una posible hipótesis para explicarlo es el uso del misoprostol.

52 Una de las autoras ha observado que el ofrecimiento y aplicación de la suspensión condicional del procedimiento ha sido condicionada a la declaración en contra del médico.

53 Para una revisión de las estimaciones a lo largo del tiempo puede revisarse, Gloria Maira, Paula Santana y Siomara Molina, *Violencia sexual y aborto: Conexiones necesarias*, Red chilena contra la violencia doméstica y sexual, Santiago, 2008, pp. 35-50.

54 Datos proporcionados por Olav Meirik, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva. La estimación se efectúa a partir de tasa global de fecundidad, mujeres en edad fértil y mujeres que usan anticoncepción, www.icmer.org

55 Embarazos que ocurren fuera del útero y que son potencialmente mortales para la mujer.

56 Ministerio de Salud, Orientaciones técnicas para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas, Santiago, 2011, p. 11.

57 Datos proporcionados por la Dra. Soledad Díaz del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva.

Según datos del Ministerio de Salud, entre 2001 y 2009, se registra un promedio de 33.690 abortos, de los cuales 29.000 corresponden a mujeres entre los 20 y 44 años, seguidas de las mujeres entre 10 y 19 años, con un promedio de 3.800 abortos. En general, estos representan algo más del 10% de todas las hospitalizaciones (ver Tabla 7). En 2002 se dio el caso de una menor de 9 años hospitalizada por aborto. Lamentablemente las cifras de hospitalizaciones para el tramo entre 10 y 19 años no están desagregadas por tramos más cortos, pues cualquier embarazo en una adolescente menor de 14 años es constitutivo del delito de violación o violación impropia.⁵⁸

Tabla 7: Número de abortos por año y edad de la mujer

| Año | Total | 5-9 años | 10-19 años | 20-44 años | 45-64 años |
|------|--------|----------|------------|------------|------------|
| 2001 | 34.479 | 0 | 3.886 | 30.188 | 405 |
| 2002 | 34.968 | 1 | 3.700 | 30.866 | 401 |
| 2003 | 33.497 | 0 | 3.393 | 29.647 | 457 |
| 2004 | -- | 0 | | | |
| 2005 | -- | 0 | | | |
| 2006 | 33.145 | 0 | 3.791 | 28.871 | 483 |
| 2007 | 32.532 | 0 | 3.910 | 28.126 | 496 |
| 2008 | 33.428 | 0 | 4.086 | 28.852 | 490 |
| 2009 | 33.777 | 0 | 3.904 | 29.354 | 519 |

*Fuente: Departamento de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) del MINSAL.
No hay registros para los años 2004 y 2005.*

58 Es una figura penal en que, habiendo una relación sexual con menor de 14 años, aunque exista consentimiento del o la afectada, este no es considerado válido.

4. LAS VOCES: LAS EXPERIENCIAS PERSONALES SOBRE EL ABORTO EN CHILE

4.1. Método de investigación

Esta parte de la investigación es de carácter cualitativo, ya que se realizó a través de entrevistas semiestructuradas de tal manera de obtener información en profundidad, teniendo especial cuidado por la confidencialidad.

Se entrevistó a las personas entre enero y julio de 2013.⁵⁹⁻⁶⁰ Las preguntas buscaron identificar los efectos que tiene la criminalización del aborto bajo toda circunstancia en la vida de las mujeres; las prácticas a las cuales se someten; la actuación de la comunidad médica frente a las complicaciones del aborto clandestino y las situaciones de interrupción de embarazo por indicación de salud, tales como malformaciones del feto. Se entrevistó a otras mujeres y hombres quienes acompañaron en este proceso y a profesionales de la salud que colaboraron aconsejando sobre el uso del misoprostol o apoyando a mujeres en alguna etapa posterior al aborto.

La forma de contactar a los entrevistados fue variada: se difundió la información de la investigación a través de conocidos y mediante correos electrónicos. Se buscó obtener una muestra que abarcara diferentes segmentos sociales y edades.⁶¹ Se garantizó la confidencialidad por lo cual las entrevistadas no consignaron su firma en la hoja de consentimiento atendido el carácter de ilegalidad de las conductas materia de la investigación.

Las entrevistas se realizaron principalmente en forma presencial con personas en Santiago. Otras entrevistas se hicieron por vía telefónica u otros medios en otras ciudades del país (norte, sur y zona central) y fuera de Chile.

El texto que se presenta en cursiva corresponde a expresiones muy cercanas a las utilizadas por nuestras entrevistadas y entrevistados (no se les grabó sino que se realizaron transcripciones).

59 El diseño original de la investigación contempló la realización de entrevistas a 100 mujeres que se hubieran sometido voluntariamente a un aborto clandestino, 30 acompañantes y 5 profesionales de la salud. Sin embargo, por la naturaleza y objeto de la investigación, el número de entrevistas fue menor a lo esperado. Algunas personas declinaron dar testimonio.

60 Se entrevistó a 61 personas, 40 mujeres que habían abortado y 11 acompañantes, de los cuales cuatro eran parejas de las mujeres. Algunas entrevistadas o entrevistados narraron más de una experiencia, ya fuera en su condición de abortantes o acompañantes. Se entrevistó, además, a 8 profesionales de la salud, quienes colaboraron aconsejando y/o entregando misoprostol u otras drogas, o apoyando luego del aborto. Los relatos de la experiencia de aborto abarcan desde finales de los ochenta hasta 2013. La mayoría datan de los últimos diez años.

61 Este fue aprobado por el Comité de Ética de la Universidad Diego Portales.

4.2. Las prácticas en un contexto de ilegalidad

La ilegalidad facilita la exposición de las mujeres a abuso por parte de quienes hacen del aborto una práctica lucrativa. Los resultados de las entrevistas a mujeres mostraron rangos de precio para un aborto entre los 40.000 y los dos millones y medio de pesos. Un entrevistado médico relata que, de acuerdo a lo que sabe, a mayor edad gestacional del embarazo mayor es el costo, refiriéndose a una relación precio/semanas de gestación. Otro médico entrevistado recordó que, entre las mujeres a quienes había asistido por el uso de misoprostol, tres de ellas se enfrentaron a dos tipos de cobro: al pago inmediato en efectivo del aborto y que luego el médico exigiera un segundo pago: sexo oral. Las tres mujeres no accedieron al requerimiento y perdieron su dinero.

El precio del misoprostol en el mercado negro fluctúa entre 40 a 120 mil pesos. Como señalan las entrevistadas, su acceso está controlado por *verdaderas mafias*. A ello agregan, que, por tratarse de una compra clandestina, no tienen seguridad acerca de lo que están adquiriendo. Una enfermera entrevistada pudo percatarse de que le estaban intentando vender pastillas falsas. Ella también recuerda la poca claridad y falta de información respecto a la dosis adecuada para abortar. Una voluntaria del Fono Aborto nos indicó en una entrevista que una de las preguntas más habituales de quienes llaman a la línea es cómo y dónde comprar el medicamento, ya que existe entre las mujeres una gran preocupación por posibles fraudes o entregas de pastillas falsas. Esta percepción se corrobora en los relatos a las entrevistadas.

Cinco profesionales de la salud entrevistados han colaborado en la orientación y acompañamiento a mujeres para el correcto uso del medicamento.⁶² Ninguno de ellos cobra por la orientación; tres de ellos en algunas ocasiones proveen el medicamento cuando las solicitantes no han podido conseguirlo o no tienen dinero para ello. En general, las mujeres adquieren el medicamento por su cuenta. Uno de los entrevistados nos señaló que lleva la cuenta del número de mujeres a quien ha asistido, 87, a lo largo de varios años. En un caso dio apoyo pos aborto a una paciente que *tenía un fuerte deseo de maternidad, pero rechazaba la idea con la pareja que tenía, no quería estar ligada con él por el resto de la vida*.

La elección del método está vinculada directamente con la clase social, los recursos financieros y la información disponible, especialmente en la Web. El factor más importante para decidirlo son los datos que se obtienen a través de redes de amigas o conocidos o Internet. Una de las entrevistadas contó cómo, en su búsqueda de información para

62 Una práctica clínica que se realizó en el Uruguay antes de su despenalización. Véase Ministerio de Salud Pública República Oriental del Uruguay, *Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo*, Montevideo, 2004.

hacerse un aborto, encontró la descripción sobre distintos medios: masajes orientales, hierbas y el misoprostol. Algunas entrevistadas señalaron que, si no hubieran sabido de alguna conocida que hubiera abortado, no habrían sabido dónde buscar o cómo hacerlo.

Una mujer de 20 años relata que se enteró a las 4 semanas de embarazo y que luego de ello empezó a *buscar información con amigos por Internet para el misoprostol, pero cobraban entre 70 y 100 mil pesos, lo que era muy caro, como estudiante, sin muchos recursos económicos. Además, los contactos tampoco eran seguros y no sabía qué pastillas me iba a meter en el cuerpo ni tampoco tenía claridad sobre la dosis. Finalmente, con un amigo que trabaja en un colectivo de diversidad sexual, llegamos a personas expertas en el tema que me ayudaron a conseguir las pastillas y a informarme sobre dosis y procedimiento.*

Llegar a un médico es una cuestión azarosa. En el caso de una entrevistada, su ginecólogo de cabecera le dijo que le podía ayudar a hacerlo con medicamentos cuando ella le contó que no quería tener otro hijo. El ginecólogo de otra, que era contrario al aborto, la derivó a un colega que sí los hacía y en quien confiaba plenamente desde el punto de vista médico. Una tercera mujer se realizó el procedimiento con un médico, quien, cuando este se dio cuenta que ella era hija de un personaje público, subió el precio y le exigió pagar una cantidad extra de dinero como chantaje para no hablar.

En las entrevistas se muestra que las mujeres que conocen distintas prácticas abortivas eligen el método de acuerdo a su experiencia personal y teniendo en cuenta la seguridad de éste. Una entrevistada hizo una reflexión sobre el aborto seguro: *como no podía decirle la verdad al doctor, pa' que no me metieran presa, pasé más riesgo. Eso me molestó mucho, no tener la libertad para cuidarme como correspondía [...] además me dio rabia que mi amiga pudo pagar y estuvo bien cuidada [...] por no tener plata no pude acceder a la medicina privada de cierta calidad. Es violento que por ser pobre uno vaya al matadero.*

Cinco entrevistas refirieron haberse sometido a prácticas de raspado o aspiración sin anestesia.

4.3. El miedo a morir y las consecuencias para la salud

Una de las consecuencias de un aborto ilegal es su impacto en la salud y la vida de las mujeres que se someten a él.

El miedo a morir aparece con fuerza en una abrumadora mayoría de las entrevistas. El pánico de que no despertarán luego de la sedación, o morirán desangradas por el uso de misoprostol, o no podrán tener hijos en el futuro, cruza todos los relatos sin distinción de clase social, tipo de aborto o edad. Una mujer de 23 años, quien acompañó a una amiga hasta su casa en la playa para hacerse el aborto con miso-

prostito, narró que *fue tanto el sangramiento y dolor que pensaron que iba a morir*. Ella no sabe si volvería a acompañar a alguien después de esa experiencia porque, además, no sabían a quién recurrir en caso de una complicación. Otra dijo que, al ser madre de dos hijos, pudo comparar el dolor del parto con las contracciones con misoprostol.

El riesgo para la salud se concretó en ocho entrevistadas quienes sufrieron complicaciones de distinta envergadura: una sufrió una histerectomía (pérdida de útero); otra, una infección luego de un aborto quirúrgico en Tacna; otra, un aborto retenido luego del uso de misoprostol; tres tuvieron hemorragias y fiebre; y dos, infecciones (una de ellas tenía una enfermedad basal muy grave). En este último caso, el procedimiento lo realizó un facultativo. Una de ellas fue atendida en el Hospital San Juan de Dios, donde sospecharon que el aborto no había sido espontáneo. La paciente fue maltratada por enfermeras y matronas por ello y consideró irse a una clínica.

Una mujer que se realizó un aborto a los 20 años en una consulta médica contó que *mi pareja presionó para que abortara, era muy violento, yo no tenía relación con mi mamá, mi papá era alcohólico y había abusado de mí... me sentía muy sola... Fue muy difícil tomar la decisión, pero en el fondo sentía que era lo lógico, lo que tenía que hacer, parecía un delirio tenerlo, no estaba trabajando, si seguía con el embarazo no habría podido terminar la universidad, no tenía plata, no sabía hacer nada. El no iba a seguir conmigo si tenía la quagua, que no contara con él, que no tenía ni ganas ni posibilidad de tener hijos. [...] tuve una infección muy fuerte, fui al hospital y luego supe que no iba a poder tener hijos debido a las secuelas de la infección, eso me lo dijo un médico*.

La seguridad en el uso del misoprostol varía según la cantidad usada y las semanas de gestación. Los riesgos asociados son conocidos por quienes venden o compran el medicamento. Una joven estaba consciente del mayor riesgo, pues sumó 4 semanas de embarazo luego de una compra de misoprostol que resultó fraudulenta. La persona a quien compró en el segundo intento pidió ver una ecografía para tener certeza de las semanas de gestación y, conforme a ello, le recomendó una dosis y la consulta a un médico con posterioridad. Estuvo sola durante las cuatro horas de contracciones y se desmayó. El médico que consultó posteriormente le dijo que se pudo haber muerto por la dosis usada.

Una entrevistada que sufrió un aborto retenido tenía un embarazo con un tiempo de mayor gestación a la recomendada para el uso de misoprostol. Se enteró tardíamente de su embarazo porque había sangrado durante toda la gestación, lo que se sumó a la demora en conseguir el medicamento. Ella estaba informada sobre qué hacer en caso de complicaciones por la cantidad de semanas y, debido a una hemorragia, acudió a la urgencia de una clínica privada acompañada por su marido.

Una entrevistada ayudó a una familiar de 16 años, de familia muy conservadora, a hacerse un aborto con misoprostol. La menor de edad le mintió sobre la cantidad de semanas de embarazo: dijo que tenía seis a ocho semanas, cuando realmente tenía alrededor de 14. En esa fase de gestación el misoprostol ya no sería aconsejable. La niña se encerró en el baño y cuando entró la entrevistada la encontró sentada con el feto colgando. Ella nos dijo que *fue terrible porque no debió ser así, ella debió tener la posibilidad de hospitalizarse, tener apoyo, etc. Si las cosas fueran distintas, no habría llegado a ese punto. Todo lo que se demoró en decir que estaba embarazada, además, no se preocupó de prevenir el embarazo. Viene de buena familia, va a buen colegio. En esas situaciones se hace evidente que la educación sexual es también afectiva, de cómo uno se para frente al mundo. Ella estaba completamente desarmada.* La joven, que sufrió complicaciones acudió a un centro de salud, donde los médicos no preguntaron nada.

La muerte es una posibilidad cierta. Una mujer habló de la muerte de su hermana por un aborto clandestino del cual supo con la entrega del certificado de defunción. La pareja de su hermana no fue ni al velorio ni al entierro. Una profesional de la salud se acuerda de un caso de una mujer a quien abandonaron en la posta del hospital donde trabajaba, *la tiraron de un taxi con las medias hasta las rodillas sin signos vitales y llena de sangre.* Otra profesional relata que una de sus pacientes estuvo presa en la cárcel del Buen Pastor en Santiago, donde las monjas le dijeron que la imposibilidad de tener hijos, por la pérdida del útero, era un castigo de Dios. Ella quedó con diálisis y secuelas psiquiátricas graves, pues, además de la culpa instigada por las monjas, había sido denunciada por su propio padre.

Todas las entrevistadas señalan que su decisión de interrumpir un embarazo obedece a un contexto, a una situación concreta, aun cuando tengan miedo a morir.

4.4. El miedo a ser pillada y la persecución penal

El alto número de mujeres que se practican abortos en Chile, comparado con la diminuta cantidad de investigadas criminalmente, hace pensar que, cuando esto último ocurre, se trata de una cuestión de azar. No obstante, hay factores que inciden en la mayor probabilidad de ser perseguidas: ser de clase social más baja, prácticas de aborto de mayor riesgo y dónde se acude en caso de emergencia.

Además del miedo a morir por el aborto, la conciencia de la ilicitud está presente en la mayoría de las entrevistadas, pero con menor intensidad y frecuencia que el temor a la pérdida de la vida.

De hecho, una entrevistada señaló que no utilizó el misoprostol porque una de sus amigas, al intentar comprarlo en el mercado ne-

gro, fue interceptada por la PDI.

Otra mujer solo se representó las consecuencias legales cuando vio en las noticias al médico que le hizo el aborto. No solo tomó conciencia de la ilegalidad sino del hecho de que quien aparecía como médico era en realidad un dentista.

El miedo a ser pillada no es solo preocupación por ellas mismas sino también ante la posibilidad que la persecución penal pueda involucrar a sus cercanos. Esto se manifiesta en que las entrevistadas hablan de decisiones y medidas, como la realización del aborto en soledad, para reducir el número de personas que saben de la situación. Una entrevistada sentía que, al pedirle a sus amigos que la acompañaran, los estaba haciendo cómplices de un delito, por lo que la culpa se agravaba y el miedo y soledad también.

Entre las mujeres entrevistadas, dos fueron sometidas a investigación penal. Ambas son profesionales y provenientes de sectores más acomodados, una de ellas de una familia muy católica. Los procesos penales se desarrollaron en justicias distintas: el antiguo y el nuevo sistema.⁶³ Ambas fueron identificadas por la policía producto de un reportaje periodístico.

Los resultados fueron distintos. Una fue condenada bajo el antiguo sistema de justicia criminal a 541 días con remisión condicional de la pena.⁶⁴ La otra mujer fue imputada bajo el sistema reformado, obteniendo una salida alternativa: la suspensión condicional del procedimiento, en 2009. Esta medida no significa que haya reconocimiento de los hechos que se le imputan.⁶⁵

Las experiencias sufridas por estas entrevistadas las marcaron profundamente en su relación con la profesión legal, la justicia y la policía. Ambas ya no viven ni quieren vivir en Chile.

Una de ellas refiere provenir una familia conservadora, bien conectada en el mundo católico, y de haberse quedado embarazada a los 22 años. Estudiaba, al igual que su pareja de larga data, en una universidad católica en Santiago; ambos eran católicos observantes, él proveniente de un colegio jesuita. Hasta su embarazo, consideraba que el aborto debía ser evitado a toda costa. De hecho, tres meses antes de su propia experiencia, intentó ayudar a una de sus amigas a que no abortara llamando a Chile Unido.⁶⁶ El contacto con Chile Unido le

63 El nuevo sistema de justicia criminal comenzó a regir en todo el territorio nacional en 2005.

64 La remisión condicional de la pena es un beneficio de cumplimiento de la pena alternativa a la privación de libertad en que la persona queda bajo supervisión de Gendarmería por el tiempo que establezca la condena, sin perjuicio de la anotación en sus antecedentes penales. Ver Ley 18.216.

65 La suspensión condicional del procedimiento es una medida judicial que otorga la fiscalía al imputado o imputada a fin de evitar la solución a través de juicio. Se otorga en la nueva justicia criminal atendido el delito imputado y que no hubiera sido condenado/a por otro delito anteriormente. Código Procesal Penal, art. 237.

66 ONG que publicita un servicio de acogida a mujeres que consideran el aborto como una

produjo rechazo, pues el voluntario solo buscó obtener información sobre la identidad de su amiga, sus datos y los nombres de los padres, a fin de interponer un recurso de protección para evitar que su amiga abortara. Ella no entregó la información, consideró que lo que había recibido como ayuda era *demasiado violento y no aportaba en nada para ayudar a mi mejor amiga*.

La entrevistada relató que, conocido el embarazo, este se transformó en su problema: su pololo le dijo que no iba a tener otro hijo, pues ya tenía uno siendo adolescente. Ella recurrió a amigas para encontrar el dato. Hoy resiente la situación, su trato antes, durante y después de su aborto.

Califica su paso por el sistema de justicia como extraño: sufrió el maltrato verbal del médico que la examinó en el Servicio Médico Legal a pocas horas de haberse hecho el aborto y de una actuario, y, a su vez, recibió una suerte de protección de una enfermera, que la contuvo durante la pericia forense, y de un gendarme que la cuidó para que estuviera a salvo del resto de los detenidos en el calabozo del tribunal.

En su paso por la justicia estuvo consciente de su condición de privilegio, siendo *rubia, niña de barrio alto, privilegios de ser tratada como una "princesita", pues podía ir al baño de los funcionarios*. El trato privilegiado también se manifestó al inicio, cuando fue detenida por la PDI, pues se le permitió a ella y a su pololo no ser subidos al carro policial y llegar en su propio auto al cuartel de la policía. Sin embargo, recuerda que durante la tramitación de su caso hubo hostigamiento constante de la PDI, cuyos funcionarios la llamaban siempre a su celular, incluso cuando estaba en clases, pidiendo que saliera y amenazando con entrar a buscarla. Describe lo sucedido como una forma de tortura; hoy no resiste la presencia de un policía.

Ella no tuvo prisión preventiva, pero recuerda que otra chica abortante involucrada en el mismo caso estuvo casi tres meses presa.

Su proceso duró más de cinco años, tiempo durante el cual firmó todos los meses. El novio, también investigado inicialmente, zafó, pues una parte del expediente que lo vinculaba *se perdió en el tribunal y no se pudo reconstruir, él me acompañó por unos meses hasta que dejó de ir al tribunal*.

Sus experiencias más traumáticas en el tribunal fueron el careo, es decir, estar cara a cara con el médico para confrontar declaraciones, y la rueda de presos. Esta última es una diligencia de reconocimiento de personas que hayan sido partícipes, en este caso, la asistente del médico. Ella *no recordaba su cara, me presentaron varias mujeres y la actuario me presionó y me gritaba para que reconociera a una*. Hasta el día de hoy no sabe si eligió a un buen defensor.

opción ante un embarazo no deseado. <http://www.chileunido.cl/>

4.5. La evidencia para condenar al médico

Ambas mujeres se sintieron usadas, como un instrumento, para condenar al médico. Así se los expresó la PDI y, en el caso de una de ellas, esto fue reafirmado por la Fiscalía.

La relación de las mujeres con sus abogados defensores no fue buena. Una de las entrevistadas contó que su abogado, luego de tomar el caso y de que ella hubiera pagado parte de los honorarios, le dijo *que él agradecía que su madre no lo hubiera abortado*. Hoy cree que mantuvo al abogado porque se sentía indefensa, *me lo habían recomendado, tenía una reputación de buen profesional y comprometido con la justicia social*.

Durante el transcurso de la investigación, era una abogada que defendía a otra mujer en el mismo proceso quien le informaba de cómo iba la investigación, pese al alto honorario que había pagado por su defensa.⁶⁷ Ella siempre guardó silencio frente a la policía y al fiscal. Sin embargo, su abogado la presionó indebidamente a que entregara información. De hecho, la citó en una ocasión sin decirle que estaría el fiscal presente.

La relación de la otra entrevistada con su defensa fue igualmente problemática. Al final del proceso apenas se hablaban. Cuando estaban en el tribunal, *él me había hecho un comentario sarcástico, que gracias al pago por mi defensa se iba de vacaciones a Europa*.⁶⁸ Posteriormente recurrió a un par de abogadas jóvenes quienes la ayudaron a tramitar un permiso de salida temporal del país por un mes.

Una tercera entrevistada, en provincia, sintió de cerca el efecto de la ley. Había ayudado con dinero a una mujer que fue identificada y castigada penalmente. La condenada guardó silencio sobre la colaboración de la entrevistada, pero el médico que realizó el procedimiento fue condenado. La entrevistada dice que *si ella hubiera hablado había que asumir no más*. En el marco de esta investigación, contactamos a otras mujeres imputadas por aborto, que declinaron la entrevista.

Cuatro entrevistadas señalan que, pese a no haber sufrido consecuencias legales, tener que actuar clandestinamente durante todo el proceso del aborto las hizo sentir que estaban haciendo algo malo y condenable. Más de una entrevistada dijo *sentirse como tratando con un dealer al comprar el misoprostol en la calle o en el metro*, los vendedores o vendedoras parecían nerviosos y viendo en todas partes *un rati*. Todas refieren que la ilegalidad y clandestinidad del aborto genera mucho estrés e incluso angustia.

67 La mujer pagó un millón y medio de pesos por el aborto, y luego dos millones y medio por su defensa. Para pagar ambos debió pedir un préstamo.

68 La madre de la entrevistada consiguió el dinero y pagó más de dos millones.

4.6. La confidencialidad

Las entrevistas a ocho profesionales de la salud, tanto de Santiago como de provincias, muestran la problemática relación entre el tratamiento a una mujer en la sala de urgencia por un aborto complicado y el secreto profesional. Uno de ellos habla de la incómoda situación en que los sitúa la ley.

Este profesional, que lleva cerca de 40 años en el servicio público de salud, señala que la ley los deja en una situación difícil: *cuando llegan con los signos de la sonda o restos de misoprostol, no es posible desentenderse de la denuncia*. Se desprende del relato de este entrevistado y las experiencias de algunas entrevistadas, que los profesionales de la salud, cuando atienden una urgencia por un aborto y no es evidente que sea provocado, prefieren no saber lo que pasó. No obstante, en varios relatos, las entrevistadas refieren cómo fueron interrogadas por médicos o matronas sobre si hubo alguna práctica abortiva.

Un entrevistado, profesional de la salud, observó que algunos de sus colegas están más preocupados de qué hacer para que la mujer hable que de dar un trato humanizado a la paciente. La intervención clínica *está destinada a obtener información sobre el aborto y luego cuentan casi como chimuchina del día a la hora del café o en el pasillo cuánto les costó que hablara*. El profesional se refiere a la situación de desamparo y vulnerabilidad en que se encuentra la mujer cuando la interrogan. El interrogatorio en términos duros e insistentes *produce una especie de empequeñecimiento de la mujer en la cama mientras su rostro se transforma por el miedo*.

La existencia de una disposición legal que requiere denuncia provoca graves problemas en la atención de salud, pues la preocupación no se centra en las necesidades de la mujer sino en la responsabilidad administrativa por la no realización de la denuncia, como refleja la anterior entrevista. A ello se suma una situación jerárquica entre profesionales, en que el orden del médico/a de denunciar no se cuestiona: *en lo técnico, el tratamiento y el trato carecen de humanización ya que los profesionales se distancian de la persona a quien hay que cuidar*. El trato inquisidor y duro también se dirige hacia los familiares o personas que acompañan a la mujer en la sala de espera, quienes, muchas veces, carecen de toda información de lo sucedido.

Como aprecia este profesional, no hay una atención integral, pues la denuncia lo distorsiona todo. Esto provoca que no exista posibilidad de reparar el daño, de que la mujer confíe en un profesional y de prevenir futuros abortos, pues la relación médico/paciente queda dañada con consecuencias no previsibles.

Una entrevistada tuvo que acudir a un hospital en provincia al día siguiente de realizarse un aborto con misoprostol, porque tenía fiebre y excesivo sangramiento. Recuerda que le pusieron anestesia y le hicie-

ron un legrado. Mientras despertaba de la anestesia la matrona le preguntó si había usado misoprostol. Le dijo que, por motivos médicos, necesitaba saberlo. Ella cree que su intención era denunciarla porque sospechó que el aborto era inducido. La entrevistada agradece que, pese a estar mareada y confundida, no habló. Relata que le impactó la falta de humanidad de parte de la matrona.

Otra entrevistada, quien ingresó por una infección al Hospital Juan Noé de Arica, cree que no fue denunciada porque las personas que la atendieron eran conocidas de una de sus tías. Pese a ello, el trato fue duro. Otra mujer, enfermera, quien llegó a una clínica privada para hacerse una ecografía post aborto, sospecha que quienes la atendieron se dieron cuenta del aborto, pero, por su condición de enfermera y porque su marido es médico, no le hicieron preguntas al respecto. En la medida en que tenía conocimientos previos, ella dice que la experiencia le hizo reflexionar acerca de lo que significaría para otras personas exponerse a una situación médica y que no le expliquen nada.

Una entrevistada dijo: *siempre pensé en las consecuencias legales y claro que temí ir a la cárcel o al hospital y que me hirieran. He tenido experiencias muy cercanas de amigas que han sido violentadas por médicos y enfermeras tanto física como psicológicamente.*

Algunos de los profesionales entrevistados están conscientes del rol que les toca cumplir para acoger a una abortante en la urgencia médica. Sin embargo, llama la atención que no conocieran el instructivo sobre tratamiento humanizado a la mujer que aborta del Ministerio de Salud.⁶⁹

Dos de las entrevistadas, matronas, señalan que, en general, su gremio es conservador, que las matronas prefieren denunciar cuando sospechan un aborto voluntario. Otra profesional de salud, quien había trabajado en un centro de salud universitario, dejó de hacerlo, entre otras razones, porque hablar de los abortos de las estudiantes era un tema tabú y no había apoyo ni compromiso profesional con las estudiantes que atendían.

La posibilidad de denuncia es un miedo cierto para las mujeres. El relato de una de ellas ejemplifica la situación en que se encuentran. La entrevistada le contó acerca del aborto a su psiquiatra, en el contexto de una sesión de consulta. Este le dijo que había cometido un delito y que podía denunciarla. La mujer se retiró de la consulta y nunca más volvió. Como dijo otra, *el médico y la matrona pasan a ser posibles acusadores, entonces da susto, no es la imagen de médico salvador. Cuesta encontrar alguien sin juicios valóricos.*

Algunas entrevistadas con complicaciones o que sabían que debían hacerse una ecografía para asegurar que todo estaba bien post aborto,

69 Ministerio de Salud, Ordinario A15/1675, 24 de abril de 2009.

postergaron acudir a un médico por temor a ser descubiertas. Un relato refleja el aprovechamiento de la situación de algunas personas y la experiencia de verse acogida: *me asusté porque creía que no había abortado porque sangré muy poco como imaginaba. Fui a un doctor que atendía en una consulta privada y en un hospital. Fui al hospital y me confirmó que no estaba embarazada, pero me aconsejó hacerme un raspaje por lo cual me cobraría. Me alteré mucho, llevaba 3 meses muy malos. Fui a una clínica, le pedí a la secretaria que me recomendara un médico joven, abierto de mente y simpático. A él le conté todo. Me dijo que no estaba a favor del aborto, me entendía y que no me preocupara porque todo estaba bien y no necesitaba un raspaje, sin secuela ni nada. Él me dijo que ahora iba a poder dormir, porque llevaba días sin dormir. Lloré con él. Estaba muy sola, haciendo algo con mi cuerpo, sintiéndome decadente, no cuidándome, etc.*

4.7. Soledad, silencio y desamparo

El silencio y la soledad están presentes en los relatos de muchas mujeres. En algunos casos el silencio es impuesto por sus familias mediante la frase, repetida por dos mujeres de entornos muy católicos: *de esto [el aborto] no se habla nunca más*. Es un mensaje de castigo al olvido, como dijo una, *por haberse quedado embarazada*, incluso cuando la decisión del aborto fue impuesta por la madre y no fue tomada por la mujer. El aborto resuelve un problema, el embarazo que daña la reputación familiar: *mi mamá me llevó a escondidas de mi papá, y lo supe después, los motivos eran la vergüenza, ella es "del qué dirán" y yo accedí para que no pasaran vergüenza... todo fue impuesto: la sexualidad impuesta, el aborto impuesto y luego el silencio*. En otro relato, la condena al silencio fue impuesta para mantener en reserva la persecución penal que sobrevino al aborto y no dañar la reputación familiar. Pese al tiempo transcurrido, 20 y 10 años respectivamente, ambas mujeres no han vuelto a hablar del aborto con sus respectivas madres.

Otra entrevistada refirió que su madre *se dio cuenta de estaba embarazada. Mi mamá me enfrentó y no pude negarlo. Me dio el dinero que faltaba y otro dato para hacerme el aborto con una persona de su confianza y después de eso nunca más me preguntó nada*.

Hay silencios que implican un sobreentendido del aborto. Una entrevistada que abortó en provincia tuvo complicaciones debido a una infección y acudió a un hospital. En la urgencia la recibió su primer ginecólogo y le dijo *"revisé tu ficha y estás embarazada"*, y *ahí mi mamá le dijo "no, ya no está embarazada"* y *vino el silencio*. Nuestra entrevistada se acuerda de los silencios, *ese "ah..." tan cargado de cosas*. La mamá le prohibió volver a hablar del tema y recuerda haber llorado mucho, no haber tenido nadie que la abrazara, ni que le dijera que iba a pasar.

Se sentía como un perrito.

El silencio producto de la ilegalidad impide tomar medidas respecto del abuso o maltrato que se impone a las mujeres, como, por ejemplo, el de los médicos que hacen el aborto. En dos casos, les exigieron silencio y que no lloraran mientras estaban en la camilla, pues, según les dijeron, habían asumido voluntariamente el riesgo del embarazo. En otro caso, el médico reclamó que faltaban 10 mil pesos y amenazó con no realizar el aborto. Una mujer cuenta que su aborto fue sin anestesia y que se desmayó tres veces por el dolor. El doctor le dijo que, si se desmayaba nuevamente, no le iba a realizar el aborto.

El sentimiento de soledad de una entrevistada le provocó gran sufrimiento. Cuando se le comenzaban a pasar los dolores, lloró por mucho rato porque se sentía muy sola. No quiso compartirlo con nadie, tenía 5 hermanas que podrían haberla acompañado o cuidado, pero no quiso *manchar su imagen ni que le hicieran sentir que había fallado*. Han pasado 9 años desde que abortó y la entrevista constituye la primera vez que habla del tema.

4.8. El aborto, la pareja y los otros

Las experiencias de las entrevistadas dan cuenta de historias de apoyo o rechazo de las parejas, la familia y los amigos.

Una entrevistada agradece el apoyo familiar, el de su pareja y amigo, que alivió la angustia causada por tener que actuar de manera clandestina. Ella recuerda que, en los días posteriores al aborto, tuvo un control en la misma clínica donde se lo había hecho. Fue con su pareja y ahí vio a una chica de su edad quien estaba con su mamá y lloraba desconsoladamente. *Me acuerdo de la sensación de querer hablarle, de decirle que pasé por lo mismo y que ahora me siento súper bien*. Se acuerda la impresión que le causó el llanto porque el de ella había sido apoyado, *más contenido y eso marca una gran diferencia*.

Un relato describe cómo la decisión de abortar fue discutida por toda la familia: *se convocó a una especie de comité familiar, con mi padre, madre y sus parejas, y me presionaron mucho para que no lo tuviera, me dijeron que me quitarían todo apoyo económico*. La entrevistada lo pensó, lloró. Su pareja no era muy estable. Hoy agradece la presión que recibió, porque no se sentía preparada para arreglárselas sola.

Una mujer acompañó y apoyó a su hija de 16 años que decidió abortar. No le contaron al padre de la niña porque es muy conservador y machista; hasta el día de hoy es un secreto entre las dos. Ella pagó a un médico en una clínica 2 millones de pesos que consiguió con un amigo a quien le pidió un préstamo. Ella había quedado embarazada a los 17 años y no tuvo los medios para abortar. Se casó y

nunca fue feliz. Por eso, no dudó en apoyar a su hija cuando ella le pidió ayuda y enfatizarle que no tenía responsabilidad. Hoy ayuda a mujeres que quieren abortar, siente que es fundamental ser solidaria en estos casos. Otras dos mujeres no le contaron ni buscaron apoyo en sus madres, ya que estas deseaban ser abuelas. Una de las entrevistadas simuló un aborto espontáneo: *yo era la última esperanza de mi mamá, tengo un hermano solterón, otro gay y yo tengo 34 años.*

En otro caso, una mujer que esperaba apoyo fue reprendida por un médico amigo al que le comentó que quería abortar. Este la trató de asesina.

La pareja

La relación de los hombres con el embarazo no previsto es problemática. Como dijo una matrona, para ellos *tener una guagua no planificada es un tremendo problema, por eso muchas veces arrancan o no se ponen con el dinero para el aborto.* Esa es la situación en que se encontraron algunas entrevistadas. Una de ellas señaló que los hombres no manejan muy bien la situación, *el secreto, el miedo, la clandestinidad, ellos no lo entienden. Solo entienden que no quieren ser padres o que no pueden, pero no sienten el miedo que tiene una de la condena social, que pase algo físico, si se pueden o no tener hijos después de la intervención.*

Una entrevistada quedó embarazada de un amigo con ventajas, porque le falló el método anticonceptivo. Él la apoyó durante la etapa de decisión, pero al momento de abortar *desapareció, no me fue a ver ni nada, días después solo mandó a una amiga en común para preguntarme cómo estaba.* Recuerda que realizó todo el proceso sola: *fue muy triste, de llantos ininterrumpidos.* Mucho tiempo después, él le dijo que se había querido alejar para que ella se diera cuenta que la decisión de abortar era correcta *porque él no iba a estar ahí si decidía tener la guagua.*

Una joven de 19 años cuenta que abortó hace un año. La pareja pasajera apoyó la idea de buscar una solución, pero nunca económicamente: *quedó en depositarme la plata y no lo hizo. Me habría gustado reprocharle en algún momento su irresponsabilidad. No lo quería como pareja, pero sentí que también lo salvé de ser padre sin desearlo y él no me dio ni las gracias ni me pasó plata tampoco.*

Otra mujer refiere cómo su pareja, por su ambivalencia respecto de la decisión de abortar, *había pensado darle algo en el café para que abortara o tirarla por la escalera.*

Otros hombres, por el contrario, deseaban ser padres: *mi pareja estaba muy en contra. Él y su familia querían denunciarme, me ofrecieron tener la guagua y que se harían cargo.*

Es el caso de otra mujer, quien tenía una guagua de ocho meses cuando quedó embarazada, pese al uso de métodos anticonceptivos, de una nueva pareja: *era una relación bonita, pero no para tener un hijo. Le conté de mi decisión no sé porqué. Él me reprochó que había tenido guagua con un alcoholico y que no estaba dispuesta a tener uno con él. Desapareció de mi vida, fue triste... pero mantengo que la decisión fue acertada.*

Otros, por el contrario, apoyaron, tomaron la decisión conjunta o respetando y apoyando la decisión de la mujer. Una relata que *fue importante al tomar la decisión que mi pareja me dijera que me apoyaba y no me dejara todo el peso. Pese a que sabía que habría abortado igual, el sentir que la responsabilidad de la decisión era de ambos fue muy tranquilizador.*

4.9. El acceso a recursos económicos. La solidaridad

Los relatos dan cuenta de las fuertes cadenas de solidaridad que se generan entre mujeres. Treinta y dos de 41 entrevistadas, luego su experiencia, ayudan a otras mujeres: dando datos o consejos, incluso pidiendo a familiares comprar el misoprostol en otros países para ayudar a quien lo necesita. Una entrevistada aprendió a poner inyecciones para ayudar a abortar con prostaglandina: *lo hago gratis y me quedo todo un día y noche con las mujeres, ya que el medicamento provoca no solo el sangramiento y dolor del útero sino también una descomposición total del cuerpo con diarreas muy fuertes, mareos y vómitos.* Otra nos dijo que *si fuera millonaria tendría un fondo de viajes para que las mujeres pudieran salir del país.*

La experiencia de solidaridad con los amigos y amigas es importante por el apoyo afectivo y también económico, aun cuando alguno no esté de acuerdo con la decisión. Algunos amigos ayudan a juntar el dinero para el aborto cuando no lo hay. Una mujer universitaria cuenta que quedó embarazada de una relación pasajera porque se rompió el preservativo y falló la píldora del día después. Recuerda que fue una experiencia bonita que ella luego quiso replicar con amigas, ya que la solidaridad que vivió fue fundamental en su proceso, pues la persona con quien se quedó embarazada no estaba de acuerdo con su decisión y no aportaría dinero para ello.

4.10. El aborto por indicación médica: El efecto inhibitorio de la ley

La ilegalidad del aborto en todas sus formas ha provocado que algunos en la profesión médica caminen entre los intersticios de la ley, lo que queda de manifiesto en las entrevistas. El manejo de los embarazos de fetos inviables implica en muchos casos ambivalencias, discrecio-

nalidad y trato cruel hacia las mujeres. Un entrevistado señala que se puede determinar tempranamente la situación de los fetos con severas malformaciones y que la ausencia de una ley no les permite terminar con esas gestaciones.

Todos reconocen que la noticia de gestar un malformado es muy dura para las mujeres; como dice un entrevistado, algunas solicitan *que le saquen el feto*. Una matrona de un servicio público de salud de un sector de muy bajos recursos les dice a sus pacientes que es injusto porque en otro país se podría ofrecer la posibilidad de abortar, aun así ellas le *contestan que nunca lo harían*. Ella observa que el aborto *está tan penalizado en el inconsciente de las mujeres que ni se cuestionan la obligación de la continuación del embarazo*.

Cuando se mantiene la gestación hasta el término del embarazo, la situación se torna cruel para las mujeres, pues no reciben, en rigor, ningún apoyo emocional, ya que la prioridad de los equipos está puesta en los malformados que sobrevivirán. En esos casos las gestantes debieran ser derivadas a equipos especializados en preparar a la mujer y la familia. Pero las gestantes de malformados inviábiles quedan en el desamparo, tal como lo afirmó un entrevistado.

Una matrona, con 34 años de oficio en el sistema público de salud, tiene experiencia personal de *al menos 12 o 14 casos de malformados*. Destaca que resulta paradójico que reciban derivaciones de consultas privadas, cuando los médicos no quieren asumir el acompañamiento de las gestantes por el resto del embarazo. *El embarazo del malformado resulta estresante para el equipo, ya que las matronas no tenemos las herramientas para enfrentarlo y no involucrarnos afectivamente con las mujeres*.

Los equipos responden de distinta manera frente a la decisión de interrumpir o no la gestación. La definición médica de aborto está situada en las 22 semanas, de acuerdo a la OMS, por lo cual entienden que hacer maniobras médicas para detener la gestación después de ese límite es un parto prematuro. Dos entrevistados en Santiago hablan de diferencias de criterio. Una matrona señaló: *trabajo con un médico que tiene una postura contraria a toda forma de aborto, pero después de las 24 semanas induce el parto con misoprostol en caso de malformados. Hace poco indujeron un parto a una joven de 19 años en la semana 26*. Otro entrevistado dijo que *adelantar el parto* era una decisión arbitraria, practicada por algunos y rechazada por otros. Un tercer entrevistado, que trabaja en servicios públicos rurales y urbanos de provincia, declaró no haber visto el adelantamiento del parto. A su juicio, a ello se suma la falta de apoyo y contención para las mujeres y sus familias.

Una psiquiatra entrevistada atendió a una mujer que tuvo el diagnóstico de feto inviábil: *quería realizarse un aborto terapéutico, no se le permitió, la mujer decidió dar la lucha pública y su hijo nació muy*

enfermo hasta que finalmente murió. Ella recibió escaso apoyo de las autoridades, la situación que tuvo que vivir fue a costa de ella y su familia. La doctora señala que se trató de una situación traumatizante y reiteradamente retraumatizante.

Un médico que orienta sobre la realización de abortos con misoprostol ha atendido a dos mujeres provenientes de estratos altos, quienes, paradójicamente, no eran partidarias del aborto. Ambas consultaron por el uso de misoprostol porque gestaban malformados no viables: un anencéfalo y un feto con malformaciones cromosómicas severas e inviabilidad fetal. Llegaron acompañadas por sus madres y una, además, por su marido. Por la edad gestacional, el entrevistado consideró que no era seguro usar el misoprostol, por lo que fueron derivadas una a Brasil y la otra a Colombia. Otro entrevistado recuerda haber atendido en su práctica en una clínica privada a una paciente a la cual, ante su pregunta por la continuación de un embarazo de un malformado, derivó a Argentina.

Una sicóloga entrevistada relató la situación de un paciente de 50 años y su mujer de 38 o 39 años. Ella quedó embarazada después de mucho tiempo intentándolo y le informaron que tenía una malformación severa, sin viabilidad. *La señora de mi paciente sentía que seguir el embarazo era una tortura. Unos amigos le regalaron un pasaje a Cuba para hacerse el aborto. Ahí la experiencia fue súper buena, los atendieron súper. Ellos no le contaron a nadie porque tenían mucho miedo de que la familia opinara o la gente se metiera. Fue una experiencia súper traumática, pero hubiera sido más si hubieran seguido con el embarazo. Si bien es un duelo, lo es mucho más si se alarga 9 meses.*

Una entrevistada quedó embarazada en 1990, meses después que el aborto terapéutico fuera penalizado. Ella relata: *tenía tres hijos y mi marido estaba muriendo de cáncer. Desde el principio del embarazo, los médicos me informaron que el feto era inviable, que si llegaba a nacer vivo iba a ser un vegetal. Tuve síntomas de aborto durante 5 meses y medio con hemorragias permanentes. Los doctores también me informaron que me estaba muriendo por falta de sangre, sentía que cada vez tenía menos fuerza. Lo único que me ofrecían era esperar hasta los 6 meses para poder adelantar el parto, pero era incierto que pudiera seguir viva, tuve la angustia permanente de pensar que iba a dejar a mis tres hijos huérfanos. El último mes estuve hospitalizada, y un médico me preguntó si pudiera abortar lo haría, a lo cual contesté que sí. El médico se fue, entró una matrona, me examinó y luego sentí que se había roto la bolsa.* La entrevistada cree que la matrona hizo “algo” durante el examen de tal manera que se produjera “la pérdida”.

La ausencia de legislación que permita el aborto, a juicio de los profesionales, los ha atado de manos. Uno de los entrevistados aún recuerda el caso de la muerte de una adolescente en su servicio. Ella

gestaba un anencéfalo. Esperaron que el parto fuera vaginal. Este no se produjo y le hicieron una cesárea tardía, que terminó en su muerte.

Además de los malformados, los equipos de salud deben enfrentar los embarazos por violación. Para uno de nuestros entrevistados, en estos casos, la capacidad de intervenir y ayudar es limitada. Recuerda el caso de una joven con retraso mental violada por un pariente: *ella llegó embarazada al consultorio. La familia no denunció porque el perpetrador era el tío. Pese a no estar impedida cognitivamente, no se comunicaba. Se habló con ella de la adopción, pero el diálogo con la adolescente era infructuoso; mostraba signos de abuso. La familia no quiso la adopción y desarrolló la estrategia de que el perpetrador se hiciera cargo económicamente de la guagua.*

Otra entrevistada, psicóloga, del equipo de bienestar estudiantil de una universidad, relató que atendió a una alumna de 19 años de muy bajos recursos que había sido violada: *quedó embarazada y decidió abortar porque sentía que estaba engendrando al hijo de un monstruo. Se demoró tres meses en conseguir el dato y el dinero, gestionó todo sola y se realizó el aborto con pastillas. Al abortar vio al feto, lo que la afectó mucho.*

La inexistencia de una ley de aborto para estos casos no solo es cruel con la mujer sino inhumana respecto del feto. Así lo dice un médico, quien señala que el tratamiento con radiación a una mujer con cáncer no mata al feto en forma inmediata, lo hace lentamente, de una forma que carece de humanidad. En respuesta a esto, algunos esperarían el término de la gestación para irradiar, pero eso significa pérdida de tiempo necesario para asegurar la salud de la mujer.

4.11. Los contextos de la decisión del aborto

Las entrevistas dan cuenta de los contextos en que se vivencia el deseo o el rechazo de la maternidad. Este último se produce por múltiples causas: ya sea porque la maternidad no es un proyecto de vida o porque no es oportuna, porque el embarazo fue producto de una violación, porque sus parejas son violentas y no quieren tener hijos con ellos, porque gestan malformados o los gestarán por los medicamentos que toman, porque los hombres optan por no asumir la paternidad y no quieren tenerlo solas, o porque—siendo madres— ya no desean otro hijo. En tres relatos aparece la decisión del aborto en el momento de quiebre con sus parejas.

Una relató que el embarazo no era para ese momento de su vida: *el doctor me hizo escuchar los latidos. Después de la eco empecé a crear un lazo, físicamente además tenía síntomas así que era raro, le hablaba a la guagua, le decía que no era nada personal sino que no era el minuto, que mejor se devolviera y buscara otra persona, le hablaba, le*

decía el murcielaгүйto.

El embarazo por falla del anticonceptivo aparece una y otra vez en los relatos, tal como la rotura del condón o el mal uso de este, y también el descuido. Es igualmente frecuente que, ante la falla del condón o el descuido de una relación sexual sin protección, las mujeres hayan usado la anticoncepción de emergencia. Algunas aún están enojadas consigo mismas por haberse expuesto al riesgo del embarazo y lo consideran como una señal de ausencia de autocuidado.

Una mujer con múltiples abortos tenía indicación médica de no tomar anticonceptivos orales. Intentó con un dispositivo intrauterino, pero, como ella dice, *terminó en una infección*. Usa en forma combinada Billings y condón, pero sabe que, al no ser disciplinada, puede quedarse embarazada. Su último aborto ocurrió 8 meses antes de la entrevista. Ella tiene dos hijos.

Otra mujer, usuaria del sistema público de salud, quedó embarazada tres veces tomando anticonceptivos orales: tuvo un aborto clandestino y luego dos abortos espontáneos, uno de ellos retenido. En el consultorio finalmente le cambiaron las pastillas. Otra había usado un dispositivo intrauterino: *me hizo pésimo, me lo sacaron, pero en el consultorio no me dieron nada*.

Varias mujeres de estratos económicos bajos, hoy estudiantes universitarias, se refirieron a la importancia de la legalización del aborto para mujeres de poblaciones y sectores populares. Una de ellas señaló que: *entre mis amigas de adolescencia, los hijos se tienen, no se cuestionan incluso, y recuerdo a una compañera de liceo que tuvo un hijo producto de la violación de su padre*. La maternidad termina las proyecciones y el mundo parece acabarse. Una de ellas decía que la maternidad en sectores populares es una de las razones por las cuales *las mujeres se quedan en relaciones violentas y altamente tóxicas*.

Otra reflexiona acerca de la importancia de haber roto la cadena de embarazos no deseados en su familia, ya que, como dice, *ocurrieron porque ocurrieron. El “quedé embarazada” posiciona a la mujer como víctima. Las mujeres dicen “mi vida se estancó, dejé de hacer cosas”, entonces la maternidad ahí se asume como de una mujer abnegada donde su lugar de mujer ha sido desplazado por el de madre. Vivir el aborto me hizo darme cuenta de que, cuando sea madre, si es que lo sea, será porque lo decida, no porque la vida me condene*.

Una entrevistada dijo: *es relevante la posición subjetiva de la mujer, sentir que una pueda decidir en algún punto, que hay un nivel de determinación sobre tu vida, lo que quieres de tu futuro, lo que quieres para ti y además lo que quieras esperar para tu hijo, cómo te gustaría ser madre. Eso está súper cruzado por las biografías de cada uno. Otra señala: mi tía era matrona y me decía “qué buena noticia, ahora vas a ser mamá” y lo único que quería era sacarme eso o morirme. Como no*

estaba haciendo nada con mi vida, sabía que si tenía guagua nunca iba a poder armarla.

El ser madres es una condición que determina a varias a no tener más hijos. Así lo dicen dos entrevistadas que trabajaban y estudiaban teniendo un hijo pequeño y sin los recursos económicos adecuados. La maternidad deseada marca los relatos: *no creo en la vida por la vida y en la vida porque sí, así funcionan otros animales. Pero, si los seres humanos tienen consciencia, uno tiene que tener la opción de elegir si quiere hacerse cargo de guiar a otro ser humano y un niño debe ser muy deseado, muy querido, gran parte de la desgracia de la humanidad es por los hijos obligados. Un hijo tiene que ser deseado... en ese minuto no lo deseaba y mi pareja menos, no tenía ninguna capacidad [de tenerlo]. Estaba en una situación demasiado disfuncional como para tener un hijo. No tenía como mantenerlo tampoco, era una situación donde no había muchas opciones. No tenía tampoco una pareja que me apoyara, él me decía que no quería tener hijos y a mí también me importaba mi carrera, un hijo significaba perderla.*

Pese al miedo a morir, todas señalan que la decisión de la interrupción de un embarazo es contextual: es ante situaciones concretas que una mujer decide si continuar o no con un embarazo. Incluso aquellas que fueron obligadas a abortar, o que sienten que sus decisiones no estuvieron exentas de presiones, creen que las mujeres deben decidir.

5. LOS DERECHOS VULNERADOS

Las entrevistas y los datos estadísticos informan de una realidad trágica y dolorosa que afecta a muchas mujeres en Chile. Esta realidad no solo las aqueja a ellas, sino que también a sus familias, parejas y al personal de los servicios de salud. Y también infringe gravemente varias garantías de los derechos humanos de las mujeres, las que se pasan a enunciar.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Artavia Murillo con Costa Rica*,⁷⁰ sostiene el derecho inalienable de las personas a decidir si tener o no hijos, cuántos tener y sobre su espaciamiento, es decir, el intervalo entre los nacimientos.⁷¹ Lo anterior constituye el núcleo central de una maternidad voluntaria que respete el derecho a la libertad, autonomía y vida privada de las mujeres.

70 Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

71 *Ibíd.*, párr. 148.

Estos derechos comprenden el derecho a la libertad, autonomía reproductiva y vida privada de las personas.⁷² En efecto, la Corte afirma que “el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva [...]” Tal como agrega, ese derecho se encuentra especificado en la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁷³

5.1. El derecho a la igualdad

La Observación General 28 sobre igualdad entre hombres y mujeres del Comité de Derechos Humanos que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, afirma la autonomía reproductiva de la mujer en relación con su derecho a la privacidad.⁷⁴ Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que se vulnera el derecho a la igualdad de las mujeres cuando están expuestas a situaciones de riesgo que solo ellas experimentan en virtud de la reproducción, tales como la negación al acceso a servicios de salud reproductiva.⁷⁵ La discriminación se produce tanto por los marcos normativos como por las prácticas de los agentes del Estado o particulares.

El aborto es una práctica que solo tiene un impacto en el cuerpo de las mujeres, por lo que tener que someterse a abortos clandestinos y bajo condiciones de riesgo constituye una discriminación de género. Sus cuerpos se convierten en evidencia. Dé allí que la persecución penal no solo surta un efecto diferenciado por género sino también por clase, ya que las más pobres tienen mayor probabilidad de ser detectadas. A su vez, el contexto de ilegalidad incide en el tipo de procedimientos abortivos a los cuales las mujeres se someten, determinados por la información a la cual las mujeres pueden acceder y el precio que pueden pagar.

Además de la clase, hay otros factores que refuerzan la desigualdad, incluso entre mujeres. Por ejemplo, su condición de adultas o adolescentes, su localización en zonas rurales o urbanas, su nivel educativo o capacidades cognitivas.

72 *Ibid.*

73 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24 (La Mujer y la Salud), 02/02/99, párrs. 21 y 31 b).

74 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 28 artículo 3 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones de 2000, párr. 20.

75 CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, OAS/Ser.L/V/II, Washington DC., 2010, párr. 53.

5.2. El derecho a la vida y la integridad física y psíquica

La Corte en la medida provisional a favor de B contra El Salvador, ordenó a ese Estado asegurar la vida y la integridad de una mujer embarazada.⁷⁶ En el caso en cuestión, la víctima, “Beatriz”, padecía un lupus eritematoso discoide⁷⁷ y un compromiso renal producto de la misma enfermedad, que, agravados por el embarazo de un feto anencefálico, constituían una fuente de peligro inminente para su vida, integridad personal y salud. Su única posibilidad, según los facultativos médicos, era la finalización de la gestación. Ella no pudo acceder a esta posibilidad porque en El Salvador ni siquiera está permitido el aborto terapéutico y los tribunales no dieron lugar a su solicitud. La Corte resolvió requerir al Estado “adoptar y garantizar, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en (...) la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiese llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B”⁷⁸.

El caso de B indica los estándares de protección de los derechos humanos de las mujeres para la actuación del Estado. Cuando la vida o la salud de una mujer están en riesgo, se debe asegurar la interrupción del embarazo si la mujer así lo decide.

El aborto y su práctica clandestina puede analizarse desde dos puntos de vista: como una violación, por una parte, del derecho a la vida de las mujeres, en conformidad al artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y, por otra, del derecho a la integridad física y psíquica, usualmente conceptualizado como la prohibición de tratos crueles e inhumanos, según lo dispone el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Como se aprecia de los testimonios recogidos, la ilegalidad del aborto expone a las mujeres a prácticas de alto riesgo. Las muertes o las complicaciones de los abortos por hemorragias, infecciones o pérdida de capacidad de reproductiva que han sufrido algunas mujeres entrevistadas en este estudio, pudieron ser evitables ya que el aborto no significa riesgo de muerte ni de enfermedad cuando se realiza en condiciones de seguridad y licitud.

La clandestinidad provoca también serios problemas en la salud

76 Corte IDH, Medidas Provisionales respecto de El Salvador, Asunto B, op. cit.

77 El lupus eritematoso es una enfermedad del sistema autoinmune; es discoide cuando afecta a nivel cutáneo o a las mucosas.

78 *Ibid.*

mental de las mujeres, que no son atribuibles a la decisión de interrumpir un embarazo sino al ambiente en que el aborto se practica. Ello se produce antes, durante y después ante la incertidumbre de si el método es seguro, si la persona que realiza el procedimiento es confiable, si las drogas que usan no causarán daños y si no tendrán repercusiones en su salud, entre otros aspectos. Además, según varias entrevistas, la ilegalidad impone vivir la experiencia muchas veces en silencio.⁷⁹

Es un deber del Estado asegurar que las mujeres no sean expuestas a estos riesgos.⁸⁰ Tampoco es permisible obligarlas a continuar un embarazo que amenace su derecho a la vida o a la salud.⁸¹

La utilización del misoprostol cambió el contexto de la práctica del aborto en Chile, reduciendo las complicaciones. Sin embargo, su utilización sin la debida orientación médica, en dosis peligrosas y en plazos de gestación no recomendados, amenaza también el derecho a la integridad y la vida de las mujeres.

De la misma forma, se viola el derecho a la integridad cuando las mujeres se someten a prácticas médicas como raspajes por personal de salud sin anestesia o condiciones mínimas de seguridad. Esto constituye un tratamiento cruel e inhumano.

Asimismo, constituye una violación al derecho a la integridad y una discriminación de una mujer cuando se la obliga a proseguir un embarazo producto de una violación, tal como lo ha sostenido el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer.⁸²

5.3. El derecho a no ser sometido a trato cruel, inhumano y degradante

La obligación de mantener un embarazo a sabiendas que el producto del mismo es un malformado incompatible con la vida extra uterina, constituye un trato cruel e inhumano, como ha sostenido el Comité de Derechos Humanos.⁸³ El sufrimiento que se impone a una mujer por la no realización de la interrupción del embarazo que ella solicite, puede ser evitado y no hacerlo es un trato cruel e inhumano. Hay mujeres cuya elección respecto a la gestación del malformado es esperar hasta que muera naturalmente; otras prefieren solicitar el término del embarazo. Estas últimas, dependiendo de sus condiciones económicas, via-

79 Esto aparece señala el documento del Ministerio de Salud sobre pérdidas reproductivas.

80 CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de los derechos humanos, OEA/Ser.L./VII.Doc.61, 22 de noviembre de 2011.

81 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos a Chile, CCPR/C/CHL/CO/5 18 de mayo de 2007, párr. 8; Conclusiones y Recomendaciones del Comité de DESC, Chile, U.N. Doc. E/C.12/1/Add.105 (2004), párrs. 26 y 53.

82 ONU, CEDAW, Observaciones finales, CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 35 d), 24 de octubre de 2012.

83 ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación K.L. v. Perú, 22 de noviembre de 2005.

jan fuera de Chile a realizarse la interrupción del embarazo, derivadas por sus ginecólogos o habiendo sido asesoradas para ello. En cambio, las mujeres atendidas en los centros públicos de salud están expuestas a la discrecionalidad del personal médico para proseguir con el embarazo o interrumpirlo a partir de la semana 22 de la gestación.

Las *Orientaciones técnicas* del Ministerio de Salud no resguardan la integridad física ni psíquica de las mujeres, ya que no recomiendan el adelantamiento del parto. A su vez, el documento insta a evitar el duelo anticipado, es decir, que las mujeres experimenten la pérdida desde el momento del diagnóstico como un mecanismo de defensa problemático, porque no les permitiría hacer el vínculo con el bebé, provocando una situación más compleja si el malformado sobrevive.⁸⁴ Esto constituye además una forma de discriminación por clase y sexo. Qué mujeres de estratos socioeconómicos más altos puedan acceder a servicios médicos privados y se les posibilite adelantar el parto, las sitúa en una posición más ventajosa que aquellas que dependen exclusivamente de los servicios públicos de salud y la discrecionalidad de los equipos médicos. Es una discriminación en base al sexo pues solo las mujeres están en esta situación.

El Comité de Derechos Humanos también ha sostenido que la obligación de proseguir un embarazo producto de una violación a una menor con discapacidad mental vulnera el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre prohibición de someter a tortura, ni penas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁸⁵

El aborto clandestino posibilita el maltrato que proviene tanto de quien realiza el procedimiento como de quienes atienden las eventuales complicaciones. Las mujeres están sometidas a un trato brusco, tanto verbal como físico, cuando acuden a centros de salud para atender las consecuencias del aborto clandestino. cuando se someten a prácticas clandestinas y no se usa anestesia en el raspaje, o se les exige suprimir llanto y soportar dolor sin quejarse. Se las expone a violencia sexual cuando quien realiza el aborto clandestino chantajea exigiendo sexo.

Igualmente, las mujeres puedan experimentar un tratamiento cruel o humillante en su paso por la administración de justicia. Se las expone al maltrato verbal o físico durante exámenes forenses, y el hostigamiento de la policía y de los operadores de justicia.

84 Ministerio de Salud, *Orientaciones técnicas...*, op. cit., p. 50.

85 ONU, Comité de Derechos Humanos, *L.M.R. vs. Argentina*, 22 de abril de 2011, párr. 9.2.

5.4. El derecho a la vida privada: El quiebre de la confidencialidad médica

Los estándares de derechos humanos en materia de confidencialidad de la información médica son claros. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 28 sobre la igualdad de hombres y mujeres, afirma: “cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos”, vulneran el derecho a la vida privada, además de los derechos a la vida e integridad y a no ser sometido a trato cruel, inhumano y degradante.⁸⁶

Al respecto, el Comité contra la Tortura, en sus observaciones al Informe de Chile en 2009, recomendó evitar que las mujeres que concurren a los hospitales por aborto inducido sean sometidas a interrogatorios. El Comité, además, considera que esta práctica constituye un trato cruel, inhumano y degradante.⁸⁷ La Corte IDH, en el caso *De la Cruz-Flores con Perú*, estableció que la información proveniente de la relación médico paciente es privilegiada, no puede ser divulgada por la obligación de denunciar⁸⁸ y, como señaló el juez García Ramírez en su voto razonado, el médico no puede convertirse en el investigador o persecutor. Los médicos, según la Corte, tienen un derecho y un deber de guardar la confidencialidad.⁸⁹ La Corte apoya este argumento en las Observaciones que le hiciera el Comité de Derechos Humanos de la ONU a Chile en 1999 respecto de las mujeres denunciadas en los hospitales públicos.⁹⁰

El Comité de Derechos Humanos y el Comité de la Convención de la Mujer han hecho reiterados llamados de atención a Chile, señalando que la denuncia a las mujeres por parte de los profesionales de la salud constituye, además, una violación al derecho a no autoincriminarse, el derecho a la intimidad y la vida privada.⁹¹ El temor a la denuncia puede impedir que las mujeres acudan a centros de atención médica de urgencia oportunamente; por ello, la CIDH sostiene que es crucial asegurar la confidencialidad médica.⁹²⁻⁹³ En las observaciones al Examen Periódico Universal –EPU– realizado por el Consejo de Derechos

86 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 28, art. 3, op. cit.

87 ONU, Comité Contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile, 14 de junio de 2004, párr. 6, letra j).

88 Corte IDH, *De la Cruz-Flores vs. Perú*, 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*, párr. 100 y nota correspondiente.

91 ONU, CEDAW, Observaciones Finales del Comité de la Convención de la Mujer a Chile, 09/07/99, CEDAW/C/99/L.2, párrs. 28-29.

92 CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de los derechos humanos, op. cit. párr. 38.

93 Por ejemplo, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos a Costa Rica 08/04/99 CCPR/C/79 /Add.107 párr. 11; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos a Ecuador 18/08/98 CCPR/C/79 Add.107 párr. 11;

Humanos de la ONU en 2009, diversos países instaron a Chile a modificar sus leyes sobre aborto. Chile, en sus respuestas al EPU, aceptó todas las recomendaciones que surgieron de este examen, incluyendo aquellas sobre la ley antiterrorista, salvo y expresamente aquellas sobre aborto.⁹⁴

El Ejecutivo adoptó en 2009 una circular para el tratamiento humanizado del aborto que prescribe: “aun cuando el aborto es una conducta ilegal y constitutiva de un tipo penal en la legislación chilena (Art. 342 del Código Penal), no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieran atención médica por un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera el ya citado artículo 15 de la Convención contra la Tortura”.⁹⁵ Esta circular fue posteriormente ratificada en el documento *Orientaciones técnicas para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas* de 2011.⁹⁶ Pese a ello, y como señalamos, entre 2009-2012 más de 210 mujeres atendidas por la Defensoría Penal Pública fueron perseguidas penalmente, siendo probable que la mayoría hayan sido identificadas y denunciadas en los centros asistenciales de salud. Los relatos de algunas de las mujeres y profesionales entrevistados reflejan que persiste una actitud de condena de parte del personal de salud, que implica, en algunos casos, interrogar y denunciar o amenazar con hacerlo. Las instrucciones del Ministerio de Salud son obligatorias; llama la atención que incluso los/as prestadores/as de salud entrevistados/as, especialmente sensibles a este tema, no conocieran de su existencia.

5.5. El derecho al debido proceso

La CIDH señala que la información que una paciente entrega a un médico no puede constituir un elemento de incriminación.⁹⁷ A su vez, la Corte IDH ha formulado que constituye una violación al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable cuando las declaraciones se obtienen sin los resguardos de una defensa⁹⁸ o bajo coacción.⁹⁹ La comunicación médico paciente a través de una interrogación para obtener información sobre un aborto ilegal se convierte en una confesión extrajudicial. Así, el personal de salud contaría con

94 Examen Periódico Universal, Responses to recommendation, Chile, párr. 98, en http://www.upr-info.org/IMG/pdf/Recommendations_to_Chile_2009.pdf

95 Minsal, Ordinario A15/ 1675, 24 de abril de 2009.

96 Minsal, *Orientaciones técnicas...*, op. cit., p 9.

97 CIDH, Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de los derechos humanos, op. cit., párr. 80.

98 Corte IDH, Caso Acosta Calderón contra Ecuador, sentencia del 24 de junio de 2005, párr. 79.

99 Corte IDH, Caso Cantoral Benavides contra Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 132 y 133; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tibi contra Ecuador, sentencia del 7 de septiembre de 2004, párrs. 198-200.

mayores facultades que la policía o los propios persecutores. En algunos casos, podríamos estar ante coacción o un sistema que la facilita.

La investigación de un delito en el marco de un procedimiento judicial se encuentra debidamente reglamentada para asegurar los derechos de las personas. Si los profesionales de la salud obtienen información de forma privilegiada, que va a ser posteriormente utilizada en un proceso judicial, deben exigirse las debidas garantías: por ejemplo, que las pacientes sean informadas de sus derechos, incluyendo el de guardar silencio, de tal forma que sepan que toda información puede ser utilizada en su contra. Sostenemos que un régimen como el anterior desvirtuaría la relación de confianza que debe existir entre un médico y una paciente, afectando el derecho a la salud, por lo que no debe existir la obligación de denunciar. El mero temor a exponerse a una denuncia inhibe a las mujeres a informar sobre las verdaderas causas de las condiciones de salud que las afligen.

La clandestinidad, además, expone a las mujeres a violencia sexual por quienes hacen los abortos y a malas prácticas médicas, que no pueden ser reclamadas judicialmente. De la misma manera, cuando las mujeres se enfrentan al proceso penal, pueden ser víctimas de malos tratos por los operadores de justicia.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La maternidad obligada es una carga que solo soportan las mujeres. Como reflejan las entrevistas realizadas, a veces la maternidad se vive sin apoyos, lo mismo que la decisión antes, durante y después de un aborto. Los relatos de las entrevistadas da cuenta que su decisión obedece a un contexto, a que la maternidad en un momento, con una pareja determinada o en ciertas circunstancias, no calza con su proyecto de vida.

El hecho de que el aborto esté penalizado no implica que no exista. Más aun, posibilita que permanezca oculto y que no se adopten medidas para prevenirlo. Cuando se realiza en la ilegalidad y clandestinidad, se producen o facilitan violaciones concretas a los derechos humanos de las mujeres, tales como la pérdida o el riesgo de pérdida de la vida, ya sea porque el embarazo sitúa a la mujer y su salud en condición de riesgo, o por un aborto inseguro.

La clandestinidad facilita el maltrato, la humillación y el abuso por parte de operadores de justicia, policías y profesionales de la salud. Las mujeres también se ven expuestas a prácticas abusivas de quienes realizan el aborto.

La ilegalidad provoca miedos profundos en quienes se someten a un aborto, pese a lo cual igualmente se practica. El miedo a morir, a

quedar con secuelas graves y a ser descubiertas son los más predominantes en relatos de las mujeres entrevistadas. La hipocresía y doble estándar obligan a callar, exponiendo a daños evitables a las mujeres.

El aborto ilegal y clandestino tiene sexo y clase. El cuerpo de la mujer se transforma en el cuerpo del delito. Por ello, hay más mujeres que hombres sometidos a control penal. La clase determina el tipo de aborto, en función de cuánto dinero se dispone para ello. Las pobres serán más detectadas por el sistema penal porque se someten a prácticas más riesgosas y deben acudir a hospitales públicos por las complicaciones. Las mujeres de menos recursos tienen menor acceso a redes profesionales que les ayuden con información o consejos.

El aborto es un delito principalmente *femenino*. Cuando los hombres son perseguidos criminalmente, suelen serlo por realizar los abortos o por ejercer violencia en contra de una mujer causando la interrupción del embarazo. La edad es también un factor de vulnerabilidad. Lamentablemente, los datos del Ministerio de Salud no entregan la información que permita establecer las consecuencias de la penalización en la salud en mujeres menores de 18 y mayores de 10 años, sobre todo la exposición a violencia sexual.

RECOMENDACIONES

1. Asegurar que el aborto sea despenalizado o, al menos, asegurar que se permita en caso de riesgo de vida o salud, por malformaciones severas del feto y en caso de violación.
2. Se debe promover un debate público centrado en los derechos y necesidades de las mujeres.
3. Se requiere capacitación a los profesionales de la salud acerca de las obligaciones de derechos humanos de las mujeres y su relación con el aborto. En especial, deben ser capacitados sobre el alcance del protocolo sobre tratamiento humanizado del aborto para asegurar la confidencialidad a las pacientes.
4. Promover reformas legislativas a fin de derogar la obligación de denunciar a las mujeres, asegurando la confidencialidad médica.
5. Se debe instar a que los contenidos sobre derechos humanos de las mujeres y salud sexual y reproductiva sean incorporados en las mallas de las facultades de ciencias de la salud.

**DERECHOS HUMANOS
DE LOS MIGRANTES
Y REFUGIADOS.
ANÁLISIS DEL
PROYECTO DE
LEY DE MIGRACIÓN
Y EXTRANJERÍA*¹**

* Helena Olea

¹ Capítulo elaborado con el trabajo de Yusun Hau y la colaboración de Almendra Benavente, así como los aportes y discusiones en torno al proyecto de ley de Víctor Hugo Lagos, Juan Pablo Pino, Oscar Patricio Rojas, Nicolás Torrealba y María Soledad Molina.

SÍNTESIS

La presentación reciente de un proyecto de ley de migración y extranjería ofrece una oportunidad para definir una política migratoria que proteja y garantice los derechos humanos. El presente capítulo aprovecha esta coyuntura para comentar el proyecto presentado por el gobierno a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y considerar desarrollos actuales en esta materia. Este texto recorre el proyecto de ley destacando avances y aciertos, y alertando a la vez sobre normas que repiten o crean fórmulas que vulneran derechos.

PALABRAS CLAVE: Derechos de los inmigrantes y refugiados, Proyecto de ley de migración y extranjería.

INTRODUCCIÓN

El presidente Piñera presentó al Congreso el 20 de mayo de 2013 un proyecto de ley de migración y extranjería.² Durante muchos años, las organizaciones de migrantes, las organizaciones no gubernamentales que trabajan con migrantes e incluso funcionarios de migración, pedían un cambio a la legislación vigente, el Decreto Ley 1094 de 1975 y su Reglamento, el Decreto 597 de 1984. La presentación del proyecto de ley había sido una promesa incumplida del gobierno Bachelet. Desde el segundo semestre de 2011 se anunciaba en la prensa que el ejecutivo estaba trabajando en la materia, lo que finalmente resultó en la presentación de mayo pasado. El capítulo de este año relativo a migrantes y refugiados se concentra en el análisis de dicho proyecto, como un aporte a la discusión no solo legislativa sino también pública sobre esta materia. El proyecto presentado tiene rasgos negativos y positivos que ameritan su debate y análisis, a lo que se busca contribuir con el presente texto.

El proyecto va en la dirección opuesta a la realidad migratoria chilena, ignora la capacidad estatal para autorizar la residencia de extranjeros en el país, desconoce los instrumentos internacionales suscritos por Chile en materia de integración regional y omite varias obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Se intenta importar mecanismos vigentes en Estados con otras dinámicas migratorias y cuerpos consulares muy diferentes, y se mantiene el amplio margen de discrecionalidad del ejecutivo en esta materia. Por otra parte, dentro de los rasgos positivos del proyecto, se encuentra la inclusión de criterios a partir de los cuales las cortes han acogido recursos de amparo preventivo contra órdenes de expulsión, en función de la protección de los derechos de los niños, de la protección de la familia y de la proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta, entre otros.

El presente capítulo realiza una breve descripción del proceso migratorio y de las normas vigentes, para luego entrar a analizar los ele-

2 Mensaje 089-361, Boletín 8970-06.

mentos centrales del proyecto de ley, y ofrecer conclusiones y recomendaciones.

1. LA MIGRACIÓN A CHILE

1.1. Análisis de las cifras

Las cifras de población extranjera residente en Chile no suelen actualizarse con la frecuencia necesaria. Los datos disponibles provienen de fuentes gubernamentales, pero son de 2009. Aunque los resultados del Censo 2012 estén siendo objeto de un profundo cuestionamiento, son una de las pocas fuentes disponibles actualizadas, por lo que es necesario tomarlos en cuenta³ para dimensionar el fenómeno al que se hace referencia. Las estimaciones del Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, DEM) y el Censo 2012 coinciden en señalar que en Chile residen 340.000 personas extranjeras. Las cifras del DEM, extraídas del Censo 2002 y a partir de los registros de permisos de residencia otorgados, estimaban que en 2009 residían 352.344 personas extranjeras, que representarían el 2,08% de la población total.⁴ El Censo 2012 señala que el número de personas extranjeras viviendo en Chile es de 339.536, el 2,1% del total de la población. Es importante recordar que el Censo de 2002 registró a 184.464 extranjeros, el 1,2% de la población. Así, el número de personas extranjeras residiendo en Chile habría aumentado en un 84% en 10 años.⁵ Esta constatación confirma, una vez más, que Chile es un país de destino. A la vez, es necesario considerar que las últimas cifras disponibles indican que hay más de 850.000 chilenos residiendo en el exterior.⁶ Es decir, los saldos migratorios continúan siendo negativos. Por cada extranjero viviendo en Chile, hay tres chilenos residiendo en el exterior. De mantenerse este ritmo de crecimiento de la población extranjera en Chile en los años futuros, la legislación migratoria se aplicará a una población migrante creciente, que podría sobrepasar a las 500.000 personas antes de diez años.

Asimismo, la composición de la población extranjera también ha cambiado de manera importante en los últimos años. En 2002, el 26% de la población era argentina; el 21%, peruana; el 6%, boliviana; y el 5%, ecuatoriana. A su vez, los estimativos del DEM señalaban que, en 2009, la población peruana era el 37,1%, la argentina equivalía al

3 Ver Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Pérfil Migratorio de Chile*, Noviembre 2011, pág. 33.

4 Departamento de Extranjería y Migración (DEM), *Informe Anual 2009* (nota de la autora: este es el último informe disponible en el sitio web del DEM).

5 Sitio web del Censo 2012, resultados publicados en www.censo.cl, procesamiento en http://estudios.anda.cl/recursos/ce.nso_2012.pdf

6 Registro INE-DICOEX 2003-2004

17,2% y la boliviana era el 6,8%, seguidas de la ecuatoriana (5,4%), la colombiana (3,7%) y la española (3,1%), estimándose que otros grupos nacionales significativos provenían de Estados Unidos (2,8%), Brasil (2,7%), Alemania (1,9%) China (1,3%) y otros países (18%).⁷ El Censo 2012 revela que el 30,5% de los extranjeros son peruanos y la población argentina ahora es el 16,8%, seguida de la colombiana con el 8,1%, los bolivianos con el 7,4%, los ecuatorianos con el 4,8% y los brasileros con el 2,9%. Es decir, el 70,5% de los extranjeros en Chile equivaldría a migración regional proveniente de Sudamérica y solamente de seis países. Dentro de la migración extraregional, destacan España y Estados Unidos, cada uno con el 3,3% del total de extranjeros residiendo en el país.⁸

Se observan importantes coincidencias en las cifras presentadas. La composición de la población extranjera revela que los acuerdos regionales de integración, particularmente Mercosur, que incluyen acuerdos en materia de ingreso y residencia, están incidiendo en la conformación de la población, y que, por lo tanto, mantenerlos vigentes y operativos es esencial para que las personas extranjeras puedan permanecer en Chile de manera regular o autorizada.

1.2. Dinámica de la migración

1.2.1. Ingreso

Hay múltiples factores económicos y sociales que explican la migración.⁹ Los buenos resultados económicos y las condiciones de seguridad han hecho de Chile un destino atractivo para personas y familias que buscan las oportunidades y condiciones que no han encontrado en su país de origen. La demanda por mano de obra no calificada y muy calificada, que el mercado laboral nacional no satisface, y los salarios competitivos, son factores relevantes para explicar parte de la migración. Por supuesto, esta también se origina en un entramado de relaciones personales, redes familiares y de connacionales, de modo que la experiencia exitosa de un miembro de la familia, o de amigo o vecino, es seguida por otros. A la vez, otros factores, como la seguridad, la oferta académica y los servicios médicos, atraen cada vez más extranjeros a Chile.

La mayoría de los inmigrantes ingresan de manera autorizada como turistas; muchos vienen con la decisión de inmigrar antes de cruzar la

7 DEM, Informe Anual 2009, op. cit.

8 Sitio web del Censo 2012, resultados publicados en www.censo.cl, procesamiento en http://estudios.anda.cl/recursos/censo_2012.pdf

9 Ver, Douglas S. Massey, Joaquín Arango, Graeme Hugo y otros, "Theories of International Migration: A Review and Appraisal", *Population and Development Review*, Vol. 19, 3, 1993, pp. 431-466.

frontera y otros la toman estando en el país. El ingreso irregular puede originarse en la ejecución de una actividad ilícita como el tráfico de drogas o el transporte de vehículos robados, pero en su gran mayoría se trata de personas rechazadas o rebotadas (expresión que utilizan los inmigrantes) en los puntos de ingreso, y de nacionales de países a quienes se les exige visa consular y no la tienen.¹⁰ Es decir, quienes querían ingresar a Chile de manera autorizada, al no poder hacerlo, acuden al ingreso por un punto no habilitado, de manera clandestina o utilizando documentos falsos o adulterados. En este punto es importante destacar el reciente informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos a partir de una misión a Chacalluta y Colchane, que da cuenta de testimonios de personas que dijeron haber sido rechazadas en función de ser afrodescendientes o porque les exigieron un monto de dinero o bolsa de viaje.¹¹

En el marco del acuerdo transfronterizo Arica-Tacna,¹² a los ciudadanos peruanos se les permite ingresar a la región de Arica con un salvoconducto, cuyo valor es de \$1.100, por siete días. El salvoconducto condiciona su movilidad y el tiempo de estadía, e incluye la prohibición de realizar una actividad remunerada. A un número importante de peruanos que aspira a ingresar como turistas, la Policía de Investigaciones en adelante, PDI les niega el ingreso bajo esa condición migratoria y les ofrece el salvoconducto. Luego de haber ingresado, muchos ciudadanos peruanos infringen este convenio y, los que logran evadir los controles policiales internos, particularmente el de Cuya (entre Arica e Iquique), continúan su proyecto migratorio en Chile.¹³

1.2.2. Residencia autorizada

Actualmente, una vez que una persona extranjera se encuentra en el país y aunque haya ingresado como turista, tiene la posibilidad de solicitar una visa de residencia. Es decir, el turista puede cambiar la condición de residente dentro del país. Además, con alguna frecuencia, las autoridades migratorias flexibilizan la sanción a los infractores del Convenio Arica-Tacna y les permiten regularizar su

10 En esta categoría destaca la situación de los cubanos y dominicanos. A estos últimos les fue impuesto el requisito de visa consular para el ingreso el 1 de septiembre de 2012. Muchos de ellos llegan a Ecuador, que nos les exige visa, y viajan por vía terrestre para ingresar a Chile.

11 Al respecto ver, Instituto Nacional de Derechos Humanos, "Informe Misión de Observación Situación de la Población Migrante Iquique y Colchane, 29 a 31 de mayo de 2013", disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/>

12 Convenio de Tránsito de Personas en la Zona Fronteriza Chileno-Peruana de Arica-Tacna, suscrito en Lima diciembre 13, 1930, Decreto 174 Febrero 20, 1931.

13 Ver, Isabel Berganza y Mauricio Cerna, "Dinámicas migratorias en la frontera Perú-Chile: Arica, Tacna e Iquique", Departamento de la Pastoral de Movilidad Humana de la Conferencia Episcopal Peruana, en alianza con la Oficina de Coordinación del Sector Social de la Compañía de Jesús en el Perú y el Instituto Ética y Desarrollo de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima, 2011.

permanencia, previo pago de una multa. El número de infractores es tan elevado, que las autoridades optan por esta medida por el costo que conlleva sancionar con una orden de expulsión a un número significativo de personas.

Para regularizar su permanencia, las personas extranjeras tienen cuatro opciones de visa: 1) sujeta a contrato, 2) temporaria, 3) estudiantil y 4) permanencia definitiva.

La visa sujeta a contrato se otorga en función de una relación laboral, que se demuestra mediante un contrato suscrito ante notario, que debe contener cuatro cláusulas: de vigencia, de viaje, de seguridad social y de impuestos.¹⁴ Estas cláusulas en la práctica implican que el contrato de trabajo está sujeto a una condición: que se otorgue la visa o un permiso temporario para trabajar; el empleador debe obligarse a pagar al término de la relación laboral el pasaje de regreso al trabajador y a los miembros de su familia; el trabajador deberá cotizar en el régimen previsional chileno; y el trabajador estará sujeto al impuesto a la renta. Sin duda, las dos primeras cláusulas suelen ser una barrera para la contratación de extranjeros, particularmente de aquellos nacionales de Estados que no son vecinos de Chile, en razón del costo que representan en comparación con un trabajador chileno y para aquellos empleadores que necesitan tener certeza sobre la fecha en que el trabajador puede empezar a prestar sus servicios. Con esta visa, el trabajador migratorio se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad porque la terminación de la relación laboral no solo conlleva la pérdida de un empleo, sino también la pérdida de la regularidad migratoria. Esta situación explica que los extranjeros estén dispuestos a aceptar y someterse a condiciones de trabajo que los nacionales no aceptan. El DEM ha desarrollado procedimientos que permiten al trabajador cambiar de empleador y mantener su visa vigente, siempre que presente un finiquito y un nuevo contrato en el lapso de 30 días. A pesar de las dificultades que impone, esta visa es la única alternativa de buena parte de la población migrante recién llegada al país.

Un aspecto polémico de esta visa es que, como parte del proceso para su otorgamiento, o a veces con posterioridad a ello, el DEM solicita a la PDI que verifique la autenticidad del contrato de trabajo. En la práctica, esto suele llevarse a cabo por personal de la PDI que visita el domicilio que aparece en el contrato de trabajo e interroga al empleador o a quien esté presente y a partir de ello, determina la supuesta autenticidad del contrato. En este procedimiento se cometen con frecuencia errores y se rechazan o revocan visas aduciendo supuestas falsedades en el contrato que no existen; a la vez, algunos trabajadores migratorios son engañados al contratar supuestas agencias de empleos,

14 Decreto Ley 1.094 de 1975, arts. 23-26.

entendiendo que serán efectivamente contratados; otros pagan por o consiguen un contrato que entienden no se hará efectivo. En todos estos casos, el DEM rechaza o revoca la visa por contrato falso y dicta una orden de abandono. Recientemente, el Tribunal Constitucional se pronunció a este respecto, en el contexto de un recurso de inaplicabilidad por el rechazo de una visa por “contrato falso”, contemplada en el artículo 64 numeral 2 y 67 del DL 1.094 de 1975.¹⁵ En ese fallo, se dio un empate entre los ministros, por lo que no se pronunciaron sobre los dos artículos mencionados, centrándose en la facultad discrecional del DEM, establecida en el artículo 13 de este decreto.¹⁶

La visa temporaria se otorga por varios motivos, bajo la premisa de que se trata de personas que tienen la vocación de radicarse en el país y que su permanencia en el país es útil o ventajosa.¹⁷ Se solicita en función de una relación de parentesco con un chileno o un residente permanente, en virtud de un título profesional o técnico, como jubilado o inversionista, como religioso, para embarazadas y personas recibiendo tratamiento médico y en aplicación del convenio de residencia de Mercosur. También se otorga a las víctimas de trata,¹⁸ a los solicitantes de asilo¹⁹ y a las mujeres víctimas de violencia.²⁰

La visa de estudiante puede ser solicitada por toda persona mayor o menor de edad que se encuentre matriculada en un establecimiento educacional, desde jardines infantiles hasta universidades e institutos técnicos. Inicialmente fue pensada como la autorización de residencia para estudiantes universitarios, pero razones de política pública llevaron al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud y al Ministerio de Interior a ampliar dicha visa para los niños. Ello se debió a la necesidad de que todo menor de edad tenga un RUT, para efecto de la atención en salud, particularmente de su inscripción en un consultorio de atención primaria, y del pago de las subvenciones escolares, y también al reconocimiento de que las consecuencias migratorias de la irregularidad de los padres no debieran afectar a los menores de edad.²¹

15 Tribunal Constitucional, Rol 2273-12, 4 de julio 4 de 2013.

16 DL 1.094, op. cit., art. 13: Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, para las prórogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por este, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el Reglamento.

17 Ibid., arts. 29-33.

18 Ley 20.507, art. 3 numeral 2.

19 Decreto 837 de 2010, art. 32.

20 Ministerio del Interior, Resolución Exenta 80388, 16 de noviembre de 2009, que aprueba el convenio de colaboración y acción conjunta entre el Ministerio del Interior y el Servicio Nacional de la Mujer.

21 Oficio Circular 1179, 28 de enero de 2003 del Jefe del DEM; y Oficio Ordinario A14 N° 3229, 11 de julio de 2008 del Ministerio de Salud.

La visa de residencia permanente o definitiva se otorga a las personas que tuvieron visa sujeta a contrato, temporaria o de estudiante; que han demostrado su intención de permanecer en Chile; y que han cumplido con las condiciones propias de la visa otorgada. Las personas con visa sujeta a contrato deben trabajar durante 24 meses seguidos, excepto cambios de empleador. El requisito más difícil suele estar vinculado con demostrar continuidad en las relaciones laborales durante ese plazo, pese a que se permite el cambio de empleador, y se le exige la presentación de un certificado de imposiciones completo. Las personas con residencia temporaria deben demostrar que desarrollaron la actividad económica o personal bajo la cual solicitaron la visa durante un año. Los estudiantes deben culminar satisfactoriamente sus estudios y obtener el título respectivo. En todos estos casos, las personas no deben cometer delitos durante su permanencia en el país porque de hacerlo el DEM revoca o rechaza la visa que tengan y dicta una orden de abandono.

1.2.3. Rechazo y revocación de visas y prohibiciones de ingreso

Las normas vigentes establecen criterios para impedir el ingreso, rechazar una solicitud de visa y revocar una visa, fundados en diversas razones de política pública. En el marco de la amplia discrecionalidad otorgada al DEM en la legislación vigente, los criterios se dividen entre situaciones en las que se debe y otras en las que se puede prohibir el ingreso,²² rechazar una visa²³ y revocar una visa.²⁴ En su actuación administrativa, el DEM omite considerar argumentos relativos a ponderar la falta cometida con la sanción impuesta o el impacto que la expulsión tendrá en la violación de otros derechos como la protección de la familia o los derechos de otros miembros del grupo familiar, particularmente los derechos de los niños. Por ello, las personas expulsadas y sus familias suelen acudir ante las cortes de justicia mediante recurso de amparo preventivo. La jurisprudencia reciente en esta materia ha señalado de manera clara y reiterada que una adecuada ponderación de los derechos afectados con la expulsión de una persona no se circunscribe solamente a ese miembro de la familia, sino que puede afectar a otros, y muchas veces puede llevar a concluir que la revocación o rechazo de una visa y la consiguiente expulsión violan derechos humanos.²⁵

22 DL 1.094, op. cit., art. 15 (deberá prohibir el ingreso) y art. 16 (podrá prohibir el ingreso).

23 *Ibíd.*, art. 63 (deberá rechazar una solicitud de visa) y art. 64 (podrá rechazar una solicitud de visa).

24 *Ibíd.*, art. 65 (deberá revocarse una visa) y art. 66 (podrá revocarse una visa).

25 Solo por nombrar algunos casos, ver: Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol 7018-2012, 14 de septiembre de 2012; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol 2531-2012, 14 de enero de 2013; Corte Suprema, sentencia Rol 981-2011, 14 de febrero de 2011; Corte Suprema,

1.3. Estándares en materia de derechos humanos

Los Estados están obligados a proteger y garantizar los derechos humanos a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, por lo que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a las personas extranjeras, con independencia de su situación migratoria. Es decir, los instrumentos del sistema universal²⁶ y regional²⁷ de derechos humanos se aplican a los migrantes y refugiados, independientemente de su situación migratoria. Es importante destacar que el sistema interamericano incluye dos instrumentos internacionales recientes que tienen una aplicación directa en el caso de los migrantes y refugiados: la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Estos fueron adoptados durante la Asamblea General de la OEA en 2013 y aun no se encuentran vigentes. Chile aún no los firma, a diferencia de otros Estados receptores en la región que sí lo han hecho, dando con ello inicio al proceso interno para su ratificación.

Los órganos de tratados, que supervisan el cumplimiento de las obligaciones establecidas en estos, han desarrollado importantes Opiniones Consultativas y Observaciones Generales que deben considerarse como elementos orientadores de la legislación chilena, de manera que esta sea acorde con los estándares internacionales, y evitar así en el futuro denuncias por violaciones de derechos.

Los estándares relevantes incluyen el desarrollo de normas internacionales, que se han plasmado en los siguientes instrumentos de derecho blando, entre otros:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18.
- Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consu-

sentencia Rol 805-2013, 4 de febrero de 2013.

26 Estos son: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial; Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

27 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; y Convención Interamericana para la Eliminación de todas Las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

lar en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A N^o 16.

- Comité de Derechos Humanos, Observación General 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto (1986).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación General 30, Discriminación contra los no ciudadanos (2004).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observación General 26 sobre las trabajadoras migratorias (2008).

Asimismo, resulta fundamental incluir como parte de los estándares el derecho internacional de los refugiados, plasmado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, la Declaración de Cartagena de 1984, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia.

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

La posibilidad de migrar de manera autorizada no pareciera ser un factor central en la decisión de residir en otro país. La historia y la situación económica y política actual muestran que, a pesar de las barreras y controles físicos en las fronteras y de los requisitos para el ingreso que se establecen en los puntos fronterizos, las personas continúan ingresando a los países a los cuales han decidido migrar. Este es un hecho que se confirma en todo el mundo. Se observa que las razones que desencadenan el proceso migratorio son mucho más fuertes que los controles y las políticas de Estado. Si los migrantes no pueden ingresar a un país de manera autorizada, lo hacen de forma irregular. La evidencia también indica que los mayores controles para el ingreso y permanencia de los extranjeros en un territorio nacional repercuten en el aumento de los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas.²⁸

Todo ello lleva a considerar que la decisión de adoptar una política migratoria debiera generar las condiciones para promover el ingreso autorizado, no solo como una forma de desincentivar los delitos mencionados, sino para que el gobierno disponga de herramientas para cuantificar el fenómeno, controlar las condiciones en que los migrantes se integran a la sociedad local y documentar a las personas, para así garantizar su acceso a los servicios que presta el Estado y los par-

28 Ver David W. Haines y Karen E. Rosenblum, eds., *Illegal Immigration in America: A Reference Handbook*, Westport, CT: Greenwood Press, 1999.

ticulares, elemento central para cumplir su obligación de proteger y garantizar los derechos de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Por supuesto, que la política migratoria debe atraer a, y facilitar el ingreso y la permanencia de, personas que la economía, las artes o las ciencias requieren para su desarrollo, y a su vez contemplar el rechazo de los permisos de residencia y la expulsión de quienes no han cumplido las condiciones de su estadía en el país. Lo cierto es que las políticas migratorias restrictivas no son particularmente efectivas para desincentivar la migración, como lo son las crisis económicas y las condiciones de seguridad y orden público. Las políticas restrictivas suelen aumentar la inmigración irregular, más que frenarla. Por ello, mientras en Chile los indicadores económicos se destaquen como positivos en comparación con otros Estados, la migración será parte de la realidad natural como respuesta a la demanda de mano de obra. Asimismo, las políticas migratorias deben considerar que las personas establecen vínculos familiares y que la decisión de expulsar a una persona de un país donde reside impacta a su núcleo familiar, lo que conlleva la necesidad de ponderar los derechos de todos los afectados.

Para efectos, del presente análisis, se sigue la estructura del proyecto presentado por el ejecutivo, seleccionando los temas que se consideraron más relevantes desde una visión de derechos humanos.

2.1. Definiciones

El proyecto legislativo comienza con un listado de definiciones (artículo 1). Dentro de estas es importante destacar como un rasgo muy positivo la inclusión de convivientes en la definición de dependiente. Esto sería consistente con la referencia explícita a la Ley 20.609 (“Ley Antidiscriminación”), en el artículo 9, que no se agota solamente en las diferencias étnicas, nacionales o de idioma de los migrantes, como señala dicho artículo, sino que debe incluir todos los motivos de discriminación establecidos en el artículo 3 de dicha ley, bajo la definición de discriminación arbitraria. En desarrollo de lo anterior, por ejemplo, se entendería que se incluyen las relaciones de convivencia de parejas del mismo sexo, lo cual no ocurre en la actualidad.

Por otra parte, resulta preocupante que la definición de refugiado (artículo 1) se limite a las personas a quienes se les reconoció dicha condición bajo la Ley 20.430. Esta definición omite considerar a los refugiados reconocidos bajo el DL 1.094 de 1975, dentro de los que se encuentran los peruanos que buscaron protección del régimen de Fujimori en Chile y los grupos de colombianos y palestinos reasentados durante la administración Bachelet, entre otros. Como se describió en el capítulo sobre refugiados en el *Informe 2012*, la transición normativa ha dejado a estos refugiados sin la debida protección en varios

aspectos²⁹ y, por ello, preocupa que una vez más sean excluidos.

2.2. Objetivos

El proyecto de ley enuncia una serie de objetivos, el primero de los cuales es la promoción de derechos (artículo 3). Esto es a todas luces insuficiente, considerando que el Estado no solo tiene la obligación de promover, sino también de proteger y garantizar los derechos humanos, como establece el artículo 5 de la Constitución Política de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios de ellos ratificados por Chile.³⁰ Esta no es una omisión solamente retórica, sino que de contenido, ya que se encuentra en la sección Objetivos, que sirve de principio orientador de la ley, por lo que debe modificarse.

Otro objetivo que merece ser comentado es aquel que se refiere a la integración (artículo 5).³¹ Tal y como está formulado, pareciera ser más bien un llamado a la asimilación, concepto que podría generar discriminaciones y que desconoce el valor y la riqueza cultural que los migrantes aportan. Esta definición debiera revisarse.

2.3. Derechos y obligaciones de los extranjeros

El listado de derechos incluidos en el párrafo II del proyecto de ley es limitado a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Ello es así tanto para los derechos generales como para los específicos de migrantes y refugiados.³² Resulta inexplicable que, a pesar de las recomendaciones formuladas a Chile en el contexto del Examen Periódico Universal (en adelante, EPU) y por los órganos de tratados –baste con mencionar las tres más recientes: del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial,³³ el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW)³⁴ y el Comité de Trabajadores Migratorios (en adelante, CMW),³⁵ esta sección solamente

29 Ver *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2012, capítulo sobre “Refugiados en Chile: Análisis de la Ley 20.430 y su reglamento”.

30 Ver sección 1.3. Estándares en materia de derechos humanos de este capítulo.

31 Que desarrolla de la siguiente manera: “teniendo en consideración las diferencias culturales, con el objeto de promover la incorporación armónica a la realidad social, cultural y económica del país, con el debido respeto a la legislación nacional”.

32 Ver sección 1.3.

33 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12-30 del agosto de 2013), 30 de agosto de 2013, UN Doc. CERD/C/CHL/CO/19-21.

34 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptados por el Comité en su 53º período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012), 12 de noviembre de 2012, UN Doc. CEDAW/C/CHL/CO/5-6.

35 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Fa-

contenga siete derechos y que, además, su contenido esté alejado de las definiciones internacionales.

En el EPU de 2009, Chile fue objeto de recomendaciones referidas a los migrantes en materia de salud y educación.³⁶ El CMW también recomendó expresamente al Estado chileno que el proyecto de ley sobre migración fuera plenamente conforme con la Convención.³⁷ De otra parte, el Comité CEDAW expresamente incluyó a las mujeres migrantes dentro de los grupos desfavorecidos, formulando recomendaciones explícitas en materia de protección y garantía de derechos.³⁸ El Comité contra la Discriminación Racial se refirió a la discriminación contra los extranjeros y la devolución de personas en la frontera norte con fundamento en su condición de afrodescendientes.³⁹

La discusión y aprobación de la ley de migración debiera considerar e incorporar las recomendaciones del EPU y de los órganos de tratados. El legislador debiera abstenerse de redefinir derechos cuyo alcance y contenido han sido ampliamente desarrollados por los órganos de tratados y el sistema interamericano en sus Observaciones Generales, informes temáticos y decisiones en peticiones por violaciones de derechos. Por ejemplo, no debiera ser necesario acudir a una definición del concepto de no discriminación diferente a la adoptada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General 18, que utilizó la Corte IDH en el caso *Atala e Hijas contra Chile*.⁴⁰

Por otra parte, carece de sentido establecer que las personas que se sientan discriminadas podrán interponer las acciones que correspondan (artículo 9 inciso tercero). Si esto ocurre en los puntos de ingreso o en los consulados, no es posible presentar acciones judiciales fuera del territorio nacional. Como se mencionó en la primera parte de este capítulo, la discriminación, particularmente contra personas afrodescendientes, en la admisión a Chile en puntos de ingreso es un tema que debiera ser preocupación del Estado y que no se resuelve solo con un mandato legal de igualdad, sin medidas y acciones concretas de capacitación, control y vigilancia a los funcionarios de la PDI en los puestos fronterizos. Es importante destacar también que se omite considerar las situaciones de discriminación cruzada, es decir, de personas

miliares (CMW), Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Chile, 15o período de sesiones, 23 de septiembre de 2011, UN Doc. CMW/C/CHL/CO/1.

36 Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, 12o período de sesiones, 4 de junio de 2009, UN Doc. A/HRC/12/10, recomendaciones 64 y 84 .

37 CMW, op. cit, párr. 9.

38 CEDAW, op. cit. párrs. 40-43.

39 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial., op. Cit. párrs. 18-19.

40 Ver, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, UN Doc. CCPR/C/37, párr. 6, citado en nota 90; Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.

que son discriminadas por su doble o triple condición de migrante, pertenencia a un grupo étnico o pueblo originario, sexo, o identidad de género, por nombrar solo algunos factores.

La garantía de los derechos laborales, con independencia de la condición migratoria del trabajador, es un rasgo positivo de la legislación chilena, que este proyecto mantiene (artículo 10).

En cambio, en materia de acceso a la salud, resulta preocupante y contrario a las obligaciones internacionales y al derecho constitucional chileno que se establezca que las prestaciones de salud financiadas con recursos fiscales están condicionadas a que la persona tenga dos años de residencia en el país (artículo 11 inciso segundo). Esta limitación no solo es contraria al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y al Protocolo de San Salvador,⁴¹ sino que es también injustificable por otras razones de política pública. No existe una razón que justifique validamente diferenciar al trabajador migratorio nacional del extranjero en el acceso a la atención en salud, en función de las imposiciones con las que ambos contribuyen para su atención en salud. La garantía de atención en salud con independencia del tiempo de residencia para embarazo, parto, puerperio, y de urgencia (artículo 11 inciso tercero), una excepción al requisito de dos años de residencia, debe extenderse a las demás atenciones en salud para extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales. La formulación propuesta denota la creencia en el mito de que los extranjeros explotan el sistema de salud sin contribuir a él. Quienes defienden esta tesis omiten considerar que la población migrante está constituida en su mayoría por personas en edad productiva, que tiene una menor incidencia en la demanda por atención de salud. Aun más, los grupos más vulnerables en el sistema de salud son los trabajadores migratorios en situación irregular que sufren accidentes laborales y las mujeres migrantes embarazadas en esa misma situación. Estos dos grupos afrontan obstáculos en el acceso al sistema de salud que los llevan a tener que esperar a que su condición de salud se convierta en una situación de urgencia para acceder a atención médica, lo que tiene costos más altos y representa mayores riesgos para las personas. Además esto es contrario a la posibilidad de regularizar la permanencia en Chile en función de estar recibiendo un tratamiento médico.

El mismo requisito de dos años se establece en materia de seguridad social y de beneficios de cargo fiscal (artículo 12 inciso segundo). Esta limitación es una forma de discriminación que no se justifica si se considera que el acceso a los beneficios de cargo fiscal está condicionado a la verificación de una necesidad o condición de vulnerabilidad. Dejar fuera de la red de protección social que debe brindar el Estado a perso-

41 (PIDESC) art. 12 y Protocolo de San Salvador, art. 10.

nas o familias vulnerables también es contrario al PIDESC y al Protocolo de San Salvador.⁴² También resulta inexplicable que el trabajador que cotiza para la seguridad social no tenga acceso a las prestaciones y beneficios para los cuales aporta, estableciendo diferencias que no aplican para los trabajadores nacionales.

Por los motivos expuestos, la protección en materia de salud y seguridad social no debe estar condicionada a dos años de residencia continua en el país, por lo que los artículos 11 y 12 del proyecto de ley deben modificarse.

Por el contrario, resulta muy positivo que el proyecto establezca una amplia y completa garantía de acceso a la educación desde la enseñanza preescolar y hasta la media (artículo 13), prohibiendo expresamente que se condicione a la situación migratoria, consistente con la política vigente.

El derecho a la reunificación familiar (artículo 14) debiera estar planteado como el derecho a la protección de la familia e incluir una definición amplia de familia, como la establecida por la Corte IDH.⁴³

Asimismo, resulta sorprendente que se consagre en esta sección el derecho al envío y recepción de remesas (artículo 15) y en cambio se omitan derechos tales como la garantía del debido proceso en los procedimientos administrativos y judiciales; la libertad personal; la libertad de expresión, de asociación y reunión; la integridad física y psíquica; y los derechos de los niños, entre otros.

2.4. Política nacional de migración y extranjería e institucionalidad

Este proyecto de ley entiende que la política de migración, elemento de las relaciones internacionales y materialización de las obligaciones de derechos humanos con respecto a los extranjeros, no es una política de Estado, sino de gobierno, y por ello faculta al presidente para fijarla y revisarla cada cuatro años, con la colaboración del Ministerio del Interior (artículos 16 y 17). Esto es un error conceptual importante, porque permite politizar una política pública que debiera ser el resultado de la evaluación de coyunturas económicas, demográficas y sociales. Definir una política migratoria para un periodo tan corto, asignando al ejecutivo la facultad de modificarla si lo estima pertinente, no parece tener sentido.

La definición del ente estatal responsable de la formulación y ejecución de la política migratoria no es un tema menor. Asignarla al Ministerio del Interior y Seguridad Pública (artículos 148 y 149) le otorga un carácter de fenómeno o riesgo que debe vigilarse, considerando

42 PIDESC, art. 9 y Protocolo de San Salvador, art. 9.

43 Corte IDH, Caso Atala, op. cit., párrs. 141-145.

las funciones de este ministerio en materia de orden público y seguridad.⁴⁴ Refuerzan este argumento las funciones que el mismo proyecto de ley asigna en el artículo 150 al Ministerio del Interior. Si se asignara (o compartieran funciones con) el Ministerio de Desarrollo Social,⁴⁵ la lógica imperante sería la de la integración y el desarrollo social, bajo la cual puede entenderse la migración como una contribución a la sociedad chilena, más que un riesgo que debe controlarse. Este sería un cambio de enfoque esencial y necesario para un país receptor de migrantes, particularmente regionales.

El proyecto legislativo retoma la idea del Consejo de Política Migratoria desarrollado por la Presidenta Bachelet en el Instructivo Presidencial 9 de 2008,⁴⁶ pero lo modifica al darle rango exclusivamente ministerial (artículos 151 a 156). Es decir, pasa a ser un órgano político, antes que técnico y de coordinación. Este diseño del Consejo no resuelve las omisiones y descoordinaciones entre los órganos del Estado, la administración central y las Seremis, los municipios, las intendencias y las gobernaciones en materia migratoria. Ejemplos de esta descoordinación son los rechazos de solicitudes de visa para menores de edad matriculados en establecimientos educacionales en función de la irregularidad migratoria de sus padres o el rechazo de solicitudes de visa a mujeres víctimas de violencia presentadas por el Servicio Nacional de la Mujer al DEM.⁴⁷

El proyecto crea un Registro Nacional de Extranjeros. Esto parece ser una buena medida para cuantificar y analizar la migración, y para centralizar las decisiones del DEM en materia de autorizaciones para ingresar y para residir en el país (artículo 157). Se establece que será administrado por la Subsecretaría del Interior. Aquí cabe preguntarse: ¿por qué no dejarlo a cargo del Registro Civil, con vasta experiencia en esta materia? También se establece la función contralora de la policía (artículos 158 a 161), sin precisar que se trata de la PDI. Sobre este punto es relevante preguntarse por qué se asignan funciones de control migratorio al organismo público encargado de la investigación de los delitos.⁴⁸ Sin duda, la migración se entiende como un riesgo que debe controlarse, y no como una oportunidad de desarrollo social y económico. Podrían separarse las funciones de control de ingreso y salida en las fronteras de las de registro, que podría cumplir el Registro Civil, lo que daría otro carácter a la migración.

44 Ver sitio web del Ministerio de Interior y de Seguridad Pública <http://www.interior.gob.cl/funciones.html>

45 Ver sitio web del Ministerio de Desarrollo Social, <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/conocenos/mision/>

46 Presidencia de la República, Instructivo Presencial 9, 2 de septiembre de 2008.

47 Información de casos de la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

48 Ver sitio web de la Policía de Investigaciones, sección Misión <http://www.policia.cl/>.

2.5. Definición de extranjero transeúnte

El proyecto de ley propone una definición del concepto de transeúnte para efectos de interpretar el artículo 10 de la Constitución⁴⁹ (artículo 166), que desconoce la interpretación que ha desarrollado la Corte Suprema en los casos de hijos de extranjeros transeúntes. La discusión ha girado precisamente en torno al término transeúnte. El Departamento de Extranjería y Migración instruye al Registro Civil para que niegue la ciudadanía chilena, al momento de la inscripción, al niño nacido en Chile cuya madre o padre –si este lo inscribe– no tiene un documento de identidad chileno vigente. Es decir, el proyecto interpreta que es transeúnte toda persona extranjera en situación migratoria irregular o en trámite.

El ejecutivo busca imponer por esta vía la interpretación que la Corte Suprema ha rechazado en reiteradas ocasiones, reconociendo que el desarrollo de actividades ordinarias –tales como el arrendamiento de vivienda y la obtención de ingresos económicos para subsistir, entre otras– por parte de los padres, son elementos relevantes para determinar que son residentes, a pesar de una situación migratoria irregular. Es inexplicable que el proyecto de ley insista en redefinir el concepto transeúnte equiparándolo a situación migratoria irregular, pese a que la Corte Suprema lo ha entendido como la permanencia en el territorio nacional con independencia de la situación migratoria.⁵⁰

2.6. Refugio

La remisión o consideración de la Ley 20.430 sobre protección de refugiados es ambigua en el proyecto de ley. Pese a que se menciona en algunos apartados, resulta sorprendente que desarrolle un capítulo sobre asilo a todas las luces innecesario y, más aun, contradictorio con la Ley 20.430. En proyecto (artículos 85 a 88) propone una definición y un procedimiento para el asilo político y el asilo diplomático. Estas normas son innecesarias, dado que se ha entendido que el asilo político se encuentra incluido dentro de la definición de refugiado de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que la Ley 20.430 incluyó en su artículo 2.1. De hecho, se entiende que el derecho de asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana se garantiza y desarrolla en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. La inclusión de estas normas solamente puede generar confusión y desprotección entre quienes llegan a territorio chileno en

49 Constitución Política de la República, art. 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...

50 Corte Suprema, sentencia Rol 7580-2012, 22 de enero de 2013; y Corte Suprema, sentencia Rol 9168-2012, 11 de marzo de 2013.

busca de protección, alegando ser refugiados.⁵¹

2.7. Ingreso y egreso

Con respecto al Título III relativo al ingreso y egreso, es importante destacar varios elementos. El principio general es no requerir visa previa para el ingreso, ahora denominada permiso de permanencia transitoria. Sin embargo, se prevé que excepcionalmente se podrá solicitar visa consular mediante Decreto Supremo firmado por los ministros del Interior y de Relaciones Exteriores (artículo 21).

Se establece el ingreso condicionado por causas humanitarias y se faculta a la Subsecretaría del Interior para dictar instrucciones desarrollando este concepto (artículo 23). Esta podría ser una forma de consagrar el principio de no devolución de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y la Convención contra la Tortura, al prohibir el rechazo en frontera y autorizar el ingreso bajo la condición de que se presente la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección bajo la Convención contra la Tortura, que aún no tiene desarrollo legal en Chile. En cualquier caso, sería importante remitir expresamente al artículo 4 de la Ley 20.430,⁵² y desarrollar políticas permanentes de capacitación y control en los puntos de ingreso.

El proyecto mantiene el error de la norma vigente de no establecer incentivos para que las personas que se encuentren en situación irregular en el país, abandonen el territorio nacional por cuenta propia. Más aun, el artículo 24 del proyecto establece que el requisito para salir es haber dado cumplimiento a la respectiva sanción o no haber sido eximido de ello. Una política migratoria eficaz debe establecer adecuadamente incentivos y sanciones de manera que las personas tengan vocación de dar cumplimiento a las normas. Adicionalmente, se debe considerar que la sanción más grave –en caso de infracción de estas– es la expulsión del territorio nacional y la prohibición de volver a ingresar (artículos 118 a 129). Se trata de una sanción muy costosa

51 Ver, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Leonardo Franco, coord., *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina*, 1ª ed., San José, C.R: EDITORAMA, 2004.

52 Ley 20.430, art. 4°. No devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligran.

La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

A los efectos de determinar si existen tales razones, se tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el territorio de una situación persistente de violación manifiesta, patente o masiva de los derechos humanos.

Aquellos solicitantes de la condición de refugiado que no hubieran obtenido el estatuto de tal, podrán solicitar un permiso de permanencia en el país, de conformidad con la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile.

para el Estado chileno porque conlleva asumir los emolumentos del viaje del extranjero a su país de origen, acompañado de un funcionario de la PDI. Los costos del viaje se acrecientan además, cuando este no está planeado con suficiente antelación. Se constató la ineficiencia de la PDI para llevar a cabo las expulsiones, que vulneraba los derechos de personas extranjeras objeto de esta sanción, las cuales permanecían varias semanas privadas de la libertad en dependencias de la PDI. El ejecutivo dictó un Protocolo al respecto, dando cumplimiento a una resolución judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago en un recurso de amparo, que constituye un primer paso en este tema, aunque sin duda puede mejorarse mucho más.⁵³

Como hemos señalado, una política migratoria eficiente debiera ofrecer incentivos para que las personas den cumplimiento a las sanciones. En principio, la expulsión del territorio nacional y la prohibición de ingreso deben reservarse para los casos de infracciones más graves. Asimismo, deben considerarse incentivos tales como rebajar o disminuir el monto de las multas y disminuir el tiempo de las prohibiciones de ingreso, de manera que los extranjeros abandonen el país por cuenta propia. Y deben considerarse soluciones que ponderen adecuadamente los derechos afectados cuando se trate de personas extranjeras que han establecido relaciones familiares u otros vínculos económicos, laborales o artísticos en el país, cambiando en tales casos la expulsión y prohibición de ingreso por una sanción menos grave, que podría condicionarse a obtener autorización para residir en el país dentro de un plazo de tiempo.

Se mantienen, con varias similitudes con las normas vigentes, las prohibiciones imperativas y facultativas de ingreso (artículos 26 y 27 respectivamente). Esta posibilidad amplía de manera innecesaria el margen de discrecionalidad del DEM y genera para el extranjero incertidumbre en cuanto a la sanción que recibirá. Esta discrecionalidad se ha ejercido a través de amplias facultades que permiten a la administración emitir actos carentes de o indebidamente motivados o arbitrarios, además en ocasiones, frente a una misma infracción, las consecuencias han sido completamente diferentes para personas distintas, y carecen de un análisis de proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta. Recomendamos eliminar las prohibiciones facultativas y aplicar un criterio restrictivo para las prohibiciones de ingreso.

Respecto a las prohibiciones imperativas y facultativas de ingreso, se observa que el gobierno adoptó los artículos vigentes⁵⁴ y les intro-

53 Al respecto, ver: Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol 351-2013, 9 de marzo de 2013 y Corte de Apelaciones de Arica, sentencia Rol 10-2013, 18 de marzo de 2013.

54 DL 1.094, op. cit., arts. 15 y 16.

dujo algunas modificaciones y actualizaciones. Por ejemplo, se incluye una referencia a que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas haya dictado una prohibición de ingreso o tránsito a una persona. En este punto, el proyecto desconoce la presunción de inocencia como un criterio aplicable en todos los casos, omitiendo considerar que el estándar vigente es el de haber sido condenado penalmente, que no es lo mismo que “posean antecedentes acreditados”, “ejecuten o hayan ejecutado” (artículo 26 numeral 1), “registren antecedentes policiales negativos” (artículo 27 numeral 3). En cambio, en el caso del condenado por varios delitos (artículo 26 numeral 5), se establece el requisito de condena en Chile o en el extranjero, lo cual es muy positivo. Con respecto a los delitos cometidos en Chile que conllevan una prohibición de ingreso imperativa, es oportuno decir que la enumeración fue modificada ligeramente: se incluyó el lavado de activos, el tráfico de inmigrantes, la trata de personas (no de blancas, como está formulada actualmente); y se eliminó el contrabando y los actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. También se observa que, en la enumeración de razones para prohibir el ingreso, se omite remitir al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. La consideración de estos estándares obligaría a incluir dentro de los motivos de prohibición de ingreso a quien haya sido condenado por crímenes de guerra, de lesa humanidad, genocidio y agresión.

Dentro de las modificaciones positivas, se destaca que, en el caso del ingreso con documentos falsos o adulterados o no autorizados, se establece un plazo de dos años, luego del cual pierde vigencia la prohibición de ingreso (artículo 26 numeral 3). Este es un rasgo muy valioso porque determina un límite temporal y verificable. Sería deseable mantener y desarrollar estos plazos para todos los motivos de prohibición de ingreso.

En el mismo artículo se establece la plena vigencia de las prohibiciones de ingreso vigentes (artículo 26 numeral 4). Esto es un elemento negativo; lo deseable sería equiparar las normas vigentes a los nuevos estándares que fija esta ley, limitando en el tiempo las prohibiciones de ingreso vigentes mediante una norma transitoria

Los motivos facultativos para prohibir el ingreso incluyen un factor que autorizaba a rechazar una visa: realizar actos que alteren las relaciones de Chile con otros Estados (artículo 27 numeral 1). Esto no puede ser adecuadamente valorado por el Ministerio del Interior, por lo que no debiera constituir una razón para prohibir el ingreso.

Con respecto a los antecedentes penales, resulta muy positivo que se fije un límite temporal de 10 años para los condenados por crímenes y 5 años para los condenados por delitos (artículo 27 numeral 2). Sin embargo, la inclusión dentro de las causales facultativas de registrar “antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la au-

toridad policial, sean propios o canalizados a través de la INTERPOL” (artículo 27 numeral 3) resulta compleja en tanto no precisa qué es un antecedente policial negativo. Cabe preguntarse si incluye violaciones a las normas de tránsito, a las normas migratorias en otros Estados, faltas o el equivalente a conductas que son sancionadas administrativamente y no en sede penal.

Probablemente el rasgo más cuestionable de las prohibiciones de ingreso facultativas sea que se establece (artículo 27 inciso final) que los motivos facultativos en principio generan la prohibición de ingreso que la Policía deberá consultar con el Ministerio de Interior si autoriza el ingreso y que el Ministerio podrá delegar en la PDI dicha facultad con instrucciones previas. Es decir, no es facultativo que se dicte una prohibición de ingreso por los motivos señalados en el artículo 27 del proyecto, sino que son también obligatorios por regla general, y es, en cambio, facultativo que la PDI establezca una excepción a ellos en casos particulares o como política general. Consideramos necesario eliminar las causales facultativas, porque su contenido jurídico no puede ser adecuadamente evaluado por los funcionarios de la PDI en los puntos de ingreso al país.

2.8. Categorías migratorias

El proyecto de ley crea las siguientes categorías migratorias: 1) permanencia transitoria, 2) residencia oficial, 3) residencia temporal y 4) residencia definitiva.

2.8.1. Permanencia transitoria

El proyecto elimina la visa de turista y la cambia por la permanencia transitoria. Este es un cambio menor, porque en lo fundamental se mantienen las características de la visa de turista actual. Eso sí, agrega la posibilidad de que los titulares de esta visa puedan desarrollar actividades remuneradas, solicitando previamente una autorización (artículos 38 a 44), lo cual fue recientemente implementado bajo la legislación vigente.

Pese a deferirlo a un Decreto Supremo (artículo 44), la ley se refiere a una de las subcategorías de la permanencia transitoria: la de habitante de zona fronteriza (artículos 45 a 47). Lo más complejo de esta categoría es que establece condiciones que difieren sustancialmente del Acuerdo de Tránsito Fronterizo suscrito con Perú.⁵⁵ Resulta inexplicable que se desconozca un acuerdo internacional vigente desde 1931.

⁵⁵ Convenio de Tránsito de Personas en la Zona Fronteriza Chileno-Peruana de Arica-Tacna, op. cit.

En favor de las buenas relaciones de vecindad con Perú, debiera hacerse una referencia general a los acuerdos de tránsito transfronterizo en la ley. Ahora bien, si se quiere modificar las condiciones del acuerdo existente, debiera promoverse una negociación con el Estado respectivo y no hacerlo inoperante a través del Congreso.

El proyecto de ley limita el acuerdo de libre tránsito a los habitantes de zona fronteriza definidos como adultos que tengan domicilio en las zonas limítrofes sujetas a un convenio bilateral (artículo 45). Además, se establece que deberá existir un registro de esta condición o un documento que la acredite (artículo 46). Por último, el proyecto establece una atención migratoria preferente para el ingreso y egreso de quienes sean habitantes de zona fronteriza (artículo 47).

Los artículos referidos al habitante de zona fronteriza ignoran los acuerdos y desarrollos alcanzados en el seno de Mercosur. No parece tener sentido desarrollar legislativamente una subcategoría de habitante de zona fronteriza, excluyendo de ella a quienes no tengan domicilio en la ciudad fronteriza afecta a un convenio, cuando Mercosur promueve la integración regional, existiendo acuerdos particulares referidos a los documentos de viaje⁵⁶ y a la residencia,⁵⁷ y siendo los vecinos de Chile parte de Mercosur o adhiriendo a sus instrumentos internacionales de integración. A nivel interno, tampoco parece tener sentido crear un registro o el deber de documentar a las personas domiciliadas en ciudades fronterizas, lo que puede entenderse como una limitación a la libertad de movimiento de las personas.

2.8.2. Residencia oficial

Esta categoría se refiere al permiso de residencia para las personas que se encuentran en misión oficial y sus dependientes. El proyecto de ley desarrolla normativamente las condiciones de este tipo de residencia, creando dos subcategorías: miembro y delegado, ampliando la condición de dependientes no solo a los hijos sino también al personal de servicio, tal y como funciona en la actualidad (artículos 50 a 58). A este respecto, no hay cambios en relación a las normas vigentes.

56 Mercosur, Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados, San Miguel de Tucumán, 30 de julio de 2008.

57 Mercosur, Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, Brasilia, 6 de diciembre de 2002; Acta de Adhesión de la República del Perú, suscrita en Asunción el 28 de junio de 2011; Acta de Adhesión de la República del Ecuador, suscrita en Asunción el 29 de junio de 2011; Acta de Adhesión de Colombia, suscrita en Mendoza en 2012.

2.8.3. Residencia temporal

El proyecto de ley elimina la visa sujeta a contrato y funde en la categoría de residencia temporal todas las formas de visa existentes que tienen por objeto establecerse en Chile por un tiempo limitado: la visa de residencia temporaria, la visa sujeta a contrato y la visa de estudiante. La descripción de la visa (“que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado”) es falaz porque la residencia temporal es el requisito previo para solicitar y obtener la residencia definitiva para algunas de las subcategorías migratorias. Algunos de quienes solicitan la visa temporaria no planean residir en Chile por un tiempo limitado, sino indefinido. Por ello debiera adoptarse una definición que reconozca que la visa temporaria es también un permiso de residencia limitado en el tiempo, para verificar que el extranjero cumple con las condiciones de su visa y con las leyes chilenas, de manera que puede solicitar una visa de residencia definitiva.

El elemento más importante en esta materia es la eliminación de la posibilidad de que quien ingresa transitoriamente pueda solicitar un permiso de residencia dentro del país, a no ser que haya excepciones en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (artículo 49). El gran problema es que a la fecha no hay tratados vigentes para Chile sobre esta materia. El Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, al cual adhirieron posteriormente Perú, Ecuador y Colombia,⁵⁸ no se encuentra ratificado por Chile, que optó por hacerlo operativo mediante un Oficio Circular.⁵⁹ A la fecha, el Acuerdo sobre Residencia de Mercosur no ha sido presentado al Congreso para su aprobación. Esta situación resultaría en que, de aprobarse el proyecto de ley, Chile estaría violando el compromiso de no actuar en contra del objeto y propósito de un tratado firmado. En términos operativos, esto significaría una sobrecarga para los consulados chilenos, que no tienen la capacidad para manejar un volumen de solicitudes de tal envergadura. En 2012 se otorgaron 100.051 visas de residencia temporal, incluyendo visas sujetas a contrato, de estudiante y temporarias.⁶⁰

En 2012, el Departamento de Extranjería otorgó 15.763 visas en virtud de dicho acuerdo, de un total de 100.051 visas otorgadas, lo que representa el 15,75%.⁶¹ Este acuerdo tiene una aplicación menor de la que sería posible, por dos razones: por una parte, los nacionales de Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay, por desconocimiento, solicitan visas temporarias u otras visas (de estudiante o

58 *Ibíd.*

59 Oficio Circular 26465 del subsecretario del Interior, 4 de diciembre de 2009.

60 Estadísticas obtenidas mediante una solicitud de información al DEM presentada el 13 de mayo de 2013, con el Número OR001N0036268, respondida el 12 de Junio de 2013.

61 *Ibíd.*

sujetas a contrato) con requisitos de mayor complejidad que los de la visa temporaria por Mercosur; por otra, Chile aún no lo hace efectivo a Ecuador, Perú y Colombia. Si se tomaran acciones en este sentido, en 2012, del total de visas de residencia temporal otorgadas, 77.485, el 77,4% se habrían podido otorgar por Mercosur. Este análisis sugiere que una medida que tendría un impacto decisivo en disminuir trámites de visas sería la ratificación del Acuerdo de Mercosur. Más aun, dada la potencial incidencia del Mercosur en el volumen de visas solicitadas, es difícil comprender por qué el ejecutivo presentó al Congreso este proyecto de ley, cuando debió presentar e impulsar primero el Acuerdo de Residencia de Mercosur. El cuadro siguiente ilustra el volumen de visas otorgadas a los Estados parte del Acuerdo de Mercosur y los Estados que adhirieron.

Cuadro 1: Visas otorgadas en el 2012 a nacionales de Estados miembros de Mercosur

| | Visas por Mercosur otorgadas | Visas temporarias otorgadas por otros motivos | Visas sujetas a contrato otorgadas | Visas de estudiante | Potenciales beneficiarios de la aplicación de Mercosur a todos los Estados parte |
|--------------|------------------------------|---|------------------------------------|---------------------|--|
| Argentina | 3.163 | 1.098 | 279 | 14 | 4.554 |
| Bolivia | 10.114 | 1.758 | 58 | 120 | 12.050 |
| Brasil | 1.131 | 250 | 191 | 22 | 1.594 |
| Colombia | | 3.966 | 13.171 | 436 | 17.573 |
| Ecuador | | 1.235 | 1.963 | 219 | 3.417 |
| Paraguay | 660 | 170 | 9 | 27 | 866 |
| Perú | | 8.870 | 27.548 | 318 | 36.736 |
| Uruguay | 525 | 123 | 41 | 6 | 695 |
| Total | 15.763 | 17.470 | 43.260 | 1.162 | 77.485 |

Fuente: Solicitud de Información al DEM presentada el 13 de mayo de 2013, con el Número OR001N0036268, respondida el 12 de Junio de 2013, al Departamento de Extranjería y Migración.

El proyecto de ley cambia de manera central la forma en que los extranjeros pueden regularizar su permanencia en el país, desconociendo los instrumentos internacionales firmados y la dinámica migratoria. El cambio a visa consular conlleva que quien se encuentra transitoriamente en Chile deberá volver a su país de origen para regularizar su permanencia solicitando en el consulado chileno la visa de residencia temporal, lo cual implica gastos económicos y tiempo. Este cambio de política incidirá en los flujos migratorios, negando a los extranjeros la posibilidad de buscar un empleo y regularizar su permanencia en el país sin salir de él. Este cambio de política no solo perjudica a los potenciales inmigrantes sino también a sus empleadores, para quienes la fuerza de trabajo migrante se volverá más costosa y cargada de mayores incertidumbres.

Asimismo, se observa que el proyecto asigna la función a los consulados de otorgar las visas, pero omite considerar la capacidad de estos para cumplirla. Por ejemplo, señala que los consulados deberán

recabar antecedentes adicionales a los presentados por el solicitante de la visa, incluyendo una entrevista personal (artículo 6o inciso tercero). Adicionalmente, les otorga un plazo máximo de 15 días corridos para responder a la solicitud de la Subsecretaría de Interior en cada caso (artículo 6o inciso cuarto). Ante la potencialidad de que aumente el trabajo, el proyecto prevé que la Subsecretaría del Interior pueda enviar funcionarios en comisión de servicio a los consulados (art. 165). Esta parece una solución insuficiente, considerando la magnitud del fenómeno y las limitadas capacidades consulares. A continuación se presentan las cifras de funcionarios consulares destinados a los Estados con mayor presencia de inmigrantes en el país.

Cuadro 2: Funcionarios en los consulados chilenos en los Estados con mayor presencia de sus nacionales en Chile

| Consulados chilenos en Argentina | N° Funcionarios |
|--|-----------------|
| Consulado General de Chile en Buenos Aires | 14 |
| Consulado General de Chile en Córdoba | 3 |
| Consulado General de Chile en Bariloche | 4 |
| Consulado General de Chile en Neuquen | 7 |
| Consulado General de Chile en Rosario | 3 |
| Consulado General de Chile en Mendoza | 12 |
| Consulado de Chile en Comodoro Rivadavia | 5 |
| Consulado de Chile en Bahía Blanca | 4 |
| Consulado General de Chile en Río Gallegos | 4 |
| Consulado de Chile en Mar del Plata | 1 |
| Consulado de Chile en Río Grande | 3 |
| Consulado de Chile en Ushuaia | 3 |
| Consulado General de Chile en Salta | 2 |
| TOTAL: 13 | 65 |

| Consulados chilenos en Perú | N° Funcionarios |
|-------------------------------------|-----------------|
| Consulado General de Chile en Lima | 7 |
| Consulado General de Chile en Tacna | 7 |
| TOTAL: 2 | 14 |

| Consulados chilenos en Ecuador | Nº Funcionarios |
|---|-----------------|
| Consulado General de Chile en Guayaquil | 3 |
| Consulado General de Chile en Quito | 2 |
| TOTAL: 2 | 5 |

| Consulados chilenos en Bolivia | Nº Funcionarios | Agregadurías |
|---|-----------------|--------------|
| Consulado General de Chile en La Paz | 7 | 5 |
| Consulado General de Chile en Santa Cruz de la Sierra | 3 | 0 |
| TOTAL: 2 | 10 | 5 |

| Consulados chilenos en Colombia | Nº Funcionarios |
|--|-----------------|
| Consulado General de Chile en Santa Fe de Bogotá | 3 |
| TOTAL: 1 | 3 |

Fuente: Información disponible en la página del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (visitada Julio 15, 2013).

Esta información sobre funcionarios consulares y el volumen de solicitudes de visa, presentada en el Cuadro 1, permite concluir que si el proyecto de ley de migración se aprueba antes de la ratificación del Acuerdo de Residencia de Mercosur, los consulados chilenos tendrán una sobrecarga de trabajo frente a la cual no tendrán capacidad de respuesta. El proyecto de ley debió haber contemplado un aumento de trabajo de estas dimensiones. No lo hizo, aunque prevé el aumento del personal de la Subsecretaría de Interior en Santiago (artículo transitorio primero). Esta es una falta de previsión inaceptable, que además repercutirá en la imagen del tratamiento que Chile le da a los extranjeros.

El proyecto establece que un Decreto Supremo definirá las subcategorías de la residencia temporal, pero determina las situaciones que debieran considerarse (artículo 61). Esta es una incoherencia inexplicable. Sería deseable que la ley fije las subcategorías migratorias, por las razones que se explican en la siguiente sección.

No obstante lo anterior, es importante detenerse en el análisis de las situaciones que deberán considerarse para definir las subcategorías migratorias de la residencia temporal contempladas en el proyecto (artículo 61): a) se mantiene el vínculo familiar con chileno o con una persona con residencia definitiva; b) se crea la categoría trabajo por cuenta propia o en una relación de subordinación o dependencia, pudiendo establecerse dentro de los requisitos para una relación laboral algunos muy similares a los existentes, lo que equivale a una aparente eliminación de la visa sujeta a contrato, a la cual se ha cambiado de nombre, manteniéndose los requisitos ya descritos que ponen al trabajador migratorio en una condición de dependencia laboral y migratoria de su empleador; c) la categoría estudios incluye a la actual visa de estudiante; d) se agrega la de trabajador de temporada, no muy diferente de la b), excepto porque se destaca el carácter de trabajador estacional; e) se considera e incluye la situación de personas sujetas a la custodia de Gendarmería de Chile, lo cual es muy positivo porque resuelve una omisión de la legislación existente; f) lo mismo ocurre con la inclusión de quienes estén en el país por mandato judicial; g) se agrega la categoría razones humanitarias, que incluye a los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiados y a los nacionales de países que hayan sufrido un desastre natural; y h) se agregan los acuerdos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes en relación a residencia temporal. Este último punto es una referencia directa al Acuerdo de Mercosur, que sin embargo no se encuentra ratificado. Reiteramos la necesidad de ratificar este acuerdo como precondition para la discusión y aprobación del proyecto de ley de migración que se analiza.

Inexplicablemente, el siguiente artículo copia el texto de una parte del artículo 3 de la Ley 20.507 sobre trata de personas en lo relativo a la visa para las víctimas de ese delito (artículo 62). Esta es una mala técnica legislativa, porque esta subcategoría de la residencia temporaria podría ampliarse a todas las víctimas de delitos que quieran estar presentes en Chile para la investigación y el juicio oral.

El proyecto establece que la residencia temporaria tendrá una vigencia de hasta dos años, excepto para los trabajadores de temporada que podrán obtenerla por hasta cinco años (artículo 63). En este aspecto, no se observan cambios importantes. Eso sí, cabe preguntarse qué ocurrirá con las personas cuyos estudios tarden más de dos años o los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, cuyo procedimiento, incluyendo el recurso de reposición, puede tardar más tiempo. Estos elementos confirman la necesidad y pertinencia de que la ley establezca las subcategorías migratorias, como se argumenta en este capítulo.

El proyecto de ley especifica que el permiso de residencia podrá otorgarse como titular o dependiente (artículo 65). La definición de dependiente que incluye el proyecto de ley excluye a los padres del titular, a diferencia de la situación actual; no obstante, los incluye en el artículo 71 relativo a la residencia definitiva. Lo correcto sería incluir a los ascendientes que dependan económicamente del titular de la visa desde un comienzo. Por otro lado, se destaca como un elemento positivo que se autorice a los dependientes a realizar actividades remuneradas (artículo 65).

2.8.4. Residencia definitiva

La residencia definitiva está definida como una autorización para radicarse indefinidamente en Chile y desarrollar cualquier actividad lícita. El proyecto de ley defiere en un Decreto Supremo la facultad de definir las subcategorías de la residencia definitiva (artículo 61). Este es un elemento central de la política migratoria y debiera definirse en la ley. En todo caso, se constata la ausencia del otorgamiento de la residencia definitiva a las personas a quienes se les reconoce la condición de refugiados, para armonizar este proyecto con la Ley 20.430.

El artículo 70 del proyecto establece que mediante reglamento podrá establecerse un plazo máximo de 48 meses con residencia temporal para postular a la residencia definitiva, considerando la situación económica, las ausencias del país, las infracciones migratorias cometidas, los delitos por los que haya sido formalizado o condenado y las infracciones a otras normas. A la vez, establece que el plazo podrá ser inferior a dos años en razón de los vínculos familiares con chilenos y residentes permanentes, haber pertenecido a una misión oficial, la disponibilidad de rentas o pensiones, las inversiones ejecutadas y otros casos previstos en acuerdos internacionales ratificados por Chile. Sin duda, esta norma ilustra el contenido o valor que se le quiere otorgar a ciertos elementos: se premia el éxito económico y los vínculos con chilenos y personas radicadas en el país, y se sanciona las infracciones a normas. Tal vez el elemento más polémico sea incluir la formalización en causas penales, ya que constituye una violación a la presunción de inocencia. Adicionalmente, al igual que se premia el éxito económico, debiera premiarse la contribución científica, artística o cultural, entre otras.

2.9. Subcategorías migratorias

La ley establece que, mediante un Decreto Supremo, el Ministerio de Interior definirá las subcategorías migratorias de la permanencia transitoria y de la residencia temporal (artículos 44 y 61). Sin embargo, y a

pesar de este anuncio, la ley desarrolla algunos elementos de las subcategorías, lo cual resulta confuso. Aun más, la ley establece que el Decreto Supremo definirá cuáles subcategorías de la residencia temporal permiten solicitar la residencia definitiva (artículo 66).

Por su parte, delegar en un Decreto Supremo la definición de las subcategorías migratorias puede suscitar un problema de constitucionalidad relacionado con el derecho a la libertad personal, contenido en el art. 19 N°7 de la Constitución. En especial, el literal a) establece el derecho de toda persona a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros. Además, podría existir vulneración en la esencia del art. 19 N°16, relativo a la libertad de trabajo, y el art. 19 N°26.

La regulación de las garantías constitucionales es materia de ley, aunque no están contenidas en el art. 63 de la Constitución, relativo a esas materias. De hecho, el mismo art. 19 N°7 y N°16 establece la posibilidad de limitación a estos derechos mediante ley. Además, el art. 64 limita las materias delegables a Decretos con Fuerza de Ley en su inciso segundo; entre ellas, las garantías constitucionales. También se vulnera el principio de supremacía constitucional del art. 6. Por todo lo anterior, no parece procedente ni acorde con la finalidad y contenido del proyecto de ley analizado delegar en la potestad reglamentaria del presidente de la República (art. 32 N°6 de la Constitución) la definición de las subcategorías migratorias. Esto debe ser materia de ley. Asimismo, la Corte IDH se ha manifestado en contra de la restricción de derechos por vías distintas a la legislativa.⁶²

El Tribunal Constitucional falló en enero de 2013 sobre la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de ejecución en materia de garantías constitucionales. En ese fallo se pronunció sobre ese aspecto en relación a la exigencia de la reserva legal máxima en materia tributaria.⁶³ El voto de minoría razona sobre lo que se llama la reserva legal máxima de los tributos, atendiendo a algunas disposiciones constitucionales como el art. 65 N°4 inc. 1, art. 63 N°14, el art. 19 N° 20 (que establece varias de las garantías constitucionales del contribuyente) y el art 64 inc. 2, que establece las materias de ley indelegables. Citando un fallo anterior del mismo tribunal, los disidentes estiman que es posible la potestad reglamentaria de ejecución en materia tributaria, siempre que “los elementos esenciales del tributo sean establecidos en una ley, quedándole a la potestad reglamentaria de ejecución so-

62 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párr. 22 y ss.

63 Tribunal Constitucional, sentencia Rol 2038-11, 31 de enero de 2013.

lamente aspectos de detalle técnico, que por su propia naturaleza el legislador no puede regular, pero que sí debe delimitar con suficiente claridad y determinación”.

Lo anterior permite sostener que serían inconstitucionales los arts. 44 y 61 del proyecto, que facultan al Ministerio del Interior para determinar las subcategorías de permanencia transitoria y de residencia temporal, teniendo en cuenta que ello puede afectar garantías constitucionales, las cuales deben ser reguladas exclusivamente por ley. Será posible, aun así, admitir en esta materia la potestad reglamentaria de ejecución, aplicando el mismo criterio que el Tribunal Constitucional ha en el ámbito tributario, es decir, requiriendo que la ley regule los elementos esenciales de manera más específica de cómo está plasmado en el proyecto, respetando la reserva de ley.

2.10. Rechazo y revocación de permisos de residencia

En los rechazos y revocaciones el proyecto de ley no innova, manteniendo las razones facultativas y las imperativas, que otorgan una discrecionalidad innecesaria al DEM. Este es un elemento que una modificación a la ley de extranjería necesariamente debe abordar y eliminar.

El proyecto de ley establece seis motivos para rechazar una solicitud de residencia (artículo 79). De manera inexplicable, incluye las razones para prohibir el ingreso (del artículo 26 del proyecto) en dos ocasiones: como imperativas (artículo 79 numeral 2) y como facultativas (artículo 79 inciso final). Esta contradicción reafirma la necesidad de eliminar las razones facultativas para rechazar una visa, y establecer solamente razones imperativas. Las demás razones imperativas del artículo 79 incluyen: no cumplir los requisitos, hacer declaraciones o presentar documentaciones falsas o adulteradas, carecer de medios económicos para residir en el país, sanciones reiteradas en materia tributaria y que “su estadía en el país no se ajuste a los criterios establecidos en la Política Nacional de Migración”. Estos motivos son similares a los actualmente existentes, excepto por el último, que es muy amplio y que podría conllevar discriminaciones o afectaciones de derechos para quienes iniciaron un proyecto de vida en el país, por lo que debiera eliminarse.

Las razones imperativas para revocar un permiso de residencia incluyen: incumplir los requisitos de los permisos de residencia; encontrarse en una de las razones imperativas para prohibir el ingreso del artículo 26, excepto las razones de salud; y hacer declaraciones o presentar documentaciones falsas o adulteradas (artículo 80). Las razones facultativas para revocar una visa son: encontrarse en una de las razones facultativas para prohibir el ingreso del artículo 27; haber sido objeto de un proceso penal que se encuentre suspendido condi-

cionalmente o en el que se haya celebrado acuerdo reparatorio con la víctima; que “su estadía en el país no se ajuste a los criterios establecidos en la Política Nacional de Migración”; y el no pago de multas por infracciones migratorias (artículo 81). La inclusión de formas de terminación del proceso penal, como la suspensión condicional o el acuerdo reparatorio, contradice el alcance y contenido de estas formas de terminación del proceso penal y viola la presunción de inocencia.

Asimismo, se observan inconsistencias importantes al relacionar la legislación migratoria con el derecho penal. Por ejemplo, el proyecto sanciona con rechazo o revocación de una visa el que una persona haya sido investigada y formalizada por un delito, aunque este termine en una suspensión condicional o un acuerdo reparatorio (artículo 81 numeral 2), aunque el mismo proyecto establece que se podrá extender el plazo a partir del cual el residente temporal podría solicitar la residencia definitiva en función de un delito por el que haya sido condenado (artículo 70 numeral 4). Es inexplicable que una persona condenada pueda solicitar la residencia definitiva y que a quien haya sido objeto de una suspensión condicional o haya celebrado un acuerdo reparatorio con la víctima del delito se le revoque la visa.

El procedimiento migratorio está establecido en los artículos 82 y 84 del proyecto. La persona migrante será notificada del inicio del procedimiento mediante una carta certificada, que se entenderá practicada al tercer día desde la fecha de recepción de la carta en la oficina de correos que corresponda. Esta forma de notificación puede ser problemática, por lo que sería deseable que se consideraran otras formas de notificación que garanticen un debido proceso. Luego de la notificación, se le otorga al afectado un plazo de 5 días hábiles para presentar sus descargos. Este plazo puede ser demasiado corto; debiera considerarse su ampliación para garantizar una adecuada defensa, como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁴

Los rechazos y revocaciones de visas se decidirán mediante una resolución fundada del Subsecretario del Interior, exenta del trámite de toma de razón. Cuando la sanción conlleve el abandono del país, se otorgará a la persona un plazo no inferior a 72 horas para que la cumpla, antes de imponer otra sanción. Agrega el proyecto que la resolución “podrá” señalar el plazo en el que la persona estará sujeta a una prohibición de ingreso (artículo 82 inciso segundo). Aquí debiera cambiarse por “deberá” señalar ese plazo. El mismo artículo, además, mantiene una norma actual que faculta al Subsecretario del Interior para sustituir la orden de abandono por el otorgamiento de “una autorización de residencia o permanencia de vigencia restringida”. Esta

64 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 136/11, Caso 12.474, Fondo, Familia Pacheco Tineo (Bolivia), 31 de octubre de 2011, párr. 118.

norma reconoce que en muchos casos se imponen sanciones migratorias que desconocen el contexto personal y familiar. En lugar de haber asignar esta facultad al Subsecretario, se debería haber establecido en la ley elementos a partir de los cuales ponderar el impacto de la sanción en la persona y en el grupo familiar, como lo vienen haciendo las cortes desde hace un tiempo y como se describió anteriormente. No debiera ser necesario llegar a una orden de expulsión para ponderar todos los elementos en juego.

2.11. Expulsión y retorno asistido

Además de los motivos de rechazo y revocación, el proyecto de ley establece otras causales de expulsión de personas con permanencia transitoria (artículo 118) y de residentes (artículo 119). Esto no debiera ser así: solo los motivos de rechazo y revocación debieran poder dar origen a una expulsión, como última sanción. Sería deseable que esos motivos, algunos de los cuales están repetidos, queden incluidos entre los de rechazo y revocación.

En esta sección se agrega que, previo a dictar una medida de expulsión, la Subsecretaría del Interior deberá considerar los siguientes elementos: 1) la gravedad de los hechos; 2) los antecedentes penales; 3) la reiteración de las infracciones migratorias; 4) el periodo de residencia regular en Chile, 5) los vínculos con chilenos y residentes permanentes y 6) el patrimonio y bienes a nombre de la persona (artículo 120). Esta ponderación es importante y valiosa, y recoge los avances de la jurisprudencia de las cortes chilenas. Aparte de esto, sería importante agregar y valorar otras contribuciones sociales, culturales, artísticas y científicas, más allá de las económicas.

2.12. Recursos

El proyecto de ley de migración mantiene la sujeción a los recursos de la Ley 19.880 y modifica el recurso de reclamación existente actualmente, radicándolo como de única instancia ante la Corte de Apelaciones, con un plazo de 48 horas para su presentación (artículos 132 a 135). Como indicara la Corte Suprema en el informe sobre el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, un recurso de única instancia constituye una violación al derecho a las garantías judiciales, por lo que debiera modificarse y permitirse una segunda instancia.⁶⁵ El plazo de 48 horas es muy corto; sería deseable que se ampliara a 5 días, de manera que los recursos presentados estén adecuadamente fundamentados.

65 Corte Suprema, Oficio 99-2013, 9 de julio de 2013.

CONCLUSIONES

La presentación de un proyecto de ley sobre migración es una respuesta positiva a la necesidad de reformar una norma dictada en 1974 por la dictadura para adecuarla a la situación actual. La dinámica migratoria y la aplicación de la legislación vigente presentan elementos y contextos que deben considerarse para analizar el proyecto de ley. La migración es un proceso social y económico imposible de controlar con políticas migratorias restrictivas. Estas deben tender hacia la regularización y documentación, procurando focalizar el control migratorio en quienes no han cumplido las condiciones para residir en un país.

El proyecto de ley carece de una visión de derechos humanos, no solo en las definiciones plasmadas en el texto legal, sino en la consideración e inclusión de acciones que contemplen el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos, las observaciones generales de los órganos de tratados y las recomendaciones formuladas al Estado de Chile.

La discriminación en el ingreso al país ha sido denunciada. Parece haber un trato diferenciado según la nacionalidad y el grupo étnico de las personas que resulta preocupante y que amerita una respuesta pronta del Ejecutivo. La garantía de los derechos laborales con independencia de la condición migratoria del trabajador es un rasgo positivo de la legislación chilena, que este proyecto mantiene, lo cual es valioso.

En materia de acceso a la salud y a la seguridad social, resulta preocupante y contrario a las obligaciones internacionales y al derecho constitucional chileno que se establezca que las prestaciones de salud financiadas con recursos fiscales están condicionadas al cumplimiento de dos años de residencia en el país. A diferencia de lo anterior, es muy positivo que el proyecto establezca una amplia y completa garantía de acceso a la educación, desde la enseñanza preescolar y hasta la media, prohibiendo expresamente que se condicione a la situación migratoria.

La política de migración, elemento de las relaciones internacionales y materialización de las obligaciones de derechos humanos con respecto a los extranjeros, es una política de Estado, que no debiera estar sujeta a cambios según el gobierno elegido. La política de migración debiera ser el resultado de la evaluación de coyunturas económicas, demográficas y sociales. El diseño institucional impuesto por la dictadura establece una lógica de peligro o riesgo en la migración que debiera desaparecer. La asignación de responsabilidades debe revisarse desde este cambio de paradigma. Se requiere un nuevo enfoque en materia de la asignación de responsabilidades al Ministerio de Interior y Seguridad Pública en asuntos migratorios y considerar la inclusión del Ministerio de Desarrollo Social. Igualmente, el Registro Civil pue-

de cumplir las funciones de registro de los extranjeros que desarrolla la PDI, reservándose a esta institución el control de fronteras. El Consejo de Política Migratoria no debiera tener rango exclusivamente ministerial, se debe procurar que se trate de un órgano técnico y de coordinación entre el Estado central y los organismos descentralizados por servicios y territorialmente.

La remisión a (o consideración de) la Ley 20.430 sobre protección de refugiados es ambigua en el proyecto de ley. En algunos aspectos se considera y en otros se omite inexplicablemente. El proyecto propone una definición y un procedimiento para el asilo político y el asilo diplomático que resultan innecesarios a la luz de la legislación sobre refugio vigente desde 2010.

El proyecto de ley mantiene de manera muy similar a lo existente las prohibiciones imperativas y facultativas del ingreso, pero amplía de manera innecesaria el margen de discrecionalidad del DEM y genera para el extranjero incertidumbre en términos de la sanción que puede recibir.

El proyecto de ley crea las siguientes categorías migratorias: 1) permanencia transitoria, 2) residencia oficial, 3) residencia temporal y 4) residencia definitiva. Se elimina la posibilidad de que quien ingresa transitoriamente pueda solicitar un permiso de residencia temporal dentro del país, excepto por las excepciones señaladas en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (art. 49). A la fecha no hay tratados vigentes para Chile, de manera que todas las visas de residencia deberán solicitarse en los consulados, que no tienen capacidad para hacerlo. Chile debiera ratificar primero el Acuerdo de Mercosur, incluyendo las adhesiones de Perú, Ecuador y Colombia, para hacer viable el modelo que se propone.

Las subcategorías migratorias deben estar definidas en la ley. El capítulo ha analizado cada una de las situaciones consideradas. Igualmente, se han analizado los motivos para rechazar y revocar visas, y el procedimiento para dictar una orden de expulsión, realizando recomendaciones puntuales en muchas de estas materias.

En algunos aspectos, el proyecto presentado responde a la necesidad de incluir situaciones hasta ahora omitidas. Pero en otros mantiene elementos de las normas vigentes que deben superarse. El proyecto es un buen comienzo para una discusión legislativa donde deberán hacerse cambios y ajustes, de manera que incluya una visión y perspectiva de derechos humanos, y considere los acuerdos vigentes y las relaciones y esfuerzos de integración regional.

RECOMENDACIONES

1. La protección y garantía de los derechos humanos, y la integración de los migrantes, deben ser objetivos de la ley de migración, definidos y desarrollados de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos.
2. La discusión y aprobación de la ley de migración debiera considerar e incorporar las recomendaciones del EPU y de los órganos de tratados. Aun más, el legislador debiera abstenerse de redefinir derechos cuyo alcance y contenido ha sido ampliamente desarrollado por los órganos de tratados y el sistema interamericano en sus Observaciones Generales, informes temáticos y decisiones en peticiones por violaciones de derechos.
3. Revisar el cambio de paradigma que conlleva entender la migración en el año 2013, asignando responsabilidades y funciones a órganos que la entiendan como el resultado de la evaluación de coyunturas económicas, demográficas y sociales, dentro de las relaciones internacionales, y no como un delito o peligro que se debe vigilar, sino como una oportunidad de desarrollo económico y social. La política migratoria debe ser una política de Estado y no de gobierno. El Ministerio de Desarrollo Social debe participar en las funciones con la población migrante, y el registro de extranjeros debiera estar a cargo del Registro Civil. En el mismo sentido, el Consejo de Política Migratoria debe ser un órgano de coordinación con amplia participación, y no un órgano político exclusivamente de ministros.
4. Eliminar la discrecionalidad del DEM, plasmada en prohibiciones de ingreso, motivos de rechazo y de revocación de visas facultativos e imperativos, y aplicar un criterio restrictivo que considere el impacto de la sanción migratoria en la persona y los miembros de su familia. Toda prohibición de ingreso debe dictarse con un plazo fijo, luego del cual se levanta y se autoriza el ingreso.
5. Chile debe ratificar el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile.⁶⁶ Dada la potencial incidencia de Mercosur en el volumen de visas solicitadas, es difícil comprender por qué el Ejecutivo presentó al Congreso este proyecto de ley, cuando debió presentar e impulsar primero

66 Mercosur, Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile y las adhesiones de Perú, Ecuador y Colombia, op. cit.

el Acuerdo de Residencia de Mercosur.

6. Las subcategorías migratorias deben estar definidas en el proyecto de ley.
7. El procedimiento migratorio debe tener una clara referencia a estándares de debido proceso administrativo, permitiendo a la persona el ejercicio del derecho de defensa, considerando que la expulsión es una limitación a la libertad de movimiento que afecta no solo a la persona sancionada sino a todo su grupo familiar.

**DERECHOS HUMANOS
DE LA INFANCIA
Y ADOLESCENCIA:
ADOLESCENTES
INFRACTORES
FRENTE A SANCIONES
NO PRIVATIVAS
DE LIBERTAD***

* Camila de la Maza

SÍNTESIS

En el presente capítulo, abordamos los derechos humanos de la infancia y la adolescencia en el marco de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, particularmente en lo referente a la ejecución de la sanción penal, cuando ésta es no privativa de libertad. Una adecuada implementación de sanciones no privativas de libertad, requiere de una respuesta intersectorial coordinada y eficaz, para aplicar en esta materia los estándares internacionales y las normas previstas tanto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño como en los principios y recomendaciones formuladas por distintas entidades internacionales referidas a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

PALABRAS CLAVE: Adolescentes, Interés superior, Sanción penal, Libertad asistida especial.

INTRODUCCIÓN

El 8 de junio de 2007, luego de un largo debate parlamentario y un periodo de puesta en marcha, entró en vigencia la Ley 20.084, que creó un nuevo régimen de Responsabilidad Penal Adolescente. El objetivo de la ley fue establecer un régimen especial y diferenciado para adolescentes imputados, mayores de 14 y menores 18 años, de haber cometido un delito, “a través de sanciones adecuadas y proporcionales a los hechos y un amplio marco de políticas sociales que impida toda confusión entre protección de derechos y sanción de actos delictivos (...) [y permita] considerar al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delito”.¹

Lo anterior supuso una reestructuración respecto de la actividad estatal hacia la protección de la infancia infractora. En el marco de la ejecución de las sanciones penales adolescentes, la nueva normativa de responsabilidad juvenil requería de una participación más activa, no solo del Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME), sino también de otras áreas del Estado, como los Ministerios del Trabajo, Educación y Salud, particularmente del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (en adelante, SENDA) y el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (en adelante SENCE); entre otros servicios.

Para cumplir con aspectos fundamentales de un sistema de justicia juvenil que garantice y respete los derechos humanos de los y las adolescentes, es preciso poner atención en la prevención y en el fomento de la reinserción social, además del criterio retributivo de la sanción penal.

Los principales objetivos perseguidos por la Ley 20.084, fueron la responsabilización de la población juvenil infractora, su reinserción social y la prevención de la reincidencia.

1 Mensaje 68-347, 2 de agosto de 2002. En “Historia de la Ley”, www.bcn.cl.

Para ello, la nueva legislación contempló una gama amplia de sanciones frente a la infracción de normas penales por parte de la población juvenil. Dichas sanciones, como revisaremos más adelante, pueden ser privativas o no privativas de libertad. Estas últimas pueden ir desde una amonestación verbal, una multa, la reparación del daño causado y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, hasta la libertad asistida o la libertad asistida especial.

A fin de visibilizar los problemas asociados a la implementación de esta nueva normativa, hemos abordado particularmente para este *Informe* los programas de libertad asistida especial, ya que corresponden a la pena más gravosa dentro de las sanciones no privativas de libertad previstas por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Lo analizaremos en detalle en lo sucesivo.

El presente capítulo se estructuró sobre el análisis de la ejecución de la sanción penal en el régimen de libertad asistida especial, particularmente en la Región Metropolitana. Ello en atención a que es la Región más densa y poblada del país.

En el primer apartado, revisamos las obligaciones internacionales en relación a la población juvenil contraídas por Chile: principalmente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en lo relativo a la regulación y el tratamiento de los/as adolescentes en materia penal. En la segunda parte indagamos sobre la fase de ejecución de las sanciones impuestas a adolescentes infractores/as de la ley penal, sobre todo en los regímenes de libertad asistida especial; para llegar finalmente a profundizar sobre la precariedad de la política pública que debiera articular y coordinar la respuesta estatal en esta materia.

1. OBLIGACIONES DEL ESTADO DE CHILE EN RELACION A LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

El Estado de Chile ratificó la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) en 1990, adquiriendo una serie de obligaciones en materia de infancia y adolescencia con la comunidad internacional. La CDN, en su artículo 1, señala que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, por lo que el tratamiento relativo a los/as adolescentes se rige por las normas de ese tratado. El artículo 37 de la CDN establece, como estándar mínimo, que la privación de libertad de cualquier niño/a debe ser en conformidad a la ley y que solo se utilizará como medida de último recurso por el tiempo más breve posible. Así, compele a los Estados a establecer una regulación de los/as adolescentes infractores de ley que contemple otro tipo de medidas sancionatorias y a reservar la privación de libertad solo para los casos de mayor gravedad y necesidad.

En concordancia con ello, la Convención sostiene en su artículo 40.1 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 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 este asuma una función constructiva en la sociedad”.

Al respecto, la Observación General 10, de 2007, del Comité de los Derechos del Niño² señala que los principios básicos de una política general de menores son:

- Principio de no discriminación: garantizando la igualdad de trato de todos los niños que tengan conflicto con la justicia.
- Principio del interés superior del niño: teniendo como principal eje que las necesidades de niños/as y adolescentes son diferentes de las de los adultos y que, en ese sentido, por sobre la lógica represión/castigo de un hecho punible, en el caso de adolescentes debe primar la rehabilitación y la justicia reformativa.
- Respeto a la opinión del niño.
- Derecho a la vida, la supervivencia y la dignidad: en virtud de estos derechos fundamentales, la privación de libertad puede ser solo excepcional.

En atención a estos principios, se dictaron las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores,³ las cuales instan a los Estados Parte a establecer una edad mínima para que la población juvenil pueda ser sujeto de sanciones penales. En este contexto, el Estado chileno estableció como edad mínima de imputación penal de adolescentes los 14 años, modificando el régimen anterior, que sometía a los/as infractores/as a un examen de discernimiento desde los 16 años, que los/as igualaba a los adultos en su tratamiento penal, alejándose completamente del principio de la especialidad, el cual dice relación con que los Estados deben adecuar sus normas penales a las necesidades emocionales, educativas e intelectuales de los/as adolescentes en conflicto con la ley penal. Este principio se encuentra recogido en el artículo 40.3 de la CDN, que, además, señala que es una obligación para el Estado contar con leyes, procedimientos e instituciones especializadas para tratar a adolescentes que hayan infringido leyes penales.

2 Órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención de Derechos del Niño en los Estados Parte.

3 Conocidas también como “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985.

La entrada en vigencia de la Ley 20.084 incorpora los principios y normas establecidos por la CDN, por las Reglas de Beijing y por las observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño, particularmente la Observación 10 de 2007, ya mencionada.

En consecuencia, la legislación chilena provee una gama de sanciones como penas no privativas de libertad, lo cual es reconocido como algo muy positivo por los actores que intervienen en el proceso de responsabilidad penal adolescente que fueron entrevistados durante la preparación de este capítulo. Se considera un avance en materia de garantía y protección de los derechos fundamentales de los/as adolescentes.

En los hechos, las cifras dan cuenta que la mayor cantidad de condenas por infracción de normas penales es efectivamente a sanciones no privativas de libertad. Así, en 2010, el 90,3% de los/as adolescentes condenados por infracción a leyes penales lo fue a penas no privativas de libertad.⁴ Cifra que no varía mayormente en 2011, cuando corresponde al 85,4%, y en 2012, cuando equivale al 87,2%.⁵

Sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones suscritas internacionalmente por el Estado de Chile no se agota en la dictación de la norma que da a los/as adolescentes un tratamiento especial, que, si bien es un buen comienzo, está lejos de cumplir a cabalidad con el estándar fijado para los Estados parte.

La respuesta del Estado acorde a estándares de respeto y garantía de los derechos humanos, trasciende a una legislación especial que establezca una edad mínima para ser sujeto de sanción penal y establecer garantías procesales de debido proceso para investigar y sancionar a adolescentes en conflicto con la ley penal. Debe, además, combinar una serie de respuestas que prevean tanto la responsabilización de los/as adolescentes por los hechos cometidos como también la reinserción de ellos/as en la comunidad y prevenir su reincidencia.

En este sentido, la CIDH ha señalado respecto de las sanciones no privativas de libertad que estas “deben procurar facilitar la continuidad de la educación de los niños infractores, mantener y fortalecer las relaciones familiares apoyando a quienes están a su cuidado y conectar a los niños con los recursos comunitarios, para posibilitar su reintegración a la vida en comunidad.”⁶

Lo anterior requiere, no solo la articulación judicial de la respuesta estatal y una norma que regule presupuestos básicos acordes al debido proceso, sino, además, una coordinación entre los distintos servicios

4 Gonzalo Berríos, “Ley de Responsabilidad Penal Adolescente como sistema de justicia”, *Política Criminal*, Vol. 6, 11, 2011.

5 Estadísticas publicadas por SENAME en su sitio institucional, www.sename.cl

6 UNICEF y CIDH, Relatoría para los Derechos de la Niñez, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 de julio de 2011, párr.313.

y ministerios para poder cubrir efectivamente la demanda de intervención para el/la infractor/a. Esto es, que él o ella puedan contar con una red que les permita obtener herramientas efectivas para lograr su reinserción social y la prevención eficiente de la reincidencia.

En consecuencia, la obligación del Estado implica proveer una respuesta judicial y administrativa coordinada para atender al interés superior de los/as adolescentes en conflicto con la ley penal en función de su responsabilidad, reinserción y prevención de reincidencia.

2. LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DD.HH.

La Ley 20.084 abarca a lo menos tres elementos claves para ajustar sus disposiciones a estándares de garantía y respeto de derechos fundamentales, según las normas y principios dispuestos en la CDN y en las Reglas de Beijing: el principio del interés superior del adolescente, el principio de especialidad y el principio de la excepcionalidad de la privación de libertad. Dichos principios serán analizados a continuación en su aplicación en los programas de libertad asistida, como la sanción no privativa de libertad más gravosa que contempla el sistema de justicia penal juvenil.

2.1. Principio del interés superior del adolescente

Recogido en el artículo 2 de la ley, implica que todo el proceso y la intervención con el/la adolescente debe fundarse en el reconocimiento y el respeto de sus derechos. Asimismo, el artículo 14 de la ley indica que la libertad asistida especial consiste en “asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario que permita la participación en el proceso de educación formal, la capacitación laboral, la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y rehabilitación de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes y el fortalecimiento del vínculo con su familia o adulto responsable”.

Sin embargo, delegados y coordinadores de Programas de Libertad Asistida Especial (en adelante, PLE) señalan que los planes de intervención aplicados a quienes son condenados a este tipo de programas, suelen estar alejados de las verdaderas necesidades de los/as adolescentes. Uno de ellos, en una entrevista sostenida para este *Informe*, afirmó que “son necesidades donde el punto de partida es el delito (...) no es un programa social, es un programa de reacción penal, donde dentro

de la sanción está el componente de intervención psicosocial”⁷

Todos los intervinientes entrevistados coinciden en que, si bien los PLE en su definición legal son programas intensivos de actividades socioeducativas y de reinserción social, en la práctica se reducen a que el/la adolescente concurra a la reunión con el/la delegado/a a firmar y no existen diferencias sustantivas y profundas entre la libertad asistida y la especial. Señalan que los planes de intervención suelen ser estandarizados y homogéneos, sin ahondar en las verdaderas necesidades e inquietudes del/la joven, lo que finalmente limita las posibilidades de una intervención exitosa. Una defensora de la Región Metropolitana refirió que “los planes de intervención son todos iguales y los profesionales a cargo no son los mejores. Muchas veces los jueces de garantía los retan porque no se saben expresar (...) simplemente se reducen a cumplir con lo formal: asistir a firmar y no cometer nuevos delitos”.⁸

2.2.Principio de especialidad

Establecido en el artículo 29 de la Ley 20.084, también está recogido en la CDN en su artículo 40.3. La norma nacional prescribe que “los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos y los defensores penales públicos que intervengan en las causas de adolescentes, deberán estar capacitados en los estudios e información criminológica vinculada a la ocurrencia de estas infracciones, en la Convención de los Derechos del Niño, en las características y especificidades de la etapa adolescente y en el sistema de ejecución de sanciones establecido en esta misma ley”.

Sin embargo, según las entrevistas sostenidas con distintos actores que intervienen en el sistema penal juvenil, esta capacitación y especialización es muy escasa. Una defensora de la Región Metropolitana, en una entrevista realizada para esta investigación, señaló: “en un comienzo había jueces que les daba derechamente lata tomar causas de adolescentes (...) la ley exige especialización y hay algunos[que] iban a especializarse obligados. Actualmente ha mejorado, pero en los controles de detención, sigue siendo un pool de jueces sin hacer ningún tipo de distinción entre sistema de adultos y RPA”.⁹

Asimismo, desde el SENAME sostienen que la especialización ha sido progresiva, pero que aún sigue siendo insuficiente para cumplir a cabalidad con la obligación prescrita en la CDN y en la misma Ley 20.084.¹⁰

7 Entrevista personal con Coordinador de proyecto de Justicia Juvenil, 19 de febrero de 2013.

8 Entrevista personal con Defensora Juvenil, Región Metropolitana, 4 de marzo de 2013.

9 Entrevista personal con Defensora Juvenil Región Metropolitana centro norte, 7 de marzo de 2013.

10 Entrevista personal sostenida con un funcionario del SENAME perteneciente al departamento de justicia juvenil, 6 de junio de 2013.

Lo anterior tiene directa relación con los recursos económicos destinados a los programas a cargo de la ejecución de la sanción en el medio libre, particularmente, los programas de libertad asistida especial. La asignación de fondos sigue siendo baja y, aunque haya aumentado significativamente en el tiempo –pasando de \$155.534.387 en 2007 a \$2.500.570.946 en 2012–,¹¹ no contempla entre sus partidas la capacitación de los intervinientes.

Cabe señalar que la ejecución de los PLE se realiza a través de organismos cooperadores que, en virtud de la Ley 20.032, reciben fondos desde el SENAME para llevar a cabo la intervención con los/as infractores/as condenados/as. Por lo tanto, se hace una transferencia de recursos y son agentes privados quienes asignan dichos recursos a las distintas necesidades del programa.

Lo anterior dificulta tener profesionales suficientemente capacitados. Se trata de programas muy demandantes que no son bien remunerados, lo que se traduce en una alta rotación del personal¹² y ello no facilita que el personal se especialice y se mantenga. Según datos entregados por el SENAME, en promedio el Estado gasta alrededor de \$150.000 (alrededor de US\$300)¹³ por infractor/a, lo que sin duda no es suficiente para cubrir todo lo necesario para reinserción y prevención del o la joven condenado/a por infracción a normas penales.

Dicha carencia de recursos para la capacitación y mantención de los equipos que intervienen con los condenados/as también es referido por los agentes colaboradores, que señalan que muchas veces el éxito de sus planes de intervención y la capacitación profesional pasa por la “buena voluntad” de los profesionales, más que por un compromiso institucional y del Estado de mejorar la intervención y cumplir los objetivos señalados en la Ley 20.084.¹⁴

La implementación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no ha traído aparejado un plan de capacitación para los actores que intervienen y ello ha tenido como consecuencia que el principio de especialidad no haya podido ser cumplido en profundidad ni en la aplicación de la sanción, esto es, en la especialización que requieren jueces, fiscales y defensores, ni en la ejecución de los programas de libertad asistida especial.

11 Este monto, corresponde al presupuesto destinado a los programas que intervienen en la Región Metropolitana. Información obtenida a través de solicitud formulada el 22 de abril de 2013 a la dirección nacional del Servicio Nacional de Menores.

12 Ello fue referido en la entrevista sostenida con una delegada de la Región Metropolitana y con un funcionario de SENAME; ambos entrevistados con ocasión de este Informe; 19 de febrero y 6 de junio de 2013, respectivamente.

13 Entrevista personal a funcionario del SENAME perteneciente al departamento de justicia juvenil, 4 de junio de 2013.

14 Entrevista personal a una delegada perteneciente a un organismo colaborador del SENAME a cargo de la ejecución de programas de libertad asistida especial en la Región Metropolitana zona norte, 19 de marzo de 2013.

2.3.Principio de excepcionalidad de la privación de libertad

La CDN establece que todo sistema de justicia juvenil debe establecer la privación de libertad de los niños como una medida excepcionalísima. En el mismo sentido, la CIDH ha reiterado que las penas no privativas de libertad son parte esencial de un sistema de justicia juvenil acorde con los principios y obligaciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵

En ese marco, el Párrafo Segundo de la Ley 20.084, contempla una serie de sanciones no privativas de libertad, entre las cuales se encuentra la libertad asistida especial. Sin perjuicio de que se trata de una adecuada aplicación de la normativa internacional, la ejecución de este tipo de sanciones requiere necesariamente de una política pública que articule la respuesta estatal, lo que, según información revelada por los intervinientes en esta fase del proceso de responsabilidad penal y datos recogidos de las distintas instituciones que participan, no se produce de manera óptima, como revisaremos en la sección siguiente.

A la luz del análisis de estos tres principios, es posible concluir que las dificultades para ajustar el sistema de responsabilidad penal juvenil a estándares internacionales de respeto y garantía de los derechos fundamentales radican principalmente en la fase de ejecución, lo que repercutiría en que los objetivos de reinserción social y prevención de reincidencia se cumplan solo de manera parcial. Sin perjuicio de ello, es pertinente indicar que resulta muy complejo medir con certeza el índice de reincidencia, toda vez que el sistema estadístico de SENAME registra “reingresos” que no necesariamente tienen que ver con la comisión de nuevos delitos, sino más bien, con ingresar de nuevo a la red SENAME. Lo cual, puede deberse a otras causales, como por ejemplo, quebrantamiento, que consiste en que el o la adolescente no cumpla con la sanción impuesta.

Una posible explicación de los reingresos se produciría porque la respuesta de los agentes llamados a intervenir es generalmente homogénea y estandarizada,¹⁶ sin mayores matices sobre las verdaderas necesidades del adolescente en conflicto con la ley penal ni con el fin que debe cumplir la pena impuesta al/la joven infractor/a.

Es preciso señalar que muchas veces existe una contraposición entre el objetivo perseguido por la defensa de los/as infractores/as y la dupla psicosocial que interviene con ellos/as. Dicho “conflicto” fue develado tanto por defensores como por delegados. Es muy habitual que el enfoque dado por la dupla apunte a que, a partir de la sanción, se logre dar cobertura de derechos fundamentales como la salud o edu-

15 UNICEF y CIDH, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, op. cit., p. 26.

16 Dicha afirmación fue realizada por una delegada, quien refirió que la premura por cumplir con las exigencias formales impuestas por el sistema conduce a formular planes de intervención estandarizados que no dicen relación con las necesidades actuales del o la infractor/a.

cación, que de otro modo no podrían ser cubiertos. Ello colisiona con los objetivos perseguidos por la defensa penal juvenil, que no pretende imponer la sanción más gravosa de las penas no privativas de libertad, cuando la gravedad del delito no lo amerita o bien cuando no es posible establecer más allá de toda duda razonable la responsabilidad del adolescente en los hechos imputados. En ese sentido, una defensora de la Región Metropolitana centro norte refirió: “muchas veces decimos que un joven tiene que cometer delitos para acceder a un tratamiento de drogas, pero yo no estoy de acuerdo con eso. Muchos tienen una visión bien tutelar, menos nosotros. Si viene acá un chico que vive debajo de un puente, entonces me piden que lo metamos preso para que tenga para comer, esa vendría siendo la respuesta del Estado: meterlo preso. Pero bueno, que el Estado no tenga políticas públicas para esas materias (...) no puede recaer la solución en la sanción penal. Entonces cuando nos oponemos nos miran horrorizados, a mí en audiencias me han dicho que la defensora quiere que el niño se muera...”¹⁷

Los actores que intervienen en el proceso de justicia juvenil, tanto en el proceso judicial como en la ejecución de la sanción, coinciden en que hay una falencia del rol protector del Estado, que aparentemente solo estaría interviniendo cuando hay delito, y no ante la desprotección de niños y niñas, que carecen de una acción efectiva para obtener cobertura en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Lo anterior tiene directa relación con la carencia de una política pública que articule adecuadamente la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia con la respuesta estatal frente a la infracción de leyes penales.

3. POLÍTICA PÚBLICA INTERSECTORIAL EN LA ATENCIÓN DE ADOLESCENTES CONDENADOS A SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Como hemos señalado, parte importante de una correcta ejecución de la sanción penal impuesta a adolescentes infractores/as en el régimen de PLE dice relación con una adecuada coordinación intersectorial y una política pública que aborde esta situación de manera integral.

Según datos entregados por el SENAME, se aplica un régimen de libertad asistida especial a un 30% de los/as adolescentes infractores/as condenados/as a penas no privativas de libertad.¹⁸ La ejecución de dicha sanción, como indica la ley, requiere que el/la infractor/a sea incorporada/o a un proceso de reinserción social, el cual requiere de los siguientes presupuestos como punto de partida:

¹⁷ Entrevista realizada el 7 de marzo de 2013.

¹⁸ Información obtenida en el sitio institucional de SENAME: www.sename.cl

- Reescolarización si procediere.
- Capacitación laboral.
- Rehabilitación de drogas y, por consiguiente, asistencia en materia de salud mental.
- Restablecimiento de sus vínculos comunitarios.

En este escenario, es preciso—a lo menos—la participación de las carteras de Salud, Educación y Trabajo.

En ese marco, para poder realizar un análisis del estado de cumplimiento de lo prescrito por la normativa de responsabilidad penal adolescente, y en particular del régimen de libertad asistida especial, se solicitó—a través de la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública—al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud, al Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol y al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, información sobre sus programas especiales para atender a adolescentes condenados a este tipo de penas, para poder evaluar la política pública intersectorial que articula la respuesta estatal una vez que se ha impuesto un castigo. De ese modo se obtuvieron los resultados que siguen.

3.1. Ministerio de Educación

Bajo la solicitud AJ-001W1512892, de fecha 4 de abril de 2013, el Ministerio fue consultado sobre la existencia y la cantidad de programas especiales para reescolarización de adolescentes condenados a programas de libertad asistida especial y el número de adolescentes que ingresan y egresan al año, desagregados por edad, sexo, situación socioeconómica y nivel de escolaridad. Con fecha 22 de abril de 2013, el Ministerio respondió en un documento Word muy breve lo siguiente:

Existen diversos programas y políticas del Estado destinadas a atender a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad y exclusión social, los cuales, dependiendo de su focalización, pueden trabajar con menores infractores de ley en temas de reescolarización. Uno de estos programas es el de Reinserción y retención escolar de la Coordinación Nacional de Normalización de Estudios del Mineduc, el cual tiene como objetivo: desarrollar estrategias de intervención socio educativas para la población infanto-juvenil en situación de exclusión y vulnerabilidad social, en todo el territorio nacional, a través del apoyo y financiación a instituciones públicas y/o privadas que cuenten con experiencia en atención psicosocial y educativa, con el fin de motivar, preparar y orientar a sus beneficiarios hacia la continuidad de

su trayectoria educativa, que les habiliten para el logro de los 12 años de escolaridad obligatoria.

Este programa, dado su criterio de focalización de los destinatarios trabaja con menores condenados a programas de libertad asistida especial.

Esta respuesta no contenía información pormenorizada sobre el territorio en el cual dichos programas se ejecutan, ni sobre la cantidad de los mismos. Asimismo, frente a la petición de datos estadísticos desagregados por sexo, edad, nivel socioeconómico y escolaridad, se nos indicó que dichas cifras no existen y solo se informó el número de beneficiarios, como se puede observar en la Tabla 1, sin distinguir entre qué número de esos usuarios corresponde a jóvenes condenados/as a una sanción no privativa de libertad, como un PLE, y cuántos corresponden a usuarios únicamente “en situación de exclusión y vulnerabilidad social”.

Cuadro 1

| Año | Usuarios |
|------|----------|
| 2007 | 1.390 |
| 2008 | 1.127 |
| 2009 | 935 |
| 2010 | 950 |
| 2011 | 90 |
| 2012 | 1605 |
| 2013 | 2574 |

Fuente: Mineduc

La información otorgada por el Ministerio mediante correo electrónico, a través de la coordinación de apoyo web, no fue suficiente para contrastar los dichos de delegados y coordinadores, quienes señalaron que no hay un respaldo institucional para reescolarizar a los jóvenes condenados por infracción a leyes penales. Una de las entrevistadas con ocasión de este *Informe* sostuvo que “frente a la conducta disruptiva de un joven infractor es muy difícil que un director de colegio quiera aceptarlo. Es más, la gran mayoría de las veces, han sido expulsados de los mismos colegios donde hay que solicitar su reincorporación y ellos simplemente se niegan. Y ahí no tenemos mucho que hacer porque las corporaciones municipales no intervienen a favor de un chi-

quillo con compromiso delictual”.¹⁹

Llama la atención la precaria respuesta del Mineduc sobre este punto, ya que la reescolarización de los/as adolescentes que han entrado en conflicto con la ley penal es un elemento fundamental para la prevención y el restablecimiento de los lazos comunitarios, lo cual es una recomendación tanto de la CIDH como del Comité de los Derechos del Niño.²⁰

3.2. Ministerio de Salud

La consulta particular formulada al Ministerio pidió informar sobre la existencia de programas especiales para adolescentes infractores/as condenados/as a programas de libertad asistida especial y sobre sus ejes programáticos cuando se trata de jóvenes que padecen de problemas de salud mental, particularmente para la Región Metropolitana. El 4 de abril de 2013 se requirió tal información a través de su página web sobre transparencia pasiva.

El Minsal informó en la solicitud de respuesta 1229452, emitida con fecha 29 de abril de 2013, que se ha desarrollado un proyecto colaborativo con SENAME, SENDA y Gendarmería a través del cual se implementan planes de tratamiento en el sistema público y privado, donde los jóvenes pueden ser atendidos de forma gratuita. A estos pueden acceder aquellos condenados a planes de libertad asistida común o especial, según la evaluación realizada por el juez o por el equipo de SENAME que administra la sanción, a través del plan de intervención individual. Ello debe contar con la voluntad del o la joven para su incorporación.

Se informó, además, que en la Región Metropolitana cuentan con los siguientes programas:

- Programa de atención para adolescentes infractores ÁGORA, Quilicura.
- Hospital psiquiátrico Horwitz.
- Programa de atención de infractores ÁGORA, Colina.
- Programa de tratamiento residencial femenino.
- Programa de atención de infractores ÁGORA La Reina.
- Cosam Ñuñoa.
- Programa adolescentes mujeres infractoras de ley.

No señalaron el número de camas disponibles para jóvenes infractores/as, un dato muy relevante de conocer porque, frente a la situación

¹⁹ Entrevista personal sostenida con una delegada, 19 de marzo de 2013.

²⁰ UNICEF y CIDH, Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, op. cit.

de consumo problemático de drogas y estupefacientes que mucha población juvenil infractora posee, la red asistencial especialmente para desintoxicación es fundamental. Tampoco profundizaron sobre sus ejes programáticos y objetivos perseguidos en la intervención, ni se refirieron al número de jóvenes atendidos.

La falta de información dificulta hacer un análisis detallado sobre la articulación intersectorial. Sin embargo, es posible observar que el trabajo coordinado entre los distintos intervinientes del proceso de ejecución es bastante escaso.

3.3. Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE)

Mediante la petición OL-81827-L7B5S8, formulada al servicio con fecha 3 de abril de 2013, se solicitó que indicaran si existían programas para adolescentes infractores condenados a libertad especial asistida, en cuyo plan de intervención—que debe ser aprobado por el respectivo tribunal de garantía—se incluya la capacitación laboral. Se requirió informar quién los ejecuta y cuántos adolescentes ingresan y egresan al año, desagregados por sexo, edad, nivel de escolarización y situación socioeconómica.

El servicio señaló que no contaba con dicha información y que el órgano que debía responder nuestra solicitud era el SENAME. Al cierre de esta edición, no habíamos recibido la información solicitada.²¹

3.4. Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA)

Nuestra solicitud de información AB092W00054 ingresó al Servicio mediante el sitio web de SENDA, en su link de transparencia pasiva, con fecha 4 de abril de 2013. La información se entregó mediante el oficio 945 del 2 de mayo de 2013. Aunque fue la respuesta más completa que recibimos por parte de las distintas entidades públicas, aun resulta insuficiente para conocer en detalle el funcionamiento del sistema en la fase de ejecución de la sanción penal.

En relación a la cantidad de programas disponibles para jóvenes infractores, los datos aportados coincidieron con los entregados por el Minsal, sin aportar nuevos programas ni localidades.

Se consultó sobre los ejes de los programas de libertad asistida especial. Al respecto refirió:

²¹ Cabe indicar que la información que se requirió directamente a SENAME a través de una carta dirigida al Director Nacional, fue entregada con prontitud y respondió íntegramente a nuestro requerimiento.

Los principios orientadores corresponden a la integralidad de la intervención, la atención personalizada, la flexibilidad de la atención, la consideración de las variables evolutivas del desarrollo, la promoción del desarrollo y la resiliencia, la responsabilización frente al delito, la reparación de derechos, el trabajo en red, el acompañamiento terapéutico y la continuidad terapéutica.

A su vez, se nos informó que los casos tratados durante el año 2010 fueron 1.054 y, en el año 2011 se trataron 1001 casos.

Sin embargo, cuando esta cifra se entrega desagregada por sexo, el total de jóvenes atendidos/as aumenta a 1.818 en 2010 y 1.502 en 2011; lo que no se condice con los datos entregados por el SENAME, que en 2011 registra 1.415 adolescentes condenados a PLE.

Esta disonancia en las cifras podría interpretarse como un síntoma de una política pública intersectorial prácticamente inexistente, siendo reconocido por todos los actores que la coordinación entre los distintos servicios llamados a intervenir en la ejecución de la sanción penal es nula. Esa parece ser la razón de que las cifras entregadas por un servicio y otro no coincidan, lo que da cuenta de una dificultad mucho mayor y que impacta en la calidad de la intervención que se realiza con adolescentes infractores/as.

A mayor abundamiento, no es posible realizar cruces entre la información recogida, ya que no se encontraron variables comunes para el acopio de datos y cifras, ni enfoques unificados en la intervención que cada cartera hace en el trabajo con el/la adolescente.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según lo expuesto en estas páginas, es posible concluir que la dictación de la Ley 20.084 sin duda fue un avance, principalmente porque creó un régimen diferenciado de tratamiento penal entre jóvenes y adultos, y fijó además una edad mínima para ser responsable de infracciones penales, abandonando así un sistema tutelar que, una vez aplicado el examen de discernimiento, trataba de manera análoga a adolescentes y adultos. De este modo, incorpora al sistema de justicia penal juvenil principios fundantes del derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia y adolescencia, como son el interés superior del adolescente, el principio de especialidad y de excepcionalidad de la privación de libertad, los cuales han sido expresamente reconocidos en la CDN y en las Reglas de Beijing.

También ha sido un avance la variación de las sanciones dispuestas y la amplia gama de estas, las cuales han efectivamente reservado la privación de libertad como una medida excepcionalísima. Lo anterior

se condice con los datos recogidos, ya que hay una utilización restrictiva de las penas privativas de libertad, toda vez que alrededor del 90% de las condenas es a regímenes no privativos.

Sin perjuicio de lo anterior, observamos falencias importantes tanto en el desarrollo del proceso que lleva a la condena del/la adolescente como en la fase de ejecución de la pena una vez que se ha determinado la culpabilidad y responsabilidad del/la joven.

Un déficit relevante que atraviesa tanto el proceso penal como la ejecución, pasa por la capacitación y especialización de jueces, defensores y fiscales; y por cierto, por la del personal que interviene en la ejecución de la sanción y de quienes debiesen coordinar el accionar de todos los intervinientes. Todos los entrevistados coincidieron en este punto, así como también señalan que hay una carencia total de articulación entre todos los órganos del Estado llamados a participar en el proceso de sancionar y ejecutar la pena respecto de jóvenes infractores/as condenados/as en la gran mayoría de las sanciones no privativas de libertad y, en particular, a los programas de libertad asistida especial.

Lo anterior sugiere que hay una parte del sistema que no funciona adecuadamente. Es posible concluir esto a partir de las entrevistas. Así también lo señala el fiscal nacional Sabas Chahuán en su cuenta anual de 2013 respecto de la gestión del Ministerio Público: “observamos una fuerte frustración social que se asocia frecuentemente a la incapacidad de los instrumentos legales para frenar o interrumpir el inicio o la continuación de actividades delictivas de jóvenes que presentan altos grados de desprotección social”.²²

Ello dice relación con que la falta de una adecuada coordinación intersectorial, también estaría afectando la efectividad de las sanciones impuestas y especialmente al cumplimiento de sus primordiales objetivos: promover la reinserción y prevenir la reincidencia, dando un tratamiento al/la infractor/a de sujeto de derechos, lo que es fundamental para su responsabilización y compromiso. Una de las defensoras entrevistadas para este *Informe* señaló que, en muchos casos, la sanción penal viene a ser el mecanismo a través del cual se estarían cubriendo derechos fundamentales que de otro modo están desprovistos, lo que sin duda desnaturaliza el objetivo de la sanción.

Otra falencia observada es la falta de estadísticas y mediciones comunes entre los distintos órganos llamados a intervenir en la fase de ejecución, lo que no permite saber con certeza el efectivo cumplimiento de los fines perseguidos por la Ley 20.084 y, en definitiva, conocer el verdadero estado de desarrollo del sistema de justicia penal juvenil en términos de su ajuste a los estándares internacionales de

22 Cuenta anual realizada por el Fiscal Nacional, 18 de abril de 2013.

protección y garantía de derechos fundamentales cuando se trata de jóvenes infractores/as.

En atención a lo anterior, se realizan las siguientes recomendaciones:

1. La dictación de una ley integral de protección de derechos de la infancia, la cual es fundamental para que pueda actuar antes que la ley penal y realmente constituya al Estado en un ente protector de derechos fundamentales y no solo castigador frente a la infracción de normas penales.²³
2. Proveer de una política pública que coordine y articule el accionar intersectorial y que se unifiquen a través de ella los criterios y los énfasis con que cada cartera actúa en la ejecución de la sanción penal. La ausencia de esta provoca que las funciones desempeñadas por cada órgano se dupliquen o bien que haya una total desconexión entre las tareas desarrolladas por los diferentes actores, lo que trae como resultado una intervención completamente insuficiente para cumplir los ambiciosos objetivos planteados en principio por la Ley 20.084.

En tal sentido, los anuncios sobre las nuevas reformas a la Ley 20.084, solo se justifican en la medida que la problemática de la ejecución sea abordada de manera adecuada, destinando más recursos a ella, tanto económicos como humanos, a fin de que el Estado aporte un verdadero respaldo institucional en la intervención desarrollada con jóvenes infractores/as de la ley penal.

23 Dicho proyecto de ley fue presentado en mayo de 2013 y se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, con urgencia simple, Boletín 8911-18.

**SALUD MENTAL Y
DERECHOS HUMANOS:
LA SALUD DE
SEGUNDA
CATEGORÍA***

* Capítulo elaborado por Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela. Agradecemos el apoyo de los ayudantes de la Facultad de Derecho, Javiera Aravena y Nicolás Cachaña y a Ignacio Brunel, de la Facultad de Psicología, en la elaboración de este texto.

Hablando muy desde las enfermedades que he padecido y muchos hemos padecido, no le deseo una depresión a nadie. Pero sí me gustaría que Longueira tuviera que enfrentarse a ella desde el mismo sistema público de salud al que acudo. Que tuviera que pasar por el AUGE, que le dieran 3 sesiones con un psiquiatra (de 15 minutos cada una) y 6 con un psicólogo (3 una vez por semana y el resto mensual) y tuviera que pararse frente a su jefe (desearía también que tuviera uno) a explicarle que no es flojo sino que está enfermo (ojo). Desearía que le rechazaran la licencia, que tuviera que peregrinar por mil contralores en su ISAPRE intentando que le creyeran que la licencia no es trucha. Que no pueda cambiarse de plan en la ISAPRE por la “preexistencia” y que de ahora en adelante cada vez que vaya a un médico tenga que convencerlo de que lo que le duele no es porque está loco sino que tiene dolencias físicas reales. Que de ahora en adelante lo consideren “débil” aun cuando ya no esté pasando por una crisis. Que tenga que vivir con el estigma de haber sufrido (o sufrir de por vida) una enfermedad psiquiátrica. Que viva la depresión como cualquier otro chileno y que la tele dejara de tenerle pena. Eso sí le desearía. Porque cuando le pasa a un rico la gente se escandaliza. Porque cuando le pasa a un rico las cosas cambian... Camila Sepúlveda B.¹

¹ Radio BiobíoChile. La bajada de Pablo Longueira como candidato de la Alianza ha provocado una ola de debate no solo a nivel político, sino también de salud, respecto a la depresión como una enfermedad invalidante. En este contexto, una persona que ha sufrido depresión clínica compartió una descarnada opinión respecto de lo que significa sufrir esta condición psiquiátrica desde la perspectiva del sistema público de salud: BiobíoChile, “Me gustaría que Pablo Longueira enfrentara su depresión desde el sistema público al que acudo”.

SÍNTESIS

Las licencias por salud mental se convirtieron en 2008 en la primera causa de incapacidad transitoria en los usuarios del sistema público. Sin embargo, este tipo de licencias médicas presenta una tasa de rechazo mayor que aquellas presentadas por otros problemas de salud. Sin duda, Chile ha avanzado en las dos últimas décadas en materia de provisión de atención en salud mental, pero el Estado sigue estando al debe cuando se examina la situación de esta desde la perspectiva del cumplimiento de los estándares comprometidos en materia de derechos humanos.

La no discriminación es un principio básico de los derechos humanos y un elemento decisivo en materia de acceso a la salud. En virtud de ello, el Estado chileno se encuentra mandado a garantizar el acceso a la atención en salud mental en condiciones de igualdad, pero hoy en Chile aún se observan procesos de discriminación en la atención. Ejemplos de ello, son a) la brecha persistente entre la demanda de y el acceso a atención en salud mental; b) la falta de disponibilidad de atención primaria en salud mental: en 2011 existían 21 comunas y 486 establecimientos en los que el programa no tenía cobertura;² c) las importantes brechas en las horas de atención en salud mental disponibles en algunos territorios del país que coinciden con comunas socioeconómicamente vulnerables; d) un mayor rechazo de las licencias médicas derivadas de problemas de salud mental al compararseles con otros problemas de salud; y e) ausencia de planes y/o estrategias específicas para atender la necesidades de niñas y niños reconocidos como grupos vulnerables.

2 Datos Minsal, 2011.

Chile cuenta con un magro presupuesto destinado a salud mental, cuyo máximo ha alcanzado al 3% del total del gasto en salud (en países desarrollados, bordea el 10%), lo cual se relaciona con algunos de los procesos de discriminación mencionados en la atención en salud mental. Sin recursos suficientes, equitativos y sostenibles, así como sin políticas y estrategias con claros objetivos, plazos e indicadores, la promesa del acceso oportuno y de la calidad en la atención en salud mental es insostenible.

PALABRAS CLAVE: Discriminación en salud mental, Derechos humanos en salud mental; Observación 14 del PIDESC

INTRODUCCIÓN

Las movilizaciones de los últimos años dan cuenta de una ciudadanía más consciente de sus derechos y de las obligaciones del Estado. Hoy Chile reclama por el derecho a la educación: por las enormes e injustas desigualdades en materia de calidad y lo inaceptable del lucro sobre un bien público esencial. Sin duda, estos conceptos claves en la discusión sobre educación, es decir, el lucro y la calidad, serán enarbolados en nombre del derecho a la salud en el corto plazo.

El Estado tiene el deber de garantizar el derecho a la salud. Sin embargo, existen deficiencias del sistema que vulneran esta garantía constitucional, tanto en términos generales como, de manera específica, en la dimensión de salud mental. El derecho constitucional a la salud solo se ha garantizado en Chile en términos básicos de acceso libre e igualitario a la promoción, protección y recuperación de la salud y de la rehabilitación del individuo,³ cuestión que no constituye el foco de este análisis pero que se abre como horizonte de estudios posteriores.

Este capítulo tiene por objeto instalar por primera vez en este *Informe* la situación de la salud mental y los derechos humanos. Por consiguiente, no pretende realizar un exhaustivo análisis epidemiológico ni de la jurisprudencia administrativa y legal sobre este tema, sino analizar la salud mental de la población desde la perspectiva de los derechos humanos. Para ello se presentan antecedentes sobre lo alarmante de la situación de salud mental en Chile; se describen las normas y tratados internacionales ratificados por Chile relativos a este derecho, así como también la normativa nacional vigente en materia de protección del derecho a la salud y, en particular, de la salud mental; se analiza el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado en relación al derecho a la salud mental; y se plantean recomendaciones en la materia.

Aun cuando en Chile se evidencian importantes esfuerzos por mejorar la atención en salud mental, constatamos un conjunto de inequi-

3 Constitución Política de la República, art. 19 N°9.

dades y de procesos de discriminación arbitrarios, evitables e injustos, que no solo pueden sino que deben ser remediados por el Estado en virtud de los compromisos que ha contraído. Cuando decimos que la salud mental es una salud de segunda categoría, aludimos al estatus legal, social, cultural y de protección de garantías que goza en comparación con la salud física. Se observan procesos de discriminación en la provisión de la atención en salud mental en relación al territorio y respecto a grupos vulnerables (como la infancia), además de diferencias en las tasas de rechazo de licencias médicas. En este capítulo, abordaremos, desde la perspectiva del goce de los derechos humanos, la presencia de estas inequidades en materia de atención en salud mental. Avanzar en materia de protección de la salud mental sin duda que redundará en buenos dividendos en los indicadores de salud, económicos y sociales; sin embargo, su urgencia está dada por tratarse de un derecho humano que no ha sido resguardado debidamente.

1. LA SALUD MENTAL COMO PROBLEMA DE INTERÉS PÚBLICO: MAGNITUD, CONSECUENCIAS Y COSTOS DERIVADOS DE LOS PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha estimado que una de cada cuatro personas desarrolla uno o más trastornos de salud mental en el transcurso de su vida y que el 75% de las personas que sufren estos trastornos en países de ingresos bajos o medios no recibe la asistencia o tratamiento necesarios.⁴ En 2010 se estimó que 176 millones de personas tenían problemas relacionados a la salud mental en la región americana. Ya en 2000, los problemas de salud mental representaban el 24% de la carga de enfermedad en la región, siendo la depresión la de mayor prevalencia entre las diferentes patologías, afectando al 20% de niños y adolescentes.⁵

La visibilización de los problemas de salud mental ha sido un proceso lento, empujado principalmente por los alarmantes indicadores de prevalencia a nivel internacional, el impacto de este tipo de patologías en indicadores de discapacidad y mortalidad evitables, el reconocimiento de la comorbilidad⁶ (co-ocurrencia) entre estos y otros problemas sociales y de salud, y la alta carga económica asociada a la disposición de servicios de atención y a la pérdida de productividad individual y de las organizaciones.⁷ Sin embargo, este tópico ha recibido escasa atención desde la perspectiva de los derechos humanos en Chile.

1.1. Magnitud del problema

La magnitud del problema de salud mental en la población chilena puede estimarse accediendo a diversos indicadores. Entre ellos, los datos reportados en las encuestas poblacionales, las cifras de acceso a los programas estatales de atención en salud mental y la emisión de licencias médicas como medida de reposo laboral.

En Chile, las condiciones neuropsiquiátricas se encuentran entre las cinco primeras enfermedades que generan años de vida perdidos por muerte prematura y discapacidad evitable (AVISA)⁸ al considerar ambos sexos,⁹ sumando un 23% del total de AVISA. Entre 1997 y 2007,

4 Organización Mundial de la Salud (OMS), mhGAP, Programa de acción mundial para superar las brechas en salud mental. Mejora y ampliación de la atención de los trastornos mentales, neurológicos y por abuso de sustancias, 2008, pp. 6-7

5 Mirta Roses Periago, "La salud mental: Una prioridad de salud pública en las Américas", *Revista Panamericana de Salud Pública* 18 (4-5), 2005, p. 223 y ss.

6 Presencia de más de un diagnóstico en un individuo simultáneamente.

7 Elisa Ansoleaga, *Sintomatología depresiva y consumo riesgoso de alcohol en trabajadores expuestos a factores psicosociales laborales adversos: Un asunto pendiente en salud pública*, Santiago: Universidad de Chile, Escuela de Salud Pública, Doctorado en salud pública, 2013.

8 AVISA (DALYs): Discapacidad ajustada por años de vida. Indicador que incluye la suma de años potencialmente perdidos por muerte prematura y los años de productividad perdidos por discapacidad.

9 Ministerio de Salud (Minsal), Estudio carga de enfermedad y carga atribuible 2007, 2007, pp.

se observa un aumento considerable en las licencias relacionadas con enfermedades de salud mental, que se triplicaron en el sistema público y privado (de 662.676 a 1.714.830 en FONASA y de 128.600 a 388.139 en ISAPRES).¹⁰ En 2008, las licencias por salud mental se convirtieron en la primera causa de incapacidad transitoria en los beneficiarios del sistema público.¹¹ En 2011 las licencias por salud mental representaron un 18,6% del total de licencias tramitadas (1.030.233).¹² Dentro de las licencias por enfermedades psiquiátricas, el 55,1% se debió a episodios depresivos, el 21,3% a trastornos de ansiedad y un 15,1% a estrés grave y trastornos de adaptación.¹³

En 2011, las enfermedades por trastornos mentales y del comportamiento representaron un 19,3% del gasto en Subsidio por Incapacidad Laboral, lo que equivale a \$32.977 millones. Esto significa una reducción leve respecto al año anterior, en que representó un 20,6% (\$33.347 millones). En ambos años fue el grupo que presentó un mayor gasto, superando a enfermedades del sistema osteomuscular y tejido conjuntivo, traumatismos, envenenamientos, tumores, embarazo, parto y puerperio.¹⁴⁻¹⁵

Por otra parte, las licencias médicas por salud mental presentan las más altas tasas de rechazo, en comparación con las licencias por otros problemas de salud.¹⁶ Datos de la Superintendencia de Seguridad Social muestran que, en 2008, el sistema privado (ISAPRES) rechazó un 46% de las licencias por salud mental, mientras que FONASA lo hizo en el 29% de los casos, obteniendo en ambos sistemas la mayor proporción de rechazos.¹⁷ La licencia médica es un instrumento terapéutico, utilizado por los especialistas como un bien necesario para la recuperación de las personas. En consecuencia, la negación del derecho al reposo necesario constituye, en cierta medida, la denegación del derecho al mejor tratamiento disponible, así consignado por los especialistas. Por lo tanto, es posible afirmar que la salud mental es una salud de segunda categoría o goza de un estatus inferior comparada con otros problemas de salud.

7-8.

10 Gonzalo Miranda, Sergio Alvarado y Jay Kaufman, "Duración de las licencias médicas FONASA por trastornos mentales y del comportamiento", *Revista Médica de Chile* 140 (2), 2012, p. 209.

11 *Ibíd.*

12 *Ibíd.*

13 *Ibíd.*

14 *Ibíd.*

15 Estas cifras no consideran las licencias reclamadas a COMPIN, reliquidaciones y reconsideraciones efectuadas por las ISAPRES.

16 Alejandra Poblete, Informe sobre las licencias de salud mental. Análisis estadístico comparativo 1995-2007, Departamento de Salud Mental, Minsal, Santiago, 2008.

17 Superintendencia de Seguridad Social (2008); *El Mercurio*, "Licencias tramitadas por problemas de salud mental crecieron en 82% entre 2005 y 2007", 4 de julio de 2008.

Garantizar el financiamiento del sistema de atención en salud mental es clave a efectos de la sustentabilidad de la oferta. En este sentido, el escenario es desfavorable: en junio de 2012, se estimaba que ese financiamiento era menor al 3% del presupuesto total de salud.¹⁸ La OMS¹⁹ ha estimado que el presupuesto promedio destinado a salud mental de países en América del Sur (8 consultados) es de un 2,05%, variando entre el 0,2% y el 7%. Los datos para Chile lo ubican cerca de la media con un 2,1% (Argentina 2%, Perú 3%, Uruguay 7%, Brasil 2,4%, Ecuador 1,2%);²⁰ sin embargo, esta cifra, como se desarrollará más adelante, resulta insuficiente para cubrir las necesidades de atención y se encuentra distante de lo que el propio Ministerio de Salud de Chile estimaba necesario en 2000. En dicho año, el Minsal sostuvo que, para 2010, el gasto en salud mental debía bordear el 5% del presupuesto total de salud.²¹ Asimismo, propuso entonces como estrategia un aumento progresivo del 0,5% a 1,0% anual para así generar campañas preventivas y de promoción en salud mental, lo cual ahorraría gastos futuros en tratamiento.²² Si se comparan los presupuestos en la región latinoamericana con los de países desarrollados, observamos una distancia enorme que nos sitúa muy por debajo de países como Australia (9,6%), Reino Unido (10%), Suecia (11%), Nueva Zelanda (11%) y Estados Unidos (6%).²³ A la carencia de financiamiento se agrega la ausencia de una legislación que haga obligatorio el uso anual del presupuesto asignado a salud mental, exceptuando para las patologías seleccionadas dentro de las garantías explícitas en salud, las que corresponden tan solo a un 5% del total de problemas cubiertos por dichas garantías. En el caso del Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría, así como de los diversos programas de salud mental, su desarrollo arriesga cada año en virtud de las decisiones y prioridades que el Ministerio y sus respectivas autoridades adopten.

1.2. Consecuencias y costos derivados de los problemas de salud mental

Dada la magnitud del problema, es importante dar cuenta de las consecuencias y costos derivados de este. Los trastornos de salud mental, entre otras consecuencias, pueden dar lugar a traumatismos no inten-

18 Camila Valdés y Paula Errázuriz, "Salud mental en Chile: El paciente pobre del sistema de salud", *Claves de Políticas Públicas*, 11, Instituto de Políticas Públicas, Universidad Diego Portales, 2012.

19 OMS, Informe WHO AIMS (World Health Organization - Assessment Instrument for Mental Health Systems) sobre los sistemas de salud mental en América Latina y el Caribe, 2013.

20 Ibid.

21 OMS, Informe WHO AIMS sobre salud mental en Chile, 2007.

22 Alberto Minoletti y Alessandra Zaccaria, "Plan Nacional de Salud Mental en Chile: 10 años de experiencia", *Revista Panamericana de Salud Pública* 18 (4-5), 2005.

23 OMS, Informe WHO AIMS sobre salud mental en Chile, op. cit.

cionales o intencionales y producir un gran estigma social y discriminación en la población afectada, lo que constituye una importante barrera para recibir tratamiento.²⁴

Ello se observa en los cuadros depresivos, que producen desesperanza y aislamiento social, repercutiendo negativamente en las relaciones sociales y familiares y dificultando la integración y/o el desarrollo de actividades cotidianas como el trabajo; afectan otros indicadores de salud, como la incidencia de enfermedades del corazón; se relacionan con el síndrome de dolor crónico; e influye negativamente –según se ha demostrado– en la adherencia a diversos tratamientos médicos, lo que puede agravar otros problemas de salud de base.²⁵ Una de las consecuencias comunes en la depresión es el suicidio: entre un 15% y un 20% de quienes padecen depresión fallecen de esta forma, lo que podría ser evitado si se contara con el tratamiento adecuado.²⁶ Chile ocupa el segundo lugar (solo siendo superado por Corea) en aumento de la tasa de mortalidad por suicidio (1995-2009) entre los países miembros de la OCDE (2011). La tasa de suicidio juvenil se duplicó en Chile entre 2000 y 2010, pasando de 4 a 8 por 100 mil habitantes.

El reconocimiento de los trastornos de salud mental como un problema de salud pública no lo ha transformado en un tema prioritario en la agenda política del país. Creemos que su análisis desde la perspectiva de derechos humanos puede favorecer su posicionamiento como problema relevante.

2. NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

El derecho a la salud se reconoce en el artículo 19 N° 9 de la Constitución. Desde la entrada en vigencia de la constitución de 1980 ha mantenido intacta su redacción original; las interpretaciones doctrinarias y la normativa internacional a la cual Chile ha adherido han complementado los elementos involucrados en esta garantía constitucional. El Estado de Chile suscribió y ratificó 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.”²⁷

24 Benjamín Vicente, Pedro Rioseco, Sandra Saldívar y otros, “Estudio chileno de prevalencia y patología psiquiátrica”, *Revista Médica de Chile*, 130(5), 2002.

25 Ansoleaga, op. cit., p. 17.

26 OMS, *The World Health Report 2001. Mental Health: New Understanding, New Hope*, 2001, p. 30.

27 ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado mediante resolución del 16 de diciembre de 1966, 2200A (XXI), en vigor desde el 3 de enero de 1976, art. 2.2.

Este precepto, imperativo en Chile, ofrece un reconocimiento mucho más amplio que el establecido en el contexto de la normativa constitucional nacional. El alcance de esta norma fue interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) a través de la Observación General N° 14. En esta se establece que “Si bien es cierto que las observaciones generales del Comité DESC no obligan jurídicamente a los Estados miembros del PIDESC, ellas tienen importancia en tanto se trata de un organismo técnico de expertos que elabora interpretaciones que pueden ser útiles para los Estados y los organismos internacionales a la hora de enfrentar el contenido del PIDESC”.²⁸

En la Observación N° 14 se indica, a propósito de lo establecido en el artículo 12 del PIDESC acerca del reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que, entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, deben figurar las necesarias para: a) la 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.²⁹

Tal como se explicitó en la Observación 14, el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de ellos. Es necesario destacar esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre el derecho a la salud y otros derechos. Este vínculo implica que el no reconocimiento del derecho a la salud puede obstaculizar el ejercicio de otros derechos humanos.³⁰ Es importante también señalar la relevancia de los factores determinantes básicos de la salud, como 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 pueden ser tanto causa como consecuencia de la pobreza.³¹

La no discriminación y la igualdad son también principios básicos y fundamentales de los derechos humanos y elementos decisivos del derecho a la salud. Estos principios mandatan a los Estados a prohibir, prevenir y eliminar la discriminación en todas sus formas y a garanti-

28 Rodolfo Figueroa García Huidobro, *Revista de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Talca 2013, artículo aceptado para publicación.
29 ONU, PIDESC, op. cit, art. 2.2.

30 *Ibid.*

31 ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), Observación General 14, párr. 12, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 22° periodo de sesiones, 2000.

zar a todas las personas el acceso a la atención de salud y a los factores y condiciones que contribuyen a la protección y promoción del derecho a la salud en condiciones de igualdad,³² e imponen a los Estados la obligación de reconocer las diferencias y satisfacer las necesidades específicas de los grupos que generalmente afrontan dificultades especiales en el sector de la salud.³³

La obligación de garantizar la no discriminación requiere la aplicación de normas de salud específicas a determinados grupos de la población, porque, por lo general, esta marginación es la causa básica de las desigualdades estructurales fundamentales existentes en una sociedad y a la vez esa situación hace a esos grupos más vulnerables a la pobreza y a la mala salud.³⁴

El Comité DESC ha establecido que no se justifica la falta de protección de hecho o de derecho de los miembros vulnerables de la sociedad contra la discriminación en el sector de la salud. Aun en situaciones de limitación grave de recursos, el Estado tiene la “obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes”; asimismo, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud se debe impedir “toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos” (que no son exhaustivos), en especial en lo vinculado a “las obligaciones fundamentales del derecho a la salud”.³⁵

3. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS Y PROGRAMAS PÚBLICOS EN SALUD MENTAL Y LOS PROBLEMAS DE DISCRIMINACIÓN

Este apartado describe las políticas y programas públicos de provisión de atención en salud mental, identifica brechas en la provisión del servicio que implican una clara discriminación de algunos grupos sociales y compara la estrategia actual con los estándares internacionales de DD.HH.

3.1. Políticas y programas públicos de atención en salud mental

En Chile, desde el retorno a la democracia en los años noventa, los gobiernos han puesto en marcha un conjunto de programas en el ámbito de la salud mental. Este trabajo se ha visto plasmado en la instalación del Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría, un primero en 1993

32 *Ibíd.*

33 *Ibíd.*

34 *Ibíd.*, párr 19.

35 *Ibíd.*

y un segundo a partir de 2000.³⁶ A grandes rasgos, el segundo Plan³⁷ implicó el tránsito desde un modelo de atención hospitalaria cerrado a uno de carácter comunitario. La evaluación general es positiva si se compara el estado de la cuestión en 2005 con las condiciones anteriores, apreciándose un aumento del presupuesto en salud mental (de un 1.8% a cifras cercanas al 3% del presupuesto global de salud), la ampliación en la cobertura de atención, una mayor satisfacción de los usuarios³⁸ y la determinación de un conjunto de patologías prioritarias contenidas en los siguientes programas específicos: detección, diagnóstico y tratamiento de la depresión en la atención primaria; tratamiento de la esquizofrenia; tratamiento y rehabilitación de alcohol y drogas; y reparación integral de salud y derechos humanos.³⁹ Sin embargo, se observan enormes inequidades en la distribución geográfica de los recursos de infraestructura, materiales y humanos, y en la entrega de servicios de salud mental. Junto con lo anterior, en 2005 persistían diversas resistencias de parte de los profesionales de la salud y dificultades estructurales tales como la ausencia de un sistema nacional de registro, una legislación que asegure sustentabilidad financiera del Plan y escasa cobertura a las necesidades de atención en salud mental infantil, entre otras.⁴⁰

A pesar de los esfuerzos desplegados por el Minsal para incorporar y dar relevancia al tema de salud mental en la agenda de salud pública, la evaluación de la iniciativa ATLAS⁴¹ en salud mental, de la OMS, sostuvo que el nivel de implementación de las políticas y programas del Plan, en la práctica, solo alcanzó entre un 20% y un 25% en 2005.

Otra deuda en relación a lo comprometido en el Plan de Salud Mental se refiere al reconocimiento estratégico que se dio al trabajo intersectorial, señalando que el sector salud coordinaría con otros sectores de gobierno y de la sociedad civil un conjunto de acciones específicas en los siguientes ámbitos prioritarios: escuelas, centros de trabajo, barrios y comunas, y personas en conflicto con la justicia. La OMS, al evaluar el Plan, reconoció que la estrategia intersectorial había sido parcialmente implementada y que no existen disposiciones legales o financieras en Chile para proteger a los usuarios de discriminación en el trabajo a causa de un trastorno mental.⁴²

Asimismo, desde el punto de vista de los DD.HH., la promulgación del Sistema de Garantías Explícitas en Salud (en adelante, GES) esta-

36 El plan 2012-2020 no fue publicado como tal, sino que fue subsumido en la Estrategia Nacional de Salud.

37 Minsal, Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría, 2000.

38 Minoletti y Zaccaría, op. cit., p. 355 y ss.

39 Minsal, Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría, op. cit.

40 Minoletti y Zaccaría, op. cit.

41 OMS, Mental Health Atlas, 2005.

42 OMS, Informe WHO AIMS sobre salud mental en Chile, op. cit., p. 61.

blece una política enfocada en derechos de las personas que el Estado se compromete a cumplir. Esto pone en el centro de las políticas a las personas y las empodera en tanto sujetos de derecho con posición política, mejorando la equidad.⁴³ En el último tiempo, se ha producido un cambio en la manera de relacionarse entre el Estado y el receptor de las políticas públicas: ya no se piensa al receptor de servicios como un agente pasivo, como un beneficiario de una decisión de la autoridad producto del clientelismo o favorecido por la focalización establecida en la política. La nueva relación genera que las políticas públicas pasan a reconocer a las personas como titulares de derechos y establecen al Estado como principal agente obligado a respetar, proteger, promover y garantizar esos derechos.⁴⁴

En agosto del presente año las patologías cubiertas por la Ley de GES llegaron a 80, incluyéndose entre ellas el trastorno del ánimo bipolar, pero de igual forma la proporción de participación de la salud mental se mantiene alrededor de, 5%.⁴⁵ En cuanto a financiamiento, no se ha cumplido el objetivo de “aumentar desde 1,39% a 5% el porcentaje de presupuesto total de salud que es destinado a salud mental”.⁴⁶ Más aun, aunque no existen “cifras oficiales sobre el porcentaje actual del presupuesto en salud que se destina a salud mental”⁴⁷ (el último cálculo, realizado en 2008, arrojó un 3,1%), se estima que en junio de 2012 la cifra era inferior a 3%.⁴⁸ Extrapolando las consecuencias que los datos sobre financiamiento mencionados puedan tener en el derecho a la salud, se ha señalado que “el pleno disfrute del derecho a toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental está supeditado a la disponibilidad de una financiación para la salud suficiente, equitativa y sostenible”,⁴⁹ lo que el Estado chileno, según los datos expuestos, estaría trasgrediendo.

Sumado a lo anterior, persisten los limitados recursos de especialidades en el sector público, tal como señaló el informe de 2011 del INDH:⁵⁰ “es particularmente importante la insuficiencia de recursos y personal para atender las necesidades de salud mental a pesar de la alta prevalencia del problema en Chile”.⁵¹

43 Marcelo Drago, *La Reforma al sistema de salud chileno desde la perspectiva de los derechos humanos*, Santiago: Naciones Unidas, CEPAL, 2006, p. 65 y ss.

44 *Ibid.*

45 Valdés y Errázuriz, *op. cit.*, p. 2.

46 *Ibid.*, p. 4.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 Asamblea General ONU, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/67/302, 2012.

50 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2011: Situación de los derechos humanos en Chile*, 2011, p. 159.

51 *Ibid.*

3.2. Discriminación en la atención en salud mental: Descripción de algunos casos

3.2.1. Brechas en la provisión de la atención en salud mental: Discriminación territorial

El análisis sobre el acceso a la salud mental requiere considerar estándares y brechas. El concepto de brecha en salud mental equivale a la diferencia entre la oferta existente en salud pública destinada a salud mental y la demanda observada de parte de la población, medida en horas de atención en establecimientos públicos, número de profesionales según especialidad, y número de establecimientos de atención disponibles según territorio y población, entre otras variables.

En Chile se ha observado una significativa brecha en atención en salud mental.⁵² Vicente y otros⁵³ constataron en 2005 que sobre el 85% de los individuos con diagnóstico en salud mental no recibieron tratamiento de especialistas. La brecha de atención era de 44% para psicosis no afectiva, 50% para trastorno bipolar, 23% para trastorno de pánico, 28% para trastorno obsesivo compulsivo, 85% para consumo/dependencia de alcohol y 78% para los cuadros del espectro depresivo (46,2% para depresión mayor y 32,4% para distimia).⁵⁴ Estas brechas han sido explicadas por un conjunto de variables, incluyendo la falta de información en la población respecto a las enfermedades en salud mental, la estigmatización que acompaña a este tipo de trastornos, dificultades financieras y la falta de servicios de salud mental.⁵⁵ Las barreras a la atención tienden a ser más predominantes y a presentarse combinadamente en los grupos socioeconómicos desfavorecidos. Estos grupos presentan mayor prevalencia de riesgo en salud mental y un menor acceso a los servicios de salud. La pobreza y bajos logros educacionales son consecuencias posibles al no tratar una enfermedad mental a tiempo, además de generar daños sociales deteriorando aspectos en las relaciones familiares, que incluyen violencia doméstica y embarazos adolescentes.⁵⁶ En 2004, Saldivia⁵⁷ evidenciaba que, entre quienes reconocían necesitar atención en salud mental, la principal razón para no consultar era la carga financiera que representaba la enfermedad (43,6%), seguida del desconocimiento sobre acceso a la atención (dónde dirigirse para tratar su problema, 29%) y de la desconfianza en el personal que proporcionaba la atención en salud (22,2%).

52 Vicente, Rioseco, Saldivia y otros, op. cit.

53 *Ibid.*

54 Robert Kohn y otros, "Los trastornos mentales en América Latina y el Caribe: Asunto prioritario para la salud pública", *Revista Panamericana de Salud Pública* 18 (4-5), 2005, pp. 229-240.

55 Vicente y otros, "Carga del enfermar psíquico. Barreras y brechas en la atención de salud mental en Chile", *Revista Médica de Chile* 135 (12), 2007, pp. 1591-1599.

56 *Ibid.*

57 Sandra Saldivia y otros, "Use of Mental Health Services in Chile", *Psychiatric Services* 55 (1), 2004, pp. 71-76.

Datos presentados por Vicente y otros⁵⁸ revelan que solo un 13% de quienes presentaron trastornos de salud mental recibió servicios especializados de atención (durante los últimos 6 meses) y, en el caso de los trastornos severos, solo uno de cada cuatro. Casi la mitad de los casos recibió cualquier tipo de atención (47%), mientras que la atención en salud mental fue de 39%.

Por otra parte, datos del Minsal⁵⁹ muestran un importante crecimiento en el número de establecimientos incorporados al Programa de Salud Mental en Atención Primaria durante el sexenio (2004-2011). Se ha triplicado el número de establecimientos (448 en 2004, 1542 en 2011) y ampliado el programa a 54 nuevas comunas (269 en 2004, 325 en 2011). Sin embargo, en 2012 Chile no había alcanzado aún la cobertura total a nivel nacional (existían 21 comunas y 486 establecimientos en los que el programa no tenía cobertura) y se observaban importantes brechas en la provisión del servicio y fenómenos de discriminación por ubicación geográfica.

En el país existen brechas en el número de profesionales y la disponibilidad de horas de estos (en psiquiatría, psicología, enfermería, terapia ocupacional, etc.), siendo posible identificar territorios que presentan peores indicadores en materia de disponibilidad de recursos para la atención como Maule, O'Higgins y Araucanía Sur.⁶⁰ En Maule existen brechas de 498 horas de atención en psiquiatría adulto, de 396 horas de atención en psiquiatría adolescente, de 1.544 horas de atención de psicólogos y de 782 horas de atención de enfermería.⁶¹ En O'Higgins hay brechas de 101 horas de atención en psiquiatría adulto, 318 horas en psiquiatría adolescente, 1.648 horas en psicología y 741 horas de atención en enfermería.⁶²

Dentro de la Región Metropolitana, las mayores brechas en horas de atención se aprecian en Metropolitana Sur Oriente con brechas de 516 horas en psiquiatría adulto, 426 horas en psiquiatría adulto y 1.631 horas en psicología.⁶³

En la Región Metropolitana, el territorio es claramente un factor de discriminación, ya que se constatan importantes diferencias en las brechas de recursos necesarios para la atención en salud mental. Ello se observa en las brechas en horas de atención disponibles (ver Tabla 1), lideradas por el servicio metropolitano sur y servicio metropolitano sur oriente en cuanto a horas profesionales, cantidad de profesionales requeridos y número de camas de corta estadía (ver Tabla 2). Como se

58 Vicente, Rioseco, Saldivia y otros, op. cit.

59 Minsal, Subsecretaría de Redes Asistenciales. Actualización de la Red de Salud Mental, presentado en visita de directivos de salud mental de OMS/OPS a Chile, junio de 2012

60 *Ibíd.*

61 *Ibíd.*

62 *Ibíd.*

63 *Ibíd.*

puede apreciar en las Tablas 1 y 2, las zonas metropolitanas que presentan mayores brechas en horas de atención, profesionales y camas de corta estadía son las áreas sur y área sur oriente.

Tabla 1: Brechas en horas de atención disponibles por servicios de salud, Región Metropolitana

| Servicio | Psiquiatras adultos | Psiquiatras inf. adol. | Psicólogos | Enfermeras | Ter. ocup. |
|----------------|---------------------|------------------------|------------|------------|------------|
| M. sur | 363 | 238 | 1397 | 728 | 1138 |
| M. sur oriente | 516 | 426 | 1631 | 1155 | 2028 |
| M. central | 127 | 110 | 214 | 637 | 999 |
| M. norte | 0 | 105 | 0 | 353 | 292 |
| M. oriente | 0 | 96 | 165 | 616 | 986 |
| M. occidente | 500 | 182 | 719 | 974 | 1659 |

* Las brechas se estiman por las horas de atención disponibles en relación a las demandadas. Una mayor brecha refleja una peor situación.

Fuente: Minsal, Subsecretaría de Redes Asistenciales. Actualización de la Red de Salud Mental, presentando en visita de directivos de salud mental de OMS/OPS a Chile, junio de 2012

Tabla 2: Brechas de profesionales en salud mental y de camas corta estadaía en servicios de salud, Región Metropolitana

| Servicio | Brechas de profesionales | Brechas en número de camas corta estadaía | |
|----------------|--------------------------|---|--------------|
| | | Adultos | Adolescentes |
| M. sur | 4346 | 64 | 14 |
| M. sur oriente | 5921 | 84 | 6 |
| M. central | 2529 | 70 | 7 |
| M. norte | 0 | 0 | 0 |
| M. oriente | 2439 | 60 | 2 |
| M. occidente | 3889 | 90 | 13 |

* Las brechas se estiman por las horas de atención disponibles en relación a las demandadas. Una mayor brecha refleja una peor situación.

Fuente: Minsal, Subsecretaría de Redes Asistenciales . Actualización de la Red de Salud Mental, presentando en visita de directivos de salud mental de OMS/OPS a Chile, junio de 2012

Más allá de la descripción de las brechas nos interesa generar una mirada comprensiva sobre el fenómeno de la distribución geográfica de los recursos de atención en salud mental. En tal sentido, es importante reiterar que la provisión de esta es tarea principal de los servicios de atención primaria de salud, cuya gestión está estrechamente ligada a las necesidades y capacidades particulares de cada municipio. Matus⁶⁴ proponen un modelo para analizar la gestión municipal considerando su nivel de complejidad (el conjunto interrelacionado de elementos, cuando no es posible que cada uno de ellos se relacione en cualquier momento con todos los demás debido a limitaciones en la capacidad de interconectarlos) y su calidad (entendida como una manera de reducir la complejidad).⁶⁵ Este modelo sugiere que los análisis

64 Teresa Matus, "Observar la complejidad: Un desafío a las políticas públicas", *Propuestas para Chile 2010*, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010.

65 A nivel municipal es posible evidenciar una complejidad externa (al relacionarse con sistemas mayores) y una complejidad interna (entendida como la diferenciación y cierre frente al ambiente). El concepto de calidad se entiende como la capacidad para reducir la complejidad. Se argumenta que la evaluación de los resultados de la gestión municipal debe considerar ambas variables, ya que el nivel de complejidad de la comuna, más las condiciones para la calidad de la gestión, determinarán su capacidad de actuar sobre los problemas sociales complejos

de la gestión municipal deben considerar ambas variables: el nivel de complejidad de la comuna sumado a los recursos de la misma determinarán en buena medida su capacidad de actuar sobre los problemas sociales complejos. Algunos municipios presentan una baja complejidad y disponen de muchos recursos, mientras otros se ubican en el polo contrario, con niveles de complejidad extrema y baja capacidad de gestionar recursos.⁶⁶ Por ejemplo, las comunas de Puente Alto, La Pintana y San Bernardo presentan una complejidad extrema, y, mientras las dos primeras se ubican en el umbral mínimo de condiciones para la gestión, la última presenta condiciones insuficientes.⁶⁷

Si se superponen las cifras sobre brechas en atención en salud mental entregados por el Minsal⁶⁸ a una caracterización de los territorios según el modelo propuesto por Matus,⁶⁹ se encuentra una fuerte coincidencia entre aquellas comunas con mayor complejidad y menor capacidad para la gestión, y aquellas que presentan mayores brechas en la atención de salud mental.

Para ejemplificar esta situación, hemos seleccionado seis comunas que se ubican en posiciones extremas del análisis elaborado por Matus: tres que presentan niveles de complejidad extrema (Puente Alto, San Bernardo y La Pintana) y tres de casi nula complejidad (Providencia, Las Condes y Vitacura). Las tres primeras pertenecen al sector sur, en particular el sur oriente, de la Región Metropolitana, donde se presentan las más importantes brechas en materia de atención en salud mental, por lo que se evidencia un sesgo de territorialidad que se correspondería con los datos entregados anteriormente respecto a las brechas de atención en salud mental.⁷⁰ Por el contrario, los sectores que gozan de mejores indicadores en materia de brechas coinciden con comunas que presentan una baja complejidad y mejores condiciones para la calidad de gestión, como Providencia, Las Condes y Vitacura.⁷¹

Las brechas en el acceso a salud mental se explicarían entonces por la falta de recursos y capacidades de algunos municipios en zonas específicas. La puesta en marcha del Plan de Salud Mental y Psiquiatría enfrenta dificultades de implementación según los lugares en que se inserta, en virtud de condiciones relacionadas a diferentes contextos, que pueden imponer dos restricciones: i) de recursos para entregar el servicio o ii) de complejidad de la población que atiende.

externos y aquellos internos que la diferencian del resto. En aquellas zonas geográficas que presentan mayores dificultades, la estructuración de las políticas públicas tiende a perjudicar a los municipios en vez de ayudarlos.

66 *Ibíd.*

67 *Ibíd.*

68 Minsal, Actualización de la Red de Salud Mental, *op. cit.*

69 Matus, *op. cit.*

70 Minsal, Actualización de la Red de Salud Mental, *op. cit.*

71 Matus, *op. cit.*

Ellas repercuten en una discriminación en el acceso a la salud mental, ya que no se cumplen las condiciones para generar un acceso igualitario en la población.

Siguiendo la tesis de Matus, es posible hacer una tipología de comunas que muestra que algunas tienen una mayor complejidad y disponen de menores recursos, mientras que otras, a la inversa, presentan menor complejidad y disponen de mayores recursos. Es posible, con los datos sobre brechas en la atención en salud mental, establecer un mapeo de la distribución territorial de estas. Al superponer ambos mapas (el del modelo de Matus y el de las brechas en atención en salud mental), se encuentra una clara coincidencia que permite ilustrar que la desigualdad social y la inequidad en salud van de la mano.

3.2.2. Grupos vulnerables

Los problemas de salud mental, además de su componente biológico, están socialmente determinados. En consecuencia, las diferencias en la distribución de los problemas de salud mental no es azarosa. En atención a ello, Benjamín Vicente y otros han identificado en Chile grupos específicos que requieren mayor atención y sobre los cuales es urgente actuar para evitar la reproducción de circuitos de violencia, pobreza e inequidad social. Uno de estos grupos es la comunidad mapuche, dentro de la cual, solo el 6,5% de aquellas personas que padecen trastornos psiquiátricos buscan alguna ayuda y ninguna acude a especialistas.⁷²

La OMS ha señalado como requisito esencial de la atención en salud mental que los servicios respondan a las necesidades de los grupos vulnerables y marginados de la sociedad, tales como las familias más desfavorecidas socioeconómicamente, las personas afectadas por VIH, mujeres y niños víctimas de violencia doméstica, la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales), los pueblos indígenas, los migrantes, las personas privadas de libertad, los solicitantes de asilo, los supervivientes de actos violentos o los grupos minoritarios en un contexto nacional.⁷³ En Chile, la actual Estrategia Nacional de Salud (2011-2020) no menciona entre sus metas o estrategias programas dirigidos especialmente a algún grupo vulnerable.⁷⁴ En 2007 la OMS señaló que una de las principales falencias en el Plan de Salud Mental y Psiquiatría iniciado en 2000 eran los escasos dispo-

72 Vicente, Robert Kohn, Pedro Rioseco y otros, "Psychiatric disorders among the Mapuche in Chile", *International Journal of Social Psychiatry*, 51(2) 2005.

73 OMS, Proyecto de plan de acción integral sobre salud mental 2013-2020, 66, Asamblea Mundial de la Salud, 2013, párr. 52.

74 Los Centros Comunitarios de Salud Mental (COSAM) o Centros de Salud Familiar (CESFAM) brindan atención a familias, mujeres y niños, pero no cuentan con planes especiales de atención para ellos.

sitivos de salud mental específicos para niños y adolescentes.⁷⁵ Recientemente, el Minsal ha publicado orientaciones programáticas⁷⁶ que hacen énfasis en la interculturalidad, en especial, en aquellos sectores en los cuales se observa una alta concentración de pueblos indígenas. En relación a esto, en 2006 el Minsal publicó una política específica acompañada de un reglamento con orientaciones a los servicios de salud de todo el país.⁷⁷ Sin embargo, a la fecha no se dispone de información pública que permita observar la efectividad y eficiencia de este componente del sistema, así como la valoración que los propios usuarios hacen de su implementación. En cuanto a la atención en salud en general, la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención en salud, señala, respecto a pueblos indígenas, que en territorios donde haya alta población indígena los prestadores de salud deberán asegurar el derecho a las personas pertenecientes a estos pueblos a recibir una atención de salud intercultural validada ante las propias comunidades, indicando el contenido mínimo del modelo de salud intercultural.⁷⁸

3.2.2.1. El olvido de la infancia

Si bien en la última década la legislación nacional de familia comenzó a permearse de los principios establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, y la jurisprudencia incorporó en su reflexión dichos derechos estableciendo como principio rector el interés superior del niño, las políticas públicas no han asimilado esos desarrollos, sobre todo en lo relacionado con el derecho a la salud mental en la infancia. Ha habido un reconocimiento a nivel de discurso que no se ha plasmado en el accionar del Estado.

Un claro ejemplo de esto es la Política Nacional de la Infancia y Adolescencia, y su Plan de Acción Integrado 2001-2010, que no tuvo real aplicación porque estableció metas sin especificar acciones concretas. Indicó la necesidad de elaborar y ejecutar políticas y programas nacionales de salud mental y física para los adolescentes, así como los objetivos e indicadores correspondientes, sin establecer las medidas concretas que el Estado debía realizar.

En junio de este año fue publicado en la página web del Minsal

75 OMS, Informe WHO AIMS sobre salud mental en Chile, op. cit, p. 6.

76 Minsal, Subsecretaría de Redes Asistenciales, División de Atención Primaria, Orientaciones Para la Planificación Y Programación en Red, 2013.

77 Minsal, Fondo Nacional de Salud, Programa de Salud y Pueblos Indígenas, 2ª Ed., febrero de 2006.

78 Ley 20.584, art. 7, "... el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización del idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura".

el documento “Orientaciones para la Planificación y Programación en Red 2013”,⁷⁹ fechado en “septiembre 2013”, en el cual se establecen acciones y objetivos en materia de salud mental adolescente, así como metas específicas para el intersector. Si bien esto constituye un avance, hay una omisión de acciones dirigidas al grupo etario entre los 4 y los 10 años. En todo caso, se debe rescatar que el Minsal haya establecido metas y acciones para intervenir oportunamente la población adolescente con problemas y trastornos en salud mental en su Plan 2013. El estándar que el gobierno se propone implementar para los adolescentes, que aún no es posible evaluar, debiera utilizarse para toda la infancia.

4. CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD MENTAL: LA ESTRATEGIA NACIONAL DE SALUD “ELIGE VIVIR SANO” EN EL MARCO DE LA OBSERVACIÓN 14 DEL PIDESC⁸⁰

Desde 2011, Chile cuenta con una nueva Estrategia Nacional de Salud para el cumplimiento de los objetivos sanitarios de la década 2011-2020.⁸¹ La estrategia conocida como “Elige vivir sano” suma al plan nacional nuevos reconocimientos y propuestas interesantes, señalando objetivos específicos en materia de salud mental, tales como: disminuir la prevalencia de discapacidad en personas con enfermedad mental y disminuir la mortalidad adolescente generada por suicidios,⁸² entre otros. Asimismo, la estrategia reconoce como un problema la ausencia de estudios poblacionales sobre salud mental como línea base para la toma de decisiones. Por ello, propone medir en forma periódica la prevalencia de discapacidad poblacional asociada a los trastornos mentales.⁸³ Además, propone aumentar la cobertura de los equipos especializados y la utilización de instrumentos de pesquisa; mejorar la calidad de las intervenciones a través del aumento de la adherencia y cumplimiento de estándares clínicos; y elaborar una política nacional de salud mental en conjunto con el intersector.⁸⁴

Dado que nos interesa evaluar el nivel de cumplimiento del Estado

79 <http://www.minsal.gob.cl>

80 No nos es posible analizar el Plan nacional de salud mental y psiquiatría de 2000 del Ministerio de Salud porque no están disponibles las evaluaciones del mismo que se plantean como estrategias. Además, es debatible que sea este el modelo que sigan los profesionales en salud mental y las autoridades encargadas de ejecutarlo. Con todo, el plan recogería en su mayoría los elementos del derecho a la salud y las obligaciones que impone a los Estados la Observación General 14 del Comité DESC, que se concentran en el capítulo 1 “Valores y principios: Un modelo de acción”, capítulo 2 “Intersectorialidad y salud mental” y capítulo 3 “Acciones: Programa de salud mental y psiquiatría”.

81 Minsal, Estrategia Nacional de Salud para el Cumplimiento de los Objetivos Sanitarios de la Década 2011-2020, 2011.

82 *Ibíd.*, p. 72 y ss.

83 *Ibíd.*, p. 76.

84 *Ibíd.*, p. 9.

chileno de sus obligaciones internacionales, a continuación presentamos un análisis de la Estrategia Nacional de Salud 2011-2020 (en adelante, la estrategia) en lo relativo a salud mental y del nivel de cobertura real contrastando con las obligaciones contenidas en la Observación 14 del Comité DESC.⁸⁵

La Observación 14 establece las obligaciones de vigilancia, evaluación y rendición de cuentas, disponibilidad y accesibilidad, señalando que toda estrategia o plan de acción nacional de salud deben considerar estos principios, que son indispensables para el efectivo ejercicio de todos los derechos humanos, incluido el derecho a la salud. El objetivo detrás de esto es crear un clima propicio para el efectivo ejercicio del derecho a la salud.

Vigilancia: La vigilancia implica que se contemple la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia, lo cual no está establecido en la Estrategia.

Respecto a la obligación de evaluación, la Observación sostiene que “Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Solo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo”. Esto claramente no ha sido parte del *modus operandi* del proceso de gestación de la actual estrategia. La Observación también señala que el Estado tiene la obligación de rendir cuentas en función del cumplimiento o no de sus obligaciones y crear las condiciones propicias que faciliten el cumplimiento de sus responsabilidades.

Disponibilidad: La disponibilidad en salud mental implica que las instalaciones, bienes y servicios asistenciales deben estar disponibles en número suficiente en todo el territorio del Estado y que el personal médico y profesional esté capacitado, entre otras cuestiones. En esta materia, el Estado chileno cumple parcialmente, pues aun cuando en la estrategia se mencionan programas de capacitación de recursos humanos y se evidencia un aumento de instalaciones, bienes y servicios, ella misma⁸⁶ reconoce que hay una deuda en el aspecto de disponibilidad.

Según se constata en el Informe WHO AIMS, la falta de capacitación a profesionales se arrastra desde 2004.⁸⁷ En Chile no existen programas regulares de formación de pre o postgrado en salud mental para enfermeras y asistentes sociales. Si bien los psiquiatras cuentan con un programa de formación, el número de egresados al año es bajo.

85 ONU, Comité DESC, Observación General 14, op. cit.

86 Minsal, Estrategia Nacional de Salud, op. cit.

87 OMS, Informe WHO AIMS sobre salud mental en Chile, op. cit, p. 39.

Cabe señalar que tan solo el 2% de la malla de estudiantes de medicina se dedica a salud mental, 5% en enfermería y 3% de técnicos paramédicos. Solamente el 23% de médicos recibió capacitación en salud mental con una duración de dos o más días, y el 19% de técnicos paramédicos de postas rurales la obtuvo. Los terapeutas ocupacionales mantienen un número creciente de egresados y también cuentan con formación de pregrado en temas de salud mental de al menos un año. Por otra parte, los psicólogos cuentan con una amplia oferta de postgrados, los que no necesariamente remiten a las necesidades de atención de la población en salud pública.⁸⁸ Las brechas en relación a la falta de profesionales que existen en distintos territorios en nuestro país son considerables; entre las más altas se encuentran en la Región del Maule, la ciudad de Viña del Mar y la Región de O'Higgins.⁸⁹ Estos datos territoriales muestran que el elemento *disponibilidad* se ve gravemente afectado en ciertas zonas del país.

Accesibilidad: La accesibilidad significa que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación alguna, y considera cuatro dimensiones: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica o asequibilidad, y acceso a la información. La estrategia afirma que actualmente existe tratamiento de problemas de salud mental en todos los centros de atención primaria del país, aunque reconoce que no se dispone de mediciones de resultados específicos, por lo que no es posible confirmar con exactitud la calidad de la atención o la cantidad de horas de atención existentes en cada centro de atención primaria. Como bien señala la Observación General, la accesibilidad física dice relación con una cuestión geográfica y específicamente sobre acceso a los bienes, servicios e instalaciones de salud. La disponibilidad, en cambio, se refiere al deber del Estado de contar con una cantidad suficiente de instalaciones de salud, y su naturaleza depende de diversos factores, principalmente del nivel de desarrollo del país.⁹⁰ Tal como se evidenció en el análisis de la distribución geográfica de servicios de atención en salud mental, es posible evidenciar grandes brechas en horas de atención y en disponibilidad de profesionales en nuestro país, lo cual refleja limitaciones en la accesibilidad a la atención en salud mental.⁹¹

88 *Ibid.*

89 Considerando psiquiatras, psicólogos, enfermeras, asistentes sociales y terapeutas ocupacionales; las brechas más altas en el país son en Maule (5.677 profesionales), Viña del Mar (4.754), O'Higgins (4.668), Coquimbo (3.619), Araucanía Sur (3.431), Ñuble (2.657), Concepción (2.416), Valparaíso (2.349), Reloncaví (2.180) y Biobío (2.163).

90 ONU, Comité DESC, Observación General 14, op. cit.

91 A modo de ejemplo, en el área metropolitana sur oriente y metropolitana occidente, existen brechas de atención de psiquiatría adulto de 516 horas y 500 horas, respectivamente. En cambio, en el área metropolitana oriente y metropolitana norte, la cobertura es en un 100% y no existe brecha. También en el área metropolitana sur y central hay un gran déficit, con unas brechas de 363 y 127 horas en atención, respectivamente.

La dimensión de acceso a la información comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de cuestiones relacionadas con salud. Aun cuando se identifican esfuerzos⁹² en pro de este elemento en la estrategia, queda mucho por avanzar. Por ejemplo, la estrategia propone medir la prevalencia y discapacidad poblacional de los trastornos mentales y el nivel de funcionalidad asociado, pero reconoce la restringida información respecto a esa prevalencia en Chile y, particularmente, sobre la salud mental de niños y adolescentes,⁹³ y sobre discapacidad severa. Asimismo, se constata la ausencia de instrumentos de acceso público que evalúen los resultados específicos y globales de las diversas iniciativas, planes y programas de salud mental, así como de sus normativas, orientaciones técnicas, guías clínicas o reglamentos.

En consideración de lo anterior, postulamos que el Estado chileno cumple parcialmente con esta dimensión global, incumpliendo las obligaciones de vigilancia, evaluación y rendición de cuentas.

La accesibilidad sin discriminación de los bienes y servicios de salud mental se ve afectada por la distribución territorial de estos, tal como se señaló. La reforma de la salud (Ley 19.966) no contribuye a resolver el problema porque no se hace cargo de la desigualdad vinculada a la localización geográfica: en 2011 se contaba con 78 Centros de Salud Mental (COSAM) y 59 hospitales distribuidos de manera poco equitativa a lo largo del país y manteniendo una centralización en la Región Metropolitana. Llama la atención la pobre cobertura en las Regiones de la Araucanía y Coquimbo, en las cuales existen importantes prevalencias en problemas de salud mental (especialmente en la primera).⁹⁴ La accesibilidad sin discriminación se ve afectada también porque en el sistema público existe incertidumbre sobre la oportunidad de la atención y en el privado sobre la asequibilidad de la misma.⁹⁵

En el sistema público, las GES son un avance muy importante, en tanto permiten establecer garantías mínimas igualitarias de acceso a la salud, bajo condiciones de calidad, oportunidad y protección financiera obligatoriamente iguales para todos. Sin embargo, no se promueve una preocupación especial por los grupos vulnerables: el modelo no considera una discriminación positiva hacia esos grupos

92 Por ejemplo, la incorporación de nuevas patologías GES en julio de 2013 se ha acompañado de un proceso de difusión radial sobre esta y sobre los mecanismos de reclamos frente al incumplimiento de las GES.

93 Es importante tener presente que, de conformidad con el art. 6 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, los Estados partes (entre los cuales se encuentra el Estado Chileno) se comprometen a “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Asimismo, el art. 24 señala el derecho que asiste a todos los niños y niñas a “disfrutar del más alto nivel posible de salud y a acceder a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”.

94 Minsal, Actualización de la Red de Salud Mental, op. cit.

95 Drago, op. cit., p. 7.

ni una focalización de recursos especial en ellos.⁹⁶

Aceptabilidad: La aceptabilidad prescribe que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados. En la estrategia se entrega muy poca información relacionada con este elemento y nada se dice en relación a que los establecimientos, bienes y servicios sean respetuosos con la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades.

Calidad: este estándar significa que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud mental deban ser apropiados desde el punto de vista científico y médico. En la estrategia se señalan como elementos para mejorar la calidad: la capacitación de los recursos humanos y una serie de convenios con instituciones de formación. Asimismo, se reitera que durante la década pasada se elaboraron diversas normativas, orientaciones técnicas, guías clínicas y reglamentos. Mejorar la calidad de las intervenciones en salud mental implica, para la actual estrategia, avanzar hacia el aumento de la adherencia y del cumplimiento de estándares clínicos. Se señala que en adelante se aumentará y vigilará el cumplimiento de los estándares propuestos en las guías técnicas, por lo que es posible identificar que el Estado se propone metas que buscan mejorar el elemento calidad relativo a la salud mental.

4.1. Obligaciones específicas de la Observación 14 del PIDESC en materia de salud aplicadas a la salud mental en Chile

La Observación 14 establece una serie de obligaciones específicas que concretan las contenidas en el artículo 12 del PIDESC. A continuación analizaremos aquellas que tienen relación con la salud mental en Chile.

Obligación de respetar: la obligación, aplicada al caso de las enfermedades mentales, significa que los Estados deben abstenerse de denegar o limitar la igualdad de acceso de las personas con discapacidad mental a los servicios asistenciales y a los determinantes básicos de salud. Las políticas públicas y la reforma en el sistema de salud (introducción de garantías GES) son manifestaciones del compromiso del Estado con el respeto de este derecho. La garantía de acceso se asegura solo para las patologías GES sobre salud mental, dejando a las patologías que no son cubiertas por el plan AUGE como enfermedades en las que no se garantiza el acceso igualitario en salud. Teniendo presente que la priorización de las patologías mentales incorporadas al plan AUGE será gradual, consideramos que a la fecha el Estado cumple parcialmente con la obligación de respetar.

Obligación de proteger: significa que los Estados deben adoptar

96 *Ibid.*, p. 60.

medidas para asegurar que terceros no vulneren el derecho a la salud de las personas con discapacidad. Incluye, entre otras, la obligación de parte del Estado de adoptar leyes para velar por el igual acceso a la atención en salud; porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología; adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables y que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y a los servicios relacionados con la salud.⁹⁷

En relación a esta obligación, se debe destacar la promulgación de ley de derechos y deberes del paciente (Ley 20.584), que sin duda constituye un avance importante. Dado el poco tiempo de vigencia de esta ley (inferior a un año), no es posible evaluar el funcionamiento de los procedimientos de reclamos de los derechos de los pacientes que la misma ley establece, que se complementan con normas constitucionales e internacionales.

Con la instalación de las GES, el Estado cumple con la medida de adoptar leyes para velar por el acceso igualitario a la salud. Al contemplar la capacitación de profesionales de la salud mental, se puede señalar que en la estrategia se advierten esfuerzos en pos del cumplimiento de la obligación de “asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología”. Sin embargo, la evaluación sobre los antecedentes disponibles muestra que la formación de profesionales sigue siendo una materia pendiente.

Por otra parte, el Estado no vela porque el sistema privado de salud no represente una amenaza para el cumplimiento de los elementos de derecho a la salud, permitiendo que persistan las intrínsecas discriminaciones en ese sistema: la selección por riesgo que realizan las ISAPRES y la dualidad en que se basa el modelo impiden aún el respeto de esta obligación. Las ISAPRES, que discriminan entre los afiliados al establecer planes de salud basados en riesgo individual y establecen diferencias en el valor de los planes por sexo y edad, empujan a la población más vulnerable y/o identificada como de mayor riesgo (adultos mayores, niños pequeños y mujeres) a migrar al sector público, configurándose una discriminación. La reforma de 2005 introduce en el mercado privado (terceros) un plan de salud básico explícito y obligatorio como contraprestación a las cotizaciones, cuestión que implica no entregar totalmente a los privados la decisión de qué elementos del derecho a la salud garantizar. Por ello consideramos que la obligación

97 ONU, Comité DESC, Observación General 14, op. cit., párr. 35.

de proteger se cumple parcialmente.

Obligación de cumplir: exige que los Estados reconozcan el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos, con miras a asegurar su realización efectiva. Para ello, deberán adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial, de fomento o de otra índole. Ejemplos de aquello son que el derecho a la salud esté adecuadamente reflejado en las estrategias y planes de acción nacionales en materia de salud, así como en otras políticas pertinentes y en el presupuesto nacional. En cuanto a esta obligación, se señala la importancia de adoptar leyes, políticas, programas y proyectos en materia de salud mental que consagren derechos humanos y de promover la salud mental en toda la sociedad, entre otras medidas.

La Estrategia Nacional de Salud (2011-2020) propone, entre otras medidas, elaborar una política nacional de salud mental en conjunto con el intersector. Es decir, cumple con reconocer la dimensión de la salud mental y proponer la elaboración de una política en la materia. Sin embargo, es importante destacar el incumplimiento que el Estado de Chile ha mostrado desde 2000 en lo relativo al trabajo intersectorial. El Plan de Salud Mental y Psiquiatría (2000-2010) dispuso que el sector salud coordinaría con otros sectores de gobierno y de la sociedad civil un conjunto de acciones específicas en los siguientes ámbitos prioritarios: escuelas, centros de trabajo, barrios y comunas, y personas en conflicto con la justicia. Ello se basó en que el trabajo intersectorial permite mejorar la eficiencia de las intervenciones en salud mental y el resguardo de los derechos de las personas con problemas de salud mental en diversos campos sociales. Sin embargo, como hemos mencionado, dicha estrategia fue evaluada en niveles de incumplimiento en 2005.⁹⁸

Por otra parte, las GES contribuyen al cumplimiento de esta obligación por medio de la adopción de medidas legislativas generales sobre salud, que mejoran el acceso a los recursos jurídicos apropiados: las patologías seleccionadas transforman en derechos exigibles el acceso, oportunidad y asequibilidad, pero no la calidad, lo que no permite afirmar que el derecho a la salud esté descrito adecuadamente.

Cabe señalar que la obligación de cumplir está estrechamente relacionada con la disponibilidad de planes específicos que puedan ser contrastados en función del logro de sus metas. Al respecto, llama la atención que el plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría, correspondiente al decenio 2011-2020, y que constituiría el principal instrumento de planeación de la política pública para regular la provisión de la atención en salud mental, no ha sido oficialmente publicado, aun

98 OMS, Mental Health Atlas, op. cit.

cuando se realizó la consulta pública respecto de un primer borrador durante 2011. Hoy la política de salud mental en Chile se rige por la Estrategia Nacional de Salud, la cual no explicita mecanismos claros de evaluación de procesos y de logros que permitan medir el ejercicio del derecho que se garantiza. Y esa estrategia tampoco se pronuncia sobre la adopción de medidas presupuestarias en la provisión de atención en salud mental, toda vez que resulta indispensable la asignación de más recursos, siendo evidente la deuda que tiene el Estado con el financiamiento de la salud mental.⁹⁹ Por todo lo anterior, el Estado Chileno cumple parcialmente con esta obligación.

Junto con la obligación de cumplir, el Estado enfrenta otras obligaciones tales como la *de no discriminación e igualdad*: la que, en nuestra opinión, se incumple por la presencia de discriminación territorial y de acceso; de *no regresividad*: que alude a no retroceder en lo que se ha avanzado en lo relativo a políticas de salud, legislación y derechos; un ejemplo de esto se aprecia en la ausencia de un plan nacional de salud mental y psiquiatría para el próximo decenio, habiendo quedado subsumido por la Estrategia Nacional de Salud, lugar donde pierde preponderancia y profundidad el tratamiento del problema; de *evaluación*: que alude a constatar la efectividad de las medidas implementadas y que, en el caso de la Estrategia Nacional de Salud, es escasa, siendo reconocida como un déficit del sistema, al no existir información ordenada y sistematizada de evaluación de los planes; de *vigilancia y rendición de cuentas*: en el diseño de las GES, la rendición de cuentas toma la forma de exigibilidad legal, pues los titulares de estas cuentan con mecanismos de exigibilidad que varían según la naturaleza del incumplimiento, pero la garantía de calidad no es exigible todavía en el sistema de GES y las posibilidades de exigir el derecho respecto de otras patologías mentales son escasas; de *prevención*: en la Estrategia Nacional de Salud (2011-2020) no se advierten esfuerzos concretos en cuanto a la obligación de prevención: la estrategia persigue un trabajo interministerial (Salud, Deporte, etc.) pero se observa un bajo involucramiento de sectores fuera del área de salud en temas de salud mental¹⁰⁰ y falta de organismos específicos dedicados a la prevención en salud mental;¹⁰¹ y de *participación*. Respecto a esta última obligación, es importante destacar que el Ministerio publicó sometió a consulta ciudadana y de los equipos técnicos la propuesta del Plan Nacional de

99 En el artículo "Salud mental en Chile: El pariente pobre del sistema de salud" se señala lo dicho y además se señala que no se ha cumplido con la meta de que al menos 5% del presupuesto público en salud se destine a salud mental.

100 OMS, Informe WHO AIMS, 2007 op. cit. Por ejemplo, el bajo número de escuelas con psicólogos, la poca promoción y prevención en temas de salud mental, la baja tasa de profesionales de salud mental en recintos penitenciarios, la no existencia de programas que apoyen a personas con discapacidad para reintegrarse o encontrar vivienda, etc.

101 Minsal, Estrategia Nacional de Salud, op.cit.

Salud Mental y Psiquiatría (2011-2020), se realizaron jornadas zonales y macrozonales; sin embargo, dicho plan no ha sido publicado y se entiende, como hemos mencionado, que quedó subsumido en la Estrategia Nacional de Salud. De otra parte, en un estudio realizado para la CEPAL, Drago¹⁰² señala que el principal déficit de la reforma a la salud, desde el enfoque de derechos, es que esta se diseñó e implementó con una insuficiente participación ciudadana. Asimismo, se observa falta de información en la población chilena respecto a las enfermedades mentales y también sobre la estigmatización que pueda acompañar a los problemas mentales. En los niveles socioeconómicos bajos esto se manifiesta de mayor manera, ya que hay mayor prevalencia de riesgo y menor acceso a los servicios de salud.¹⁰³

CONCLUSIONES

El propósito de este capítulo ha sido contribuir al debate sobre la atención en salud mental desde la perspectiva de los derechos humanos. A propósito de lo aquí discutido, emergen diversos temas relacionados con la salud mental que requieren ser analizados en el futuro. Entre ellos, la situación de los grupos vulnerables; la justiciabilidad de la salud, a propósito de la discusión sobre la (in)constitucionalidad de los planes de salud privados; el déficit en el financiamiento en el sistema público, sumado a la segmentación y fragmentación del sistema de salud chileno, caracterizado por una administración financiera y provisión de atención compartida entre el sector público y el privado; la forzosa distinción entre un sistema de salud común y otro de salud laboral y cómo aquello no permite el real ejercicio de los derechos en salud mental; entre muchos otros.

Como conclusión reiteramos que *la salud mental es una salud de segunda categoría en sistema de salud*, si se consideran la mayor proporción de rechazo de las licencias médicas en comparación con otras patologías; la falta de financiamiento; su escasa representación en las garantías explícitas en Salud; y los datos sobre discriminación territorial de acceso y falta de atención especializada a grupos vulnerables.

Junto con lo anterior, el análisis de las políticas y de las prestaciones en materia de salud mental permite arribar a las siguientes conclusiones específicas:

1. La Estrategia Nacional de Salud carece de mecanismos claros para alcanzar las metas propuestas.

102 Drago, op. cit., p. 65 y ss.

103 Benjamín Vicente, et al. "Carga del enfermar psíquico, barreras y brechas en la atención de la Salud Mental en Chile" Revista Médica de Chile 135,(12), 2007, p. 1591-1599

Esta estrategia establece metas claras a alcanzar en salud mental, pero no define los métodos o los mecanismos mediante los cuales se cumplirán los objetivos propuestos. Resulta clave que estos instrumentos establezcan plazos e indicadores posibles de verificar, y que se dispongan los recursos necesarios para alcanzar los objetivos propuestos.

2. Déficit e incumplimiento en las proyecciones del presupuesto en salud mental:

El gasto destinado a salud mental en Chile (hoy menor al 3% del presupuesto de salud) se encuentra muy por debajo de lo que destinan países desarrollados (aproximadamente 10%). Se constata, además, que el presupuesto destinado a salud mental en Chile resulta insuficiente para cubrir las necesidades de la población. El Estado Chileno incumple la meta del 5% que él mismo se propuso para 2010.

3. Sin recursos la calidad constituye una promesa insostenible:

Si bien la Estrategia Nacional de Salud propone avanzar en materia de calidad en salud mental, el instrumento señalado no presenta los mecanismos por los cuales se proporcionan los recursos para llevar a cabo dicho objetivo.

4. Discriminación territorial en la atención de salud mental:

Las importantes brechas en número de profesionales y en horas de atención disponibles, así como la distribución de estas brechas territorialmente, muestran un problema de discriminación de acceso a la salud mental que coincide con la disponibilidad de recursos y la capacidad de respuesta de los municipios de nuestro país.

5. Discriminación en grupos vulnerables: la salud mental en la infancia sigue siendo un tema pendiente.

La actual Estrategia Nacional de Salud no menciona en sus metas o estrategias la atención especial que requieren en salud mental los grupos vulnerables y, en particular, los niños y niñas.¹⁰⁴ Este un déficit había sido detectado ya en 2007 por la evaluación realizada por la OMS.

La salud de los niños depende fundamentalmente de las condiciones socioeconómicas en las cuales nacen, crecen y viven; a su vez, estas condiciones dependen de la distribución de poder y recursos, siendo evidentes (como hemos señalado en el punto 4) las

104 Ver nota 74.

brechas existentes en los municipios más pobres del país. El Estado chileno no ha cumplido lo comprometido en la Convención Internacional de Derechos del Niño Niña y Adolescente en temas de salud y, concretamente, de salud mental: en la actualidad, ninguna de las acciones previstas en salud mental contempla a los niños menores de 10 años, con excepción de la propuesta de intervenciones comunitarias en establecimientos educacionales. Por consiguiente, en este punto la deuda es tan decisiva que, más que la calidad, está en duda la existencia de la prestación para ese grupo etario en materia de salud mental.

RECOMENDACIONES:

En razón de las conclusiones descritas anteriormente se recomienda al Estado:

1. Disponer de información pública y evaluable para responder a todos los estándares propuestos en la Observación 14 del Comité DESC, incluyendo las obligaciones específicas.
2. Publicar prontamente la política nacional sobre salud mental, para poder medir si se refleja adecuadamente el derecho a la salud mental en ella. La incorporación del Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría dentro de la Estrategia Nacional de Salud invisibiliza el tema y los mecanismos y estrategias para alcanzar los objetivos propuestos.
3. En relación a los planes: a) establecer estrategias concretas para alcanzar las metas; b) disponer los recursos necesarios para llevar a cabo las estrategias y en particular para garantizar la calidad de la atención, toda vez que se reconocen problemas en el financiamiento del sistema.
4. Informar y difundir en la comunidad la existencia de planes y programas destinados a la atención de la salud mental, y disponer de mecanismos expeditos y conocidos para efectuar reclamos por incumplimiento en las garantías explícitas en salud mental.
5. Garantizar que el lugar de residencia no constituya una barrera al acceso o a la calidad de la atención en salud mental, puesto que aquello implica una discriminación arbitraria.
6. Formular políticas públicas específicas para dar una respuesta

oportuna y pertinentemente a las necesidades de la infancia. Concretamente, aumentar los dispositivos de salud específicos para niños y niñas y establecer acciones de promoción y protección en materia de salud mental para todos los menores de 10 años, grupo etario representado solo marginalmente en las actuales políticas y estrategias.

FUERZA ESTATAL Y CONFLICTO MAPUCHE*¹

* Alberto Coddou y Nicolas Godoy, con la colaboración de Adrian Vergara

¹ Para muchos, la utilización del término “conflicto mapuche” no es adecuada, pues prefigura ciertas opiniones acerca del mismo, y prefieren hablar de conflicto Estado chileno-pueblo mapuche o de conflicto chileno-mapuche. Al momento de escribir este capítulo, el término conflicto mapuche se ha instalado como tal en el debate y en la agenda pública. Por ello, utilizamos este término, esperando evitar cualquier opinión o juicio previo acerca del mismo.

“Carabineros podrían sentirse inhibidos de actuar por el temor a hacer uso de las armas y que después se les determine una responsabilidad judicial o administrativa” (General Director de Carabineros, ante la pregunta por el carabinero Walter Ramírez, condenado por la muerte de Matías Catrileo).²

² *El Mercurio*, entrevista a Gustavo González Lure, 21 de abril de 2013, cuerpo de Reportajes.

SÍNTESIS

El presente capítulo aborda las formas en que se expresa la fuerza estatal en relación al denominado “conflicto mapuche” y las evalúa de acuerdo a su adecuación a los estándares nacionales e internacionales sobre derechos humanos. Se valoran críticamente algunas de las formas en que la fuerza del Estado se manifiesta, tanto en la discusión de la política criminal y en la implementación de la normativa vigente al respecto, como en el ejercicio inmediato de la fuerza, en el contacto físico entre las fuerzas de orden y seguridad y los miembros del pueblo mapuche o de quienes expresen apoyar algunas de sus legítimas reivindicaciones. Para ello, se presentan estadísticas que ofrecen una visión general del tema, un análisis de las últimas reformas de la Ley Antiterrorista, un diagnóstico de la fuerza estatal que consta en sentencias que han acogido diversos recursos de amparo, un estudio sobre los protocolos policiales y la formación especializada, un análisis de la política criminal en relación al estándar de consulta y una evaluación del rol del poder ejecutivo con respecto al conflicto. Por último, se ofrecen algunas palabras finales y recomendaciones.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo aborda las formas en que se expresa la fuerza estatal en relación al denominado “conflicto mapuche”, y analiza su adecuación a los estándares nacionales e internacionales sobre derechos humanos.

Después de ofrecer al lector un contexto, se examinan algunas estadísticas que sirven como punto de partida para el análisis del tema. Posteriormente, se realiza una evaluación crítica a la Ley Antiterrorista, con especial mención de las recientes declaraciones del Relator Especial para la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo de la ONU. Se examinan decisiones adoptadas por los tribunales superiores de justicia, a propósito de diversos recursos de amparo, que constituyen verdaderas recomendaciones generales para que los órganos encargados de la seguridad pública adecúen su actuar a los estándares internacionales. Además, se evalúan los protocolos policiales de acción y la formación especializada de las fuerzas de seguridad. Para dar coherencia a las secciones anteriores, se presenta un análisis sobre la política criminal del Estado, en consonancia con el estándar de la seguridad democrática. Por último, se aborda un análisis más contingente acerca del rol desempeñado por el actual gobierno, a través del ejercicio de potestades públicas en su calidad de poder ejecutivo.

El impacto mediático del tema ha adquirido otros ribetes desde el asesinato del matrimonio Luchsinger-Mackay en enero del presente año. En la madrugada del viernes 4 de enero de 2013, en el sector de General López (comuna de Vilcún), a 25 kilómetros de la capital de la región de La Araucanía, personas supuestamente vinculadas a la reivindicación de tierras mapuche prendieron fuego a la casa del empresario Werner Luchsinger Lemp. La investigación que desarrolla el Ministerio Público aún no ha finalizado. Hasta el momento existe una sola persona formalizada por el delito de incendio contemplado en la Ley Antiterrorista (en adelante, LAT o Ley 18.314), que actualmente está en prisión preventiva. Desde ese día, el gobierno del presidente Piñera ha priorizado la gestión del conflicto mapuche desde una óptica

represiva, mostrando su falta de voluntad política para solucionar los problemas de las tierras y los recursos naturales, y avanzar en una regulación adecuada de la consulta indígena que sea acorde con los estándares internacionales contenidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169).³ Las críticas han provenido desde los propios pueblos indígenas y de organizaciones sociales y académicas que trabajan en la materia.⁴ Resulta contradictorio que la criminalización de las demandas mapuche, el punto de mayor conflicto entre el Estado y el pueblo mapuche, se produzca en el momento en que más se ha avanzado en el reconocimiento formal y explícito de los derechos de los pueblos indígenas.⁵

Como concepto rector de este capítulo, se adopta el enfoque de la “seguridad democrática”, utilizado en ocasiones por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), que implica que toda la política criminal y la seguridad ciudadana de un Estado deben ser respetuosas de los derechos humanos y/o fundamentales.⁶ Ello tiene una doble implicancia: primero, que todas “las políticas de seguridad existen como un medio para garantizar el ejercicio de derechos tales como la libertad personal y la seguridad individual”, y, segundo, que los derechos humanos también funcionan como un límite ante el poder punitivo del Estado.⁷

A grandes rasgos, la seguridad democrática conlleva la idea de que las políticas públicas y la manera en que el Estado utiliza su poder coercitivo para abordar el tema de la seguridad pública, deben basarse en una discusión en la que participen todos los actores sociales y autoridades estatales, teniendo como eje la protección de los derechos fundamentales.⁸ En dicha deliberación, se sostiene, no solo deberían tomarse en cuenta las opiniones técnicas de las policías y del ministro del Interior y Seguridad Pública, sino que debiera haber participación del Parlamento, las organizaciones ciudadanas y aquellos directamente afectados. Todo esto es indispensable para dotar de legitimidad y racionalidad al uso de la fuerza estatal, y así evitar que su aplicación e

3 Llama la atención que las anteriores muertes ocurridas en el contexto del conflicto no hayan provocado una mayor atención y consideración por parte de los poderes públicos. Como ha sido tratado en años anteriores por este *Informe*, por ejemplo, las muertes de Matías Catrileo, Alex Lemún y Jaime Mendoza Collío, causadas por agentes del Estado, no han generado mayor impacto en el modo en que los poderes públicos reaccionan ante hechos tan lamentables.

4 Observatorio Ciudadano, “Indígenas denuncian falencias en mesa de consenso con el gobierno”, 2 de junio de 2013.

5 CEPAL y ATM, *Desigualdades territoriales y exclusión social del pueblo mapuche: Situación en la comuna de Ercilla desde un enfoque de derechos*, abril de 2012, p. 102.

6 El concepto es utilizado por la CIDH, en su informe *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, 2010. En algunos casos, se utiliza el concepto seguridad ciudadana democrática.

7 Lorena Fries, palabras introductorias, *Seminario Internacional: Seguridad Democrática y Derechos Humanos*, 20 de julio de 2012.

8 Víctor Abramovich, “Condiciones para el gobierno político de la seguridad”, en *Seminario Internacional: Seguridad Democrática y Derechos Humanos*, op. cit..

implementación práctica vaya únicamente en favor de ciertos grupos de la sociedad. Además, se hace necesario adecuar las políticas de seguridad ciudadana a las necesidades específicas de cada ámbito local y abrir espacios de participación a la ciudadanía para la protección de su propia seguridad. Desde el inicio de la década anterior, programas públicos como “Comuna Segura, Compromiso 100” se han basado, con relativo éxito, en este nuevo enfoque.

La seguridad democrática implica que el ejercicio de la fuerza estatal (por definición, acorde con el ordenamiento jurídico) debe pensarse desde el punto de vista de cómo esta ayuda a fortalecer la democracia, garantizando el respeto de los principios de igualdad y no discriminación, responsabilidad y publicidad, y promoviendo la participación ciudadana en la creación, implementación y fiscalización de la misma.

Varios problemas obstaculizan la aplicación de políticas de seguridad ciudadana en nuestro tiempo: entre otros, el derecho penal del enemigo, el populismo penal y una concepción estrecha del concepto de orden público. Especialmente relevante para el tema de este capítulo es la creciente tendencia al uso indiscriminado del aparato punitivo del Estado para solucionar problemas sociales y políticos que exigirían una respuesta integral. Este debe entenderse en el marco de una evaluación integral de las políticas públicas generales y sectoriales con respecto a los pueblos indígenas. La política pública en materia de devolución de tierras y territorios tiene una relación con el clima de violencia; tal como señaló el Relator Especial para Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas en 2009:

la falta de un mecanismo para reivindicar los derechos a las tierras ancestrales o a reparar a los indígenas por las tierras que hayan sido tomadas sin su consentimiento, como se menciona arriba, podría haber contribuido a un ambiente de enfrentamiento en el que algunos miembros de las comunidades mapuche se habrían sentido sin opciones adecuadas y, por ende, habrían optado por la protesta social que en algunos casos implicaría la comisión de delitos y de actos contrarios al orden público.⁹

Una evaluación crítica de la política criminal diseñada e implementada por el Estado para hacer frente al conflicto exige tomar en consideración una política pública integral y sectorial incapaz de dar respuesta a las reivindicaciones que, desde la recuperación de nuestra

9 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en Chile, James Anaya, 2009, párr. 57.

democracia, se han hecho cada vez más visibles. En efecto, dada una situación de discriminación y desigualdad estructurales, el efecto acumulado de una deficiente política criminal puede terminar reproduciendo las causas de la misma.

Así, por ejemplo, una deficiente política de tierras, territorios y recursos naturales tendrá como efecto obvio la ocurrencia de conflictos cuya resolución se hará más difícil de no mediar una intervención oportuna. Un reciente informe de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), en conjunto con la Alianza Territorial Mapuche (ATM), en que se analizan varios casos de comunidades indígenas de la comuna de Ercilla, da cuenta de este fenómeno a través de un análisis en terreno. Por la importancia, cabe citar una parte de este informe en extenso:

Los casos elegidos para este análisis, según su grado de conflicto con el Estado chileno, muestran un escenario complejo y contradictorio vinculado a las propias limitaciones y contradicciones de la ley y de las políticas implementadas por la CONADI a través del Fondo de Tierras. Así, por un lado, la comunidad Temucucui, considerada como la más “problemática”, es contradictoriamente la que más tierras ha recuperado vía subsidios Tipo b, como lo establece la ley 19.253 [Ley Indígena]. La situación anterior puede vincularse con la ambivalencia generada por la propia ley que, por una parte, no reconoce tierras usurpadas y, por otra, faculta a la CONADI para resolver los conflictos de tierras propiciando la negociación y compra de ellas. Este dilema pone a los mapuches en la disyuntiva de “tomarse” las tierras en conflicto ya que es el único recurso que otorga la misma ley. No obstante, expone a las comunidades a pagar un alto precio por ellas ya que se ven enfrentados a la violencia institucional con pérdida de vidas, heridos y múltiples allanamientos. El ejemplo más elocuente es Temucucui, con una historia sistemática de movilizaciones por la recuperación de sus tierras, en que el patrón de respuesta del Estado ha sido la represión a las comunidades y posteriormente el reconocimiento de los derechos tradicionales de las tierras en conflicto, adquiriendo parte de ellas y “devolviéndolas” a la comunidad. Hasta hoy día, los comuneros mapuches siguen usando el único mecanismo efectivo para la recuperación de sus tierras: la movilización y ocupación de las tierras consideradas propias. Resulta evidente así que el “alto grado de conflicto” solo se da con comunidades organizadas y que pueden provocar algún tipo de respuesta frente a la acción (o inacción) del Estado. En otras palabras, el alto grado de conflicto no es más que la capacidad de resistencia de las comunidades por sus territorios y sobrevivencia. Lo anterior se verifica en la situación de

la comunidad Juan Pinoleo, que aparentemente tiene un bajo grado de conflicto con el Estado chileno, los miembros de esa comunidad han postulado dos veces a la compra de tierras para ampliar el reducido espacio en que viven, sin obtener una respuesta positiva por parte de la CONADI. Es más, uno de sus argumentos para no priorizar la adquisición de tierras para esa comunidad es que hay “poca población” (Nancy Urrea, expresidenta de la comunidad). Vale la pena señalar que esta comunidad tiene hectáreas “perdidas” en manos de particulares, y que la Forestal Mininco sembró y cosechó pinos en un terreno comunitario, sin ningún tipo de indemnización a sus ocupantes. Paradojalmente, es la comunidad que tiene más conflicto pues prácticamente está despoblada, sus habitantes son mayoritariamente mujeres ancianas y la expansión forestal ha invadido terrenos de la comunidad. En otras palabras, en la práctica ya no puede ofrecer resistencia al Estado, pues está fragmentada y atomizada. Sus dirigentes tienen clara conciencia de su vulnerabilidad extrema y de su posibilidad de desaparición, como antes sucedió con las reducciones Pedro Lizama y Carlos Nahueltripai, pero están dispuestas a movilizarse como único camino para la recuperación de sus tierras y territorios.¹⁰

Un análisis como el que abordamos debe abarcar todas las situaciones de opresión en la vida cotidiana y la experiencia vital de comunidades que sufren los efectos de la violencia o fuerza física del Estado, los que constituyen “el resultado de la configuración de las fuerzas de la sociedad que genera un sistema de estratificación, donde posiciona a ciertos grupos en situación de subordinación a través de mecanismos de discriminación como la pobreza, la etnia y el género”.¹¹ Esto, que podría llamarse violencia estructural o institucional, se erige como un marco de análisis general para la temática de este capítulo.

La evaluación de nuestro objeto de estudio considera, como hemos señalado, a los estándares nacionales e internacionales que existen en la materia. Pertinentes para este trabajo resultan, en primer término, los estándares referidos específicamente a los pueblos indígenas, como aquellos contenidos en el Convenio 169 o la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

A su vez, diversos instrumentos internacionales contienen principios o derechos directamente relacionados con la política criminal y la seguridad ciudadana adoptados por un Estado, como los estándares con que deben lidiar los Estados en su lucha contra el terrorismo. El

10 CEPAL y ATM, op. cit., p. 154.

11 *Ibid.*, p. 101.

diseño de una política criminal respetuosa de los derechos humanos debe incluir el principio de proporcionalidad penal, que hace referencia no solo a la necesidad de que la pena o sanción sea adecuada a la gravedad del delito, sino también a la necesidad de utilizar la herramienta penal o el aparato represivo del Estado para cumplir funciones preventivas o pacificadoras. En este último aspecto, una política criminal puede ser evaluada por su grado de eficacia en la prevención de futuros delitos.

1. ESTADÍSTICAS

Los datos estadísticos disponibles sobre el conflicto sugieren algunas cuestiones relevantes y permiten canalizar la gran cantidad de información que existe respecto al tema. De hecho, hemos decidido dejar fuera de este capítulo el análisis de casos o situaciones particulares, debido a ese enorme volumen de información. Una panorámica general puede servir como punto de partida para el análisis que haremos más adelante.

De acuerdo a un reciente informe publicado por Libertad y Desarrollo, realizado en base a informaciones de prensa, se han contabilizado 1.456 hechos de violencia relacionados con el conflicto entre 1990 y 2010, los que se concentran principalmente en la Región de la Araucanía.¹² Sin embargo, para otros reportes, transversales a diversas aproximaciones al tema, esta cantidad sería aun mayor, si se considera que muchos delitos comunes, que pasan inadvertidos para la prensa, están también relacionados con el conflicto si son adecuadamente contextualizados.¹³ Ello sugiere que la medición cuantitativa de la dimensión penal del conflicto podría requerir una reflexión o profundización mayor. De todos modos, las cifras de todos los organismos muestran un recrudecimiento de la violencia en los últimos años.¹⁴

La mayor parte de los delitos asociados al conflicto se refieren a daños simples (20%), usurpación no violenta (13,7%), amenazas de atentados contra personas y propiedades (10,9%) y desórdenes públicos (10,4%).¹⁵ La criminalidad violenta en los territorios involucrados, tal como en el resto del país, es la excepción. De ahí que surjan

12 Libertad y Desarrollo, *Violencia en la Araucanía: Cambios de fondo*, en *Temas Públicos*, N° 1.096, 11 de enero de 2013, p. 5.

13 CEPAL y ATM, op. cit., p. 107; Biobiochile.cl, "Denuncias enmarcadas en conflicto mapuche aumentaron en 76,9% en La Araucanía", 24 de enero de 2013; Biobiochile.cl, "La Araucanía: Multigremial preocupada por últimos hechos de violencia en la región", 28 de abril de 2013.

14 Ministerio Público, *Cuenta Pública de la Fiscalía*, Santiago, 2012; Defensoría Penal Pública, *Cuenta Pública*, Santiago, 2012; CEPAL y ATM, op. cit., p. 107.

15 *Ibid.*, p. 108. Las estadísticas presentadas en este *Informe* se relacionan con delitos asociados al conflicto contabilizados en todo Chile, principalmente en las Regiones del Biobío y La Araucanía.

dudas con respecto a la necesidad de invocar de manera recurrente la LAT para la persecución de estos delitos. En el próximo apartado nos referiremos en detalle a este tema.

De acuerdo a los datos aportados por la Defensoría Penal Pública (en adelante, DPP), un 23,7% del total de detenciones ilegales decretadas durante 2012 corresponde a personas de origen indígena. Le siguen los adolescentes (17,1%) y los extranjeros (13,5%).¹⁶ No se dispone de información sobre la cantidad de detenciones ilegales que derivaron en algún reclamo administrativo o causa iniciada en fiscalía militar o justicia ordinaria. Este dato nos permitiría conocer aquellas detenciones que pudieran haberse realizado infringiendo derechos humanos. Un reciente informe de UNICEF, llamado “Procedimientos Policiales y Derechos del Niño”,¹⁷ ha revelado los deficientes mecanismos de control y monitoreo para conocer los motivos de las detenciones ilegales. En efecto, no existen mecanismos de control interno de las actuaciones policiales para revisar estos casos, por lo que algunas organizaciones proponen la creación de un “comité de revisión de actuaciones recurrentemente impugnadas por su ilegalidad” al interior de Carabineros de Chile. Además, se ha recomendado la creación de una instancia de coordinación interinstitucional entre Carabineros y los fiscales del Ministerio Público para analizar esos casos, con el fin de afinar jurídicamente las causas en que se puede privar de libertad según la ley.¹⁸ Considerando que los miembros de los pueblos indígenas sufren de manera particularmente intensa de detenciones ilegales, se hace urgente conocer las causas de estas.

2. LEY ANTITERRORISTA (LAT)

“Chile cuenta con una legislación antiterrorista de estándar internacional, que protege de forma adecuada y eficaz a la sociedad”. El presidente Sebastián Piñera pronunció estas palabras en el tradicional discurso del 21 de mayo de 2013, ante el Congreso Pleno, en referencia a la situación del conflicto mapuche. Como se verá, estas afirmaciones son cuestionables. Gran parte de las condiciones que llevaron a evaluaciones críticas de la LAT en versiones anteriores de este *Informe*¹⁹ se mantienen vigentes.

La LAT (Ley 18.314) ha enfrentado, desde su creación, cuestionamientos de diversa índole. Para caracterizar las conductas terroristas, luego de la reforma introducida a través de la Ley 19.027 de 1991, los

16 Defensoría Penal Pública, Cuenta Pública, op. cit., p. 34.

17 UNICEF, Procedimientos Policiales y Derechos del Niño, Santiago, septiembre de 2012.

18 *Ibid.*, p. 22.

19 *Informe* 2012, pp. 180-184.

legisladores se inclinaron por definir este tipo de actos desde un punto de vista subjetivo, esto es, atendiendo al móvil o a la finalidad perseguida por parte de las personas que despliegan este tipo de conductas. De esta forma, la actual definición de un delito terrorista –contemplada en el artículo 1° de la ley– dispone que sean consideradas como tal las conductas realizadas “...con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie...”. Esta definición resulta contraria al principio de legalidad y tipicidad, valores centrales del derecho penal moderno, por su extrema indeterminación y amplitud.²⁰ Respecto a esto, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, luego de una visita a Chile llevada a cabo entre los días 17 y 30 de julio del presente año, declaró:

La definición de terrorismo en la ley es muy amplia, y depende de probar que se cometió un delito penal sustantivo (tal como incendio premeditado) junto con el necesario ánimo de generar temor en la población y así influenciar la política de gobierno. Mientras que esta forma de definición no es singular a Chile, deja una amplia discreción al fiscal, que podría llevar a una aplicación impredecible y arbitraria, y está, por tanto, abierto al potencial abuso.²¹

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que las definiciones de delito terrorista deben cumplir ciertas exigencias de determinación y precisión, conforme al principio de legalidad. Sobre esto sostuvo:

Un ejemplo concreto en este contexto es el respeto del principio de legalidad, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que no puede ser suspendido, incluso en tiempos de emergencia pública. Implica que la imposición de la responsabilidad penal está limitada a disposiciones claras y precisas, de manera de respetar el principio de certidumbre del derecho y de velar por que no esté sujeto a interpretaciones que amplíen indebidamente el alcance de la conducta prohibida. Los Estados pueden utilizar las definiciones excesivamente vagas o amplias del

20 Véanse: José Aylwin Oyarzún, “La aplicación de la Ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad a las causas que involucran a integrantes del pueblo mapuche por hechos relacionados con sus demandas por tierras y sus implicancias desde la perspectiva de los derechos humanos”, Informe en derecho, agosto 2010, p. 6; INDH, Informe anual 2011: Situación de los derechos humanos en Chile, p. 111, <http://bibliotecadigital.indh.cl/>

21 Ben Emmerson, “Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo”, 30 de julio de 2013.

terrorismo como un medio para abarcar acciones pacíficas encaminadas a proteger, entre otras cosas, derechos laborales, los derechos de las minorías o los derechos humanos, o, más en general, para limitar cualquier tipo de oposición política.²²

La indeterminación y amplitud de la definición de acto terrorista trae como consecuencia la posibilidad de una aplicación selectiva de la legislación antiterrorista a determinados grupos de la sociedad. Esta situación obliga a los actores encargados de la investigación de acciones de esta naturaleza, y a los órganos judiciales, a que sus decisiones estén basadas en torno a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en relación al fin perseguido, pues, de lo contrario, se corre el peligro de caer en un tratamiento diferenciado carente de justificación. Por tanto, la carga de probar la razonabilidad de la aplicación de la legislación antiterrorista recae en el Estado, a riesgo de infringir el derecho a la no discriminación, expresamente prohibido por los principios internacionales de derechos humanos,²³ y el derecho constitucional de igualdad ante la ley.²⁴

La opción legislativa de caracterizar los delitos terroristas atendiendo a los fines perseguidos por los autores tiene como consecuencia que la verificación de este tipo de actos sea muy compleja desde un punto de vista probatorio.²⁵ Muestra de lo anterior es el bajo porcentaje de casos que, siendo formalizados por la Ley 18.314, han terminado con sentencia condenatoria por alguna acción contemplada en esta ley. Desde la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal –a fines de 2000–, se han registrado 107 personas formalizadas por algún delito contemplado en la LAT,²⁶ distribuidas en 21 causas. Pero solo en 5 de estas existen sentencias condenatorias por algún delito terrorista, registrándose un total de 11 personas condenadas por la LAT.

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es el motivo de que esta ley siga

22 OACDH, Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo, Folleto informativo 32, p. 43.

23 INDH, Minuta reforma a la Ley Antiterrorista, documento interno del 24 de junio de 2011, p. 15.

24 Respecto a esta situación, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo declaró: “el Relator Especial se ha formado la imagen que las instituciones del Estado en Araucanía y Biobío han ejecutado una variedad de diferentes métodos de discriminación judicial contra los mapuches, percibidos por muchos como una forma de represión. Los dos ejemplos más obvios de hacer cumplir la ley en forma discriminatoria son el uso arbitrario e inapropiado de la legislación antiterrorista como medio para abordar las protestas mapuches, y el uso de violencia excesiva de parte de Carabineros, además de Policía de Investigaciones, en el cumplimiento de la legislación penal. Esto se ha convertido, en sí mismo, en una importante fuente de reclamación de las comunidades mapuches, y explica al menos parcialmente la escalada en ataques violentos contra Carabineros y otras instituciones del Estado en la Región.” Véase: Emmerson, op. cit.

25 Véase: Héctor Hernández Basualto, “Algunas modificaciones a la Ley N°18.314”, Informe en derecho 3, febrero de 2011, pp. 1-2.

26 Solicitud de acceso a la información pública ante el Ministerio Público 173/2013, ingresada el 27 de mayo de 2013.

teniendo tanta importancia dentro de las herramientas utilizadas por el Estado, específicamente por el Ministerio Público, considerando la baja cantidad de condenas por delitos terroristas que se han conseguido invocando la LAT? Sin duda, se trata de una situación paradójica. Una respuesta a esta interrogante fue proporcionada por el ministro del Interior, Andrés Chadwick, al declarar, con motivo del asesinato del matrimonio Luchsinger-Mackay:

(Se hará) uso de todos los instrumentos legales –del Estado de Derecho– que el gobierno considere útiles, oportunos, y de acuerdo a las circunstancias para poder utilizarlos. Hasta este momento pensamos que lo más útil como instrumento jurídico es la invocación y la aplicación de la Ley Antiterrorista, porque brinda la posibilidad de tener los espacios procesales para que las policías puedan desarrollar con mayor eficacia sus labores investigativas.²⁷

La ley entrega ventajas procesales –consistentes en la flexibilización e inobservancia de garantías– que el Ministerio Público y las policías utilizan para la persecución de delitos cometidos con ocasión de las protestas mapuche. Estas ventajas incluyen la posibilidad de presentar “testigos protegidos” en el juicio oral y el acceso reservado a la carpeta de investigación del fiscal, situaciones que privan al imputado de ejercer su derecho a la defensa. En torno a la utilización de testigos protegidos, en la declaración sobre el caso chileno, el Relator Especial, Ben Emmerson, sostuvo:

el argumento más sólido contra el uso continuado de los testigos protegidos en conexión con los casos de protestas mapuches, es que no está de hecho justificado en aquellos casos por el objetivo citado de proteger la seguridad del testigo. El comandante de los Carabineros en Araucanía, además de los fiscales públicos, tanto en Temuco como en Concepción, confirmaron cada uno durante reuniones con el Relator Especial que las medidas de anonimidad utilizadas en los procesos mapuche bajo la legislación antiterrorista son consistentemente ineficaces, debido a que la comunidad invariablemente puede identificar al testigo en base al conocimiento local.²⁸

27 *El Mercurio*, “Gobierno designa a tercer hombre de Carabineros a cargo de La Araucanía”, 7 de enero de 2013, C2.

28 Emmerson, op. cit.

Acto seguido agregó:

Se desprende que el uso de testigos protegidos en el contexto de los procesos contra imputados mapuches bajo la legislación antiterrorista no está logrando el objetivo declarado de ofrecer protección al testigo y su familia. Por otro lado, continúa presentando un grave impedimento a la justicia de los enjuiciamientos por estos delitos. Presenta además al testigo y su familia la impresión errónea de que su identidad no es conocida, cuando de hecho el caso es usualmente lo contrario. De este modo menoscaba el derecho del imputado sin proteger los derechos del testigo, y presumiblemente incluso expone al testigo y su familia en un riesgo mayor e innecesario, creando la falsa impresión de que su identidad se mantendrá secreta.²⁹

Las ventajas procesales también incluyen la ampliación de los plazos de detención o la excesiva extensión de la prisión preventiva, que termina constituyéndose en un castigo anticipado. Claro ejemplo de esto último es el polémico caso de Cañete, en el cual cuatro de los imputados estuvieron sujetos a prisión preventiva por extensos periodos de tiempo (tres de ellos durante casi dos años y otro por aproximadamente catorce meses). Sobre esta situación, el Relator Especial declara:

Debido a que la pena por delitos terroristas es mucho más larga que la pena por el delito penal sustantivo equivalente, la probabilidad de una orden de libertad bajo fianza se encuentra igualmente disminuida. Más aun, según la Constitución, existe una disposición especial aplicable a los delitos terroristas, según la cual cualquier apelación contra una decisión para ordenar la detención previa al juicio, requiere de la unanimidad de los tres jueces, considerando la apelación como precondition para una orden de libertad. Si una mayoría de los jueces de apelación favorecen la libertad previa al juicio, pero uno está en desacuerdo, el imputado permanecerá detenido. Esto ha llevado a reclamos de parte de activistas mapuches que pueden haber permanecido encarcelados durante largos periodos de tiempo antes de su juicio. En algunos casos estos mismos imputados han sido posteriormente absueltos de los cargos terroristas durante el juicio.³⁰

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

Respecto a esta flexibilización de las garantías procesales, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU ha sostenido:

Las garantías procesales, incluso de los sospechosos de terrorismo, son esenciales para asegurar que las medidas de lucha contra el terrorismo sean efectivas y respeten el imperio de la ley. Las salvaguardias de los derechos humanos de todas las personas acusadas de delitos penales, incluidos los delitos relacionados con el terrorismo, se establecen en los artículos 14 y 15 del Pacto (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) e incluyen el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído con las debidas garantías y en un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, y el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un tribunal superior que reúna los mismos requisitos.³¹

Nos parece preocupante que, atendidas las dificultades probatorias que presentan la verificación de actos terroristas y el bajo potencial de éxito en la consecución de condenas por este tipo de actos, no exista un mecanismo de control judicial acerca de la decisión de invocar la LAT. Considerando la cantidad de restricciones al debido proceso que sufren los imputados por delitos terroristas durante su procesamiento, consideramos urgente el establecimiento de un mecanismo de control en la etapa inicial del procedimiento que asegure la coherencia y seriedad de la acusación presentada por parte del fiscal, y que minimice la posibilidad de errores en la utilización de la legislación antiterrorista.

Por lo anteriormente expuesto, compartimos íntegramente la recomendación del Relator Especial:

Hoy recomiendo que debería cesar todo uso de la legislación antiterrorista en conexión con las protestas territoriales mapuche. Esta legislación se ha convertido en parte del problema y no parte de la solución. Se ha aplicado en forma desproporcionada contra los defendidos mapuche, y se ha implementado sin una política coherente y objetiva para distinguir aquellos casos que cumplen con el umbral para determinar si un acto es de terrorismo... [o] no. Los fiscales públicos y los tribunales penales tienen a su disposición amplios medios para la investigación, procesamiento y castigo de los actos de violencia dentro de las disposiciones de la legislación penal ordinaria. Debieran de inmediato cesar de recurrir a la legislación antiterrorista en este contexto políticamente delicado y

31 OACDH, op. cit, p. 41.

potencialmente explosivo.³²

3. RECURSOS DE AMPARO

Desde 2011, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) y la DPP han interpuesto numerosos recursos de amparo relacionados con situaciones de violencia policial ocurridas en el contexto del conflicto. En general, estos recursos han sido exitosos y han resultado en declaraciones emitidas por la Corte Suprema que constituyen verdaderas recomendaciones generales para que las policías civil y militar conformen sus actuaciones a los estándares de derechos humanos pertinentes. Es interesante recordar que el recurso de amparo, contenido en el artículo 21 de la Constitución, señala que la magistratura encargada de su conocimiento ordenará que se adopten de inmediato las providencias que se juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Se ha suscitado un debate respecto a lo que pueden o no hacer los tribunales con relación a las medidas contenidas en las partes resolutivas de las sentencias, surgiendo la duda de si acaso el recurso de amparo puede servir para realizar “llamados de atención” a las policías, en caso de que se observen patrones o tendencias a infringir las normas que guían el actuar policial. En algunos casos el recurso de amparo ha servido como una verdadera “exhortación” general o una declaración de que un órgano del Estado ha vulnerado el respeto que se le debe a toda persona que habite el territorio chileno, destacando, además, su pertenencia a un pueblo indígena.³³ cuando ha habido antecedentes fidedignos de que el ejercicio de las atribuciones policiales, sobre todo en casos de allanamiento, ha generado efectos que perturban la seguridad y libertad personal, o la integridad física y psíquica, los tribunales superiores de justicia han oscilado entre dos opciones: enviar, en la parte resolutive de las sentencias, instrucciones a las prefecturas o comisarías involucradas en un caso concreto o exigir la derivación de los antecedentes al juez militar, con órdenes de substanciar la investigación de los hechos denunciados, de acuerdo a los plazos del artículo 130 del Código de Justicia Militar.³⁴ En algunos casos, además,

32 Emmerson, *op. cit.*

33 Para algunos jueces, el amparo no es una vía idónea para este efecto. Así, por ejemplo, los abogados integrantes Luis Bates y Domingo Hernández han sostenido que estas declaraciones o exhortaciones generales a sujetar la fuerza pública de manera rigurosa a la legalidad vigente, “implican una apreciación implícita de mérito sobre la forma en que la institución llamada constitucionalmente a cautelar el orden público debería enmarcar su acción en el futuro, lo que, a más de inocuo –porque no se explicita que el accionar policial haya sido ilegal o arbitrario–, trasciende los objetivos del recurso”. Corte Suprema, rol 35-2012, 5 de enero de 2012, voto disidente.

34 Instrucciones generales; Derivación de antecedentes a la justicia militar. Corte Suprema, rol 7132-2012, 26 de septiembre de 2012.

los tribunales superiores de justicia han reiterado la necesidad de que la policía actúe siempre bajo los pilares de un Estado democrático de derecho, ya que:

es el único organismo público que se encuentra facultado, en circunstancias excepcionales, para requerir coactivamente de los ciudadanos una determinada conducta, mediante la aplicación inmediata, si fuere necesario, de un amplio rango de fuerza que se extiende desde la mera presencia, con la presión psicológica que esta implica, hasta la fuerza física propiamente tal, en sus diversos grados, cuya cúspide se encuentra representada por la fuerza letal.³⁵

Este tipo de considerandos parecen extraños a la fundamentación de una sentencia que acoge un recurso de amparo, una acción que por lo general se limita a constatar una infracción a las garantías constitucionales perturbadas y a reiterar lo señalado en la definición de su objeto. Este tipo de afirmaciones han tenido lugar incluso en casos en que la policía civil o carabineros han acompañado pruebas audiovisuales de la complejidad de la puesta en práctica de órdenes de detención, allanamientos o detenciones flagrantes. Más aun, se han emitido algunas instrucciones generales en orden a reiterar la necesidad de que el uso de la fuerza estatal se adecúe al Convenio 169, incluso en casos en que la Corte de Apelaciones respectiva no ha adquirido la convicción de que las policías han actuado por fuera del marco legal. Los tribunales superiores han reconocido la delicada situación que se vive en la zona de conflicto, admitiendo la complejidad de la situación, y reiterando “que, en lo sucesivo, el actuar [de la policía] se ajuste al ordenamiento jurídico, con la debida racionalidad y proporcionalidad, resguardando siempre el interés superior de los niños indígenas que integran la Comunidad, [y] debe considerarse que siendo tal requerimiento un mandato legal y constitucional, al cual están obligadas las fuerzas de orden y seguridad pública atendido no solo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169, particularmente su artículo 3.2, que dispone: ‘No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio’”.³⁶

35 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 449-2012, 5 de julio de 2012, considerando 2.

36 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 449-2012, op. cit., considerando 8; en el mismo sentido, rol 1136-2011, 21 de diciembre de 2011.

En otros recursos de amparo, se ha reiterado la preocupación en torno a la utilización del procedimiento del control de identidad como una herramienta de hostigamiento y criminalización de la protesta social.³⁷ Un caso paradigmático de la utilización abusiva de este procedimiento hizo patente, además, la inoperancia policial, que controló la identidad de una persona que tenía una orden de detención pendiente sin derivarlo al tribunal correspondiente.³⁸ En algunos casos, se reconoce una verdadera militarización permanente de la zona en conflicto, lo que constituyen un contexto o situación estructural de amenazas a los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo. En un caso emblemático, se constató una intervención y afectación permanente de los derechos de una comunidad en la zona de Ercilla:

se mantiene en forma permanente la presencia policial [constituyendo] una amenaza a la libertad personal y seguridad individual, ya que el ejercicio de este derecho se ve conculcado por la permanente presencia policial en el sector y las lesiones sufridas por las personas a cuyo favor se recurre, configuran un contexto de amenaza seria y grave a la seguridad individual de los amparados, que permanece en el tiempo.³⁹

Al mismo tiempo, y con ocasión de protestas sociales, los recursos de amparo han tenido la posibilidad de revelar operativos policiales realizados de manera flagrantemente ilegal. El caso más significativo ocurrió el 16 de octubre de 2012, con ocasión de la visita del presidente Sebastián Piñera a la comuna de Ercilla, cuando Carabineros realizó un gran despliegue táctico, sobre todo en comunidades consideradas “conflictivas” por la autoridad. La Corte de Apelaciones de Temuco, en

37 En el capítulo sobre “Violencia policial” del *Informe* publicado el año pasado, se daba cuenta de que “Carabineros invoca una de sus principales atribuciones policiales autónomas, el control de identidad, para detener injustificadamente a individuos”, que pasaban a tener el carácter de “conducidos” a las unidades de detención. Es importante recordar que este “procedimiento no constituye nunca una detención, sino que supone la posibilidad de que Carabineros pueda controlar la identidad de personas en ciertas hipótesis expresamente contempladas en la ley. En todo momento, este procedimiento está sometido al principio de gradualidad: primero, se debería intentar controlar la identidad en el mismo lugar en el que se encuentra el controlado y solo alternativamente este podría ser conducido a alguna unidad policial”. *Informe 2012*, pp. 261-262.

38 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1026-2012, 28 de diciembre de 2012, considerando 2: “que del texto del recurso, del informe de Carabineros y de los antecedentes agregados a la causa, es posible concluir que efectivamente el día 3 de diciembre de 2012, los amparados fueron detenidos por funcionarios policiales de la Prefectura de Malleco, mientras transitaban por el camino que une San Ramón con Chequenco, siendo trasladados hasta la unidad policial de Pidima, sin que existiere fundamento alguno para dicha detención ni antecedentes que fundamenten el control de identidad al que se sometió a los amparados, diligencia que de haber sido practicada por Carabineros, debió arrojar como resultado que [IHL], mantenía una orden de detención pendiente (...) el que por lo demás debió haber sido puesto a disposición del tribunal que libró la orden”.

39 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 838-2012, 20 de diciembre de 2012.

la parte considerativa de un recurso de amparo, constató que:

En el desarrollo de esa acción personal de Carabineros efectuó disparos [armas de fuego que disparan perdigones] desde los helicópteros, sin advertir que, además de los adultos que se encontraban en el lugar, también habían varios niños y niñas.⁴⁰

Este tipo de situaciones deben estar sometidas a las críticas y recomendaciones realizadas en este *Informe* a las situaciones de violencia policial con ocasión de protestas sociales; en especial, a la falta de aplicación de la racionalidad, gradualidad y proporcionalidad de medios disuasivos, y a la infracción de los protocolos policiales.⁴¹

4. PROTOCOLOS POLICIALES Y FORMACIÓN ESPECIALIZADA

El artículo 4 N°1 del Convenio 169 establece la obligación de adoptar las medidas especiales que se precisen “para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. En otras palabras, y en lo que importa para este capítulo, los Estados firmantes de este Convenio se obligan a adoptar las medidas y acciones necesarias para lograr iguales derechos de ciudadanía para los pueblos indígenas. Se ha señalado que la política criminal de un Estado y las instituciones que dan eficacia al derecho deben ser concientes de las particularidades que ostentan los pueblos indígenas, en especial, cuando están en juego la vida y la integridad física y psíquica de los mismos. Así, por ejemplo, se destaca la necesidad de respetar las particularidades religiosas y culturales, la especial relación que los pueblos indígenas tienen con la tierra, y a sus propias autoridades políticas o líderes espirituales.

En torno a la institucionalidad relativa al ejercicio de la fuerza estatal, es importante destacar su falta de adecuación normativa a los estándares comentados. A través de solicitudes de acceso a la información pública ante la Policía de Investigaciones (PDI) y Carabineros, se pidió conocer si acaso estas instituciones, al amparo del mencionado artículo 4° del Convenio 169, habían diseñado algún protocolo especial para la aplicación de la fuerza estatal en comuni-

40 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 907-2012, 7 de diciembre de 2012, considerando 2. En el mismo sentido, un recurso de protección acogido da cuenta de la problemática aplicación práctica de medios disuasivos. En este caso, la Corte de Apelaciones de Temuco ordenó que: “Carabineros de Chile, en lo porvenir, deberá abstenerse de realizar actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en los patios de las viviendas particulares de la comunidad indígena Wentu Winkul Mapu”, rol 342-2011, 16 de diciembre de 2011.

41 *Informe* 2012, pp. 219-283.

dades indígenas.⁴² Ello en virtud de varias sentencias que, acogiendo recursos de amparo y protección, han ordenado a ambas instituciones adoptar las medidas necesarias para evitar que, en el futuro, situaciones que pudieran afectar los derechos fundamentales de los miembros de esas comunidades pudieran volver a repetirse: entre otras, lanzar bombas lacrimógenas al interior de comunidades con niños; disparar perdigones con escopetas antimotines desde helicópteros; o detener indiscriminadamente a personas sin distinguir entre delincuentes, legítimos manifestantes y miembros de comunidades indígenas.⁴³ Del mismo modo, en el Informe de Observaciones 2013, elaborado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT-Ginebra), se invitó al gobierno a indicar las medidas especiales adoptadas para prevenir que la utilización de la fuerza o la coerción pudieran afectar indebidamente los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

Ante la solicitud indicada, Carabineros respondió lo siguiente:

Sobre el particular, se señala que no existen protocolos de actuación especiales o particulares para las hipótesis planteadas, y ello encuentra su fundamento en el respeto a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, y en evitar cualquier sesgo de discriminación o diferencias arbitrarias con respecto a todas y cada una de las personas que habitan la República, cualesquiera sea su edad, estirpe o condición.

Por su parte, la Policía de Investigaciones señaló:

Al respecto, se informa que la PDI no mantiene ningún protocolo que ordene a los Oficiales Policiales, en el ejercicio de sus funciones, otorgar un trato especial a los miembros de la comunidad mapuche en nuestro país. Lo anterior, ya que de conformidad al principio de igualdad ante la ley, todas las personas tienen derecho a que se les otorgue un trato igualitario ante el Estado, sin distinciones o privilegio alguno. En efecto, los protocolos emitidos por la PDI son regulados considerando la naturaleza del delito cometido, y no bajo parámetros personales de los intervinientes del proceso penal, como lo sería el origen étnico u otras circunstancias personales.

42 Solicitud de acceso a la información pública ante Carabineros de Chile, N° AD009W00, ingresada el 11 de abril de 2013; Solicitud de acceso a la información pública ante Policía de Investigaciones, N° AB010W-0000153, ingresada el 12 de abril de 2013.

43 Véase la sección anterior.

En relación a estas respuestas, es interesante analizar el modo en que estas instituciones entienden el principio de igualdad y no discriminación y sus implicancias para los deberes públicos. Desde hace mucho tiempo, el derecho internacional de los derechos humanos ha sido enfático en señalar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación exige que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar que, en sus distintas expresiones, el poder pueda tratar a los individuos como iguales. En el caso de los pueblos indígenas, y en el contexto de las expresiones de fuerza estatal (detenciones flagrantes, órdenes de detención, allanamientos, medidas cautelares, privación de libertad, etc.), estas obligaciones exigen la consideración de las particularidades de esos pueblos. En el caso del pueblo mapuche, se debiera exigir, por ejemplo, un respeto por el idioma, de modo que los allanamientos u órdenes de detención se realicen en español o mapudungún (en forma verbal y escrita); con respecto a la particular relación que tienen con la tierra, ello exigiría, por ejemplo, cuidar que la entrada o allanamiento de una comunidad no se realice por un sitio sagrado; en relación al respeto por las autoridades religiosas y espirituales, esta obligación exigiría una particular consideración de sus funciones y roles al interior de una comunidad. El modo en que las instituciones señaladas comprenden su obligación de garantizar la igualdad y no discriminación no es capaz de dar debida consideración a las complejidades que, en contextos de mucha tensión, puede encontrar el empleo de la fuerza estatal. Como han señalado diversas instancias, el ejercicio de la fuerza muchas veces requiere una particular sensibilidad sobre el modo en que se utilizan o aplican las formas, las solemnidades, los protocolos y el contexto en el que se emplea.

A través de otra solicitud de acceso a la información, se pidió conocer las instancias de formación especializada de Carabineros sobre la cultura mapuche, para saber si el mencionado artículo 4° había tenido algún impacto a nivel institucional. Se exigió tener acceso a los cursos sobre cultura y cosmovisión mapuche, así como la capacitación y formación especializada en el idioma mapudungún. Según la información entregada por el Departamento de Información Pública de Carabineros,⁴⁴ 45 miembros del personal de la institución hablan el idioma mapudungún, uno el idioma rapanui y uno el idioma aimara. Además, se informó acerca de la realización de cursos y capacitaciones esporádicos que no se conciben con una formación permanente y especializada en la materia.

44 Carta RSIP 19.567 del 22 de febrero de 2013, que responde a solicitud de información AD009W 0019567 de fecha 28 de enero de 2013.

De acuerdo a información recabada en las comunidades, se constató que la mayoría de los allanamientos u operativos de rutina no cuentan con funcionarios que estén capacitados para hablar el idioma. Más aun, cuando se intenta hablar este, se lo hace de manera poco adecuada. Una evaluación más profunda requerirá hacer un análisis más detallado de los programas de formación y capacitación de las policías.

5. POLÍTICA CRIMINAL, POLÍTICAS DE SEGURIDAD Y CONSULTA INDÍGENA

En relación a las necesidades de incorporar a las comunidades a la discusión de la política criminal y policial, ha surgido una interesante iniciativa cuyos efectos o beneficios deberán evaluarse en el futuro próximo: la denominada “Patrulla étnica”. Se trata de alrededor de 60 funcionarios –organizados en tres patrullas con camionetas especialmente pintadas–, capacitados en la lengua mapudungun. En reportajes de prensa se ha señalado que algunos funcionarios pertenecen a la etnia mapuche en diferentes grados de ascendencia. Estas unidades operarán en la 3^a Comisaría de Cañete, 2^a Comisaría de Collipulli y la 3^a Comisaría de Padre las Casas.⁴⁵

Esta patrulla especial tendrá por objeto brindar una atención especializada a los requerimientos de seguridad de las comunidades mapuche, así como diversos servicios comunitarios tales como transporte colectivo, según señaló el General Subdirector de Carabineros, José Luis Ortega:

Si hay que trasladar a un niño en estas patrullas, lo llevaremos. Si encontramos a mitad de camino a una persona que va a su comunidad, y no tiene locomoción y va cansado, no hay ningún problema en que estas patrullas les brinden apoyo (...) queremos, y es el ánimo nuestro, que la comunidad mapuche, cuando lleguen estas patrullas con sus carabineros, sientan que esos carabineros van a ayudarlos, sientan que esos carabineros van a solucionar sus problemas, que vamos a estar al lado de ellos.⁴⁶

En el informe de UNICEF que hemos citado, y que fue entregado personalmente al General Director de Carabineros, se recomendó el fomento de la confianza entre los funcionarios y las comunidades afectadas. En concreto, se recomendó:

45 Araucanianoticias.cl, “Carabineros lanza en La Araucanía las patrullas de atención a comunidades étnicas”, 30 de mayo de 2013.

46 *Ibid.*

Crear instancias de diálogo y de acercamiento entre Carabineros, el Ministerio Público y las comunidades indígenas, de modo de reparar las relaciones dañadas y generar confianzas entre las personas involucradas (en sentido similar, OG 31 CERD: párrafo 5 c). Un buen resultado de esto podría consistir en que un funcionario policial de confianza de las comunidades pudiera liderar los procedimientos policiales en lo venidero.⁴⁷

En principio, el plan piloto parece una iniciativa inserta en políticas de seguridad que acercan a los operativos policiales a la realidad local y cultural en que habitan las comunidades. Sin embargo, persisten muchas dudas en cuanto a que este el tipo de políticas o medidas implique cumplir con el estándar de consulta contenido en el artículo 6° del Convenio 169. De acuerdo a las informaciones disponibles, no hay antecedentes de que este plan haya sido consultado, a excepción de algunas conversaciones con la Comisión Nacional de Desarrollo Indígena.⁴⁸ Tomar en serio el estándar de consulta indígena implica que:

los protocolos policiales deben ser consultados a los pueblos indígenas, pues se trata de medidas administrativas que les conciernen directamente cuando se ejecutan respecto de sus miembros y, especialmente, en los territorios de sus comunidades. Esto no quiere decir que la ejecución de tales medidas dependa de la voluntad de las comunidades indígenas, ni que la consulta suponga una especie de derecho a veto o una opinión vinculante respecto del diseño de los procedimientos policiales sino, simplemente, que se obliga a la creación de un procedimiento para que las autoridades policiales escuchen los argumentos de los pueblos indígenas.⁴⁹

El actual gobierno convocó a un grupo de expertos para trabajar en un proyecto de Código Penal que debiera ser presentado ante el Congreso en enero de 2014. En principio, el grupo central de expertos llamados a diseñar una nueva política criminal para Chile no contempla la participación de mujeres o pueblos indígenas, y está por verse si en el desarrollo de su labor incluirá a expertos penales en temas indígenas. En efecto, se debe recordar que el Convenio 169 contiene diversos estándares que resultan pertinentes para la discusión de un nuevo Código Penal (artículos 8, 9 y 10).

47 UNICEF, op. cit., p. 55.

48 El periódico.cl, "Ahora Carabineros de La Araucanía cuenta con efectivos que hablan mapudungun", 29 de mayo de 2013.

49 UNICEF, op.cit., p. 52.

6. EL ROL DEL PODER EJECUTIVO

El actual gobierno ha llevado a cabo una estrategia comunicacional errática ante las situaciones de violencia. Tanto Rodrigo Hinzpeter como Andrés Chadwick han demostrado falta de sensatez política en torno al tema, ayudando a reproducir las bases del conflicto. Así, por ejemplo, en enero de 2012, ante unos incendios en la comuna de Carahue, el entonces ministro del Interior Hinzpeter sindicó a la Coordinadora Arauco Malleco como responsable de un supuesto atentado. Después de algunos días, se comprobó que los incendios no tenían relación alguna con el conflicto.⁵⁰

Una de las acciones mediáticas más importante se dio con ocasión de las denominadas “cumbres de seguridad”, constituidas para enfrentar coordinadamente situaciones de violencia y otras contingencias relacionadas con el conflicto.⁵¹ En estas cumbres, generalmente convocadas por el Presidente de la República, se reúnen autoridades como el ministro del Interior y Seguridad Pública, altos mandos de Carabineros y PDI, y representantes del Ministerio Público, para discutir o preparar algún plan respecto a un caso de violencia en particular que agita o conmociona a la opinión pública.⁵² En una de ellas, realizada en diciembre de 2012, el intendente de la IX Región, Andrés Molina, hizo referencia a la participación de extranjeros en protestas y marchas relacionadas con las legítimas reivindicaciones del pueblo mapuche:

Hay dos ciudadanas italianas que han estado desde los primeros días de diciembre en la Provincia de Malleco, han participado de manifestaciones, una de ellas sin autorización. Estamos viendo justamente el sentido de esa participación, si fue y tiene sentido de agitación para los efectos de poder ver justamente los temas legales (...) Aquí todos los extranjeros están invitados a nuestro

50 *Radio Biobío*, “Hinzpeter califica de ‘atentado’ el incendio en Carahue y lo relaciona con acciones de la CAM”, 5 de enero de 2012; *ADN Radio*, “Lorena Fries: Los dichos de Hinzpeter radicalizaron una zona que ya era conflictiva”, 11 de enero de 2012. Con respecto al ministro Chadwick, cabe referirse a sus palabras emitidas con ocasión de un hecho delictivo ocurrido en diciembre de 2012: “enfrentamos un enemigo poderoso, que goza de apoyo político, comunicacional e internacional”. *La Tercera*, “Chadwick tras presentar querrela en La Araucanía: ‘Enfrentamos a un enemigo que goza de apoyo político e internacional’”, 24 de diciembre de 2012. Estas palabras generaron reacciones adversas en diversos sectores. El Mostrador, “Ex director de Conadi califica dichos de Chadwick sobre La Araucanía como ‘burdas y provocativas’”, 28 de diciembre de 2012.

51 *Informe 2012*, p. 184; Radio Universidad de Chile, “Diputados y organizaciones fustigan dichos de Chadwick por ataques en la Araucanía”, 25 de diciembre.

52 Estas comenzaron a aparecer en la agenda pública al efectuarse en 2007 una gran cumbre de autoridades a raíz de la muerte de un carabinero en una protesta del 11 de septiembre. En 2009, tuvo lugar una segunda con motivo de la muerte del comunero mapuche Jaime Mendoza Collío y, desde entonces, se han hecho relativamente frecuentes en relación al conflicto mapuche. Particularmente, en 2012, a causa de diversos incendios, tuvieron como eje principal el aumento de efectivos policiales en La Araucanía, así como un incremento en el gasto en tecnología para vigilancia.

país, pero al mismo tiempo nosotros no podemos permitir de que estos extranjeros sean líderes, agiten y hagan temas que no están autorizados. Eso se está revisando y nosotros esperamos tener claridad respecto a eso de aquí a mañana, probablemente, para poder saber si realmente en este caso de estas dos ciudadanas italianas ameritan la expulsión.⁵³

Este tipo de declaraciones, avaladas por los ministros del Interior y Seguridad Pública del actual gobierno, no se condicen con el uso efectivo de las herramientas legales. Es posible afirmar que representan una abierta infracción a nuestro ordenamiento constitucional, en tanto los derechos de reunión y libertad de expresión se garantizan a todos los “habitantes”, y sin permiso previo, de acuerdo al encabezado del artículo 19 de la Carta Fundamental. Estas declaraciones se utilizan como amenazas, aunque no se cuente con los antecedentes del caso concreto. En efecto, con respecto al caso citado, se hizo público que ambas mujeres entraron legalmente a nuestro país y que contaban con el respaldo de la Comisión Europea de Derechos Humanos y Pueblos Ancestrales, con sede en Suecia. De hecho, el 29 de noviembre 2012, esta organización envió al Ministerio de Relaciones Exteriores una carta donde anunciaban la visita al país como observadoras de derechos humanos a las ciudadanas italianas Luisa Costalbano y Valentina Fabbrì, aludidas en las declaraciones oficiales.⁵⁴ A través de una solicitud de acceso a la información pública,⁵⁵ se constató que la Intendencia de la Araucanía no ha expulsado a ningún extranjero por participar en protestas “no autorizadas” durante los años 2011 y 2012.

Este es un ejemplo ilustrativo de la poca utilidad que tienen estas cumbres, debido a la ausencia de un enfoque integral. Se trata de reuniones coyunturales, sin capacidad para adoptar decisiones efectivas ni políticas a largo plazo. Por lo general, en estas se convoca a la prensa para hacer declaraciones de repudio a la violencia y enfatizar los deberes en torno a la seguridad pública.

Además, en ellas prima un enfoque de seguridad represivo, excluyendo la participación de la DPP o del INDH, dos organismos públicos que podrían ampliar o desplazar el enfoque hacia el estándar de la seguridad democrática. En efecto, el Defensor Penal Público es quien más conoce de las infracciones a los derechos fundamentales de los imputados por delitos vinculados al conflicto, mientras que el INDH

53 *La Segunda*, “Gobierno no descarta expulsión de dos italianas que participaron en protestas en la Araucanía”, 27 de diciembre de 2012.

54 Emol, “La Araucanía: Acusan supuesto montaje contra italianas vinculadas a organizaciones de DD.HH.”, 29 de diciembre de 2012.

55 Oficio 8628 del 15 de abril de 2013, que responde a solicitud de información AB001W0001945 de fecha 16 de marzo de 2013, ante el Ministerio del Interior.

ha realizado sendas misiones de observación a la zona. Asimismo, se excluye la participación u opinión de las propias comunidades afectadas, que podrían aportar valiosa información para intentar adecuar los estándares policiales a las realidades locales.

7. PALABRAS FINALES Y RECOMENDACIONES

Creemos necesario reiterar el diagnóstico que presentamos al inicio: la inevitable relación entre la violencia y la deficiente y tardía solución que el Estado chileno ha ofrecido hasta ahora a esta. Se trata de un problema documentado desde los inicios de este *Informe* y que ha cruzado a gobiernos de distintas coaliciones políticas durante más de una década. En este capítulo hemos sostenido que el enfoque de la seguridad democrática permitiría establecer las condiciones para un adecuado control político del ejercicio de la seguridad pública. Este enfoque contribuiría a enriquecer el concepto de Estado de Derecho, que continuamente se invoca por las autoridades como respuesta ante hechos delictuales relacionados al conflicto. Quizás lo más lamentable de las palabras del General Director de Carabineros que constan en el epígrafe de este capítulo es su indiferencia a las bases de un Estado democrático de Derecho, que desde hace mucho dejó de expresarse en la idea de que hay que gobernar mediante normas. Antes bien, un Estado democrático de Derecho asume que todos tenemos capacidad para aportar en la elaboración de un marco de convivencia en el que cohabitar legítimamente bajo el “gobierno de la leyes y no de los hombres”, ante el cual somos al mismo tiempo responsables. Cuando hemos establecido una norma que prohíbe aplicar tratos crueles, inhumanos o degradantes, como una regla general que aspira a regular nuestra conducta, reconocemos nuestra capacidad de agencia y de darnos cuenta que, ante la duda de si nuestra acción cae bajo el umbral de la prohibición, debemos abstenernos de seguir adelante. Que un carabinero, ante un adecuado estándar de conducta (como los establecidos en el Convenio 169), se sienta inhibido de utilizar su arma por una eventual responsabilidad, constituye la expresión más pura de las bases de un Estado democrático de Derecho.

Considerando lo dicho anteriormente, creemos razonable recomendar al Estado de Chile lo siguiente:

- a) Ordenar, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones modifiquen sus protocolos policiales de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos pertinentes a la temática indígena, especialmente aquellos relativos a la consulta y a las

medidas especiales en relación al uso de la fuerza contenidos en el Convenio 169.

- b) Asumir que la política criminal y la política de seguridad ciudadana deben cumplir con el estándar de la seguridad democrática e implementar mecanismos de consulta en la discusión de sus diferentes aspectos.
- c) Considerar, para las futuras cumbres de seguridad relativas a la zona de conflicto, la participación efectiva del Defensor Penal Público, el INDH y representantes o autoridades del pueblo mapuche.
- d) Adecuar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales, en especial en lo que se refiere a la definición de delito terrorista y el debido proceso. Además se debe crear un mecanismo de control judicial en la etapa inicial de todo proceso, para revisar el mérito de las acusaciones en que se invoca la LAT.

**EL DERECHO
AL AGUA COMO UN
DERECHO HUMANO:
EL CASO DE LA
PROVINCIA DE
PETORCA***

* Capítulo elaborado por Matías Guilloff, con la colaboración de los ayudantes Ignacia Mewes y Rodrigo Rivera, junto con la alumna ayudante Javiera Edwards.

SÍNTESIS

El presente capítulo sujeta al escrutinio de los estándares internacionales de derechos humanos cómo el Estado Chileno se hace cargo de los problemas de sequía. Para ello analiza uno de los varios casos de sequía que actualmente afectan al país: el de la provincia de Petorca. El estudio de esa situación da cuenta de cómo la inexistencia de una serie de instrumentos, así como la falta de implementación de los existentes, ha llevado a que los habitantes de la zona deban satisfacer sus necesidades de consumo personal y doméstico de manera esporádica, a través de camiones aljibe. Como se explicará, esta situación vulnera varios de los estándares internacionales en materia del derecho humano al agua. Al final se incluyen recomendaciones para cumplir con esos estándares y evitar que situaciones como las que están viviendo los habitantes de Petorca se repitan en el futuro.

PALABRAS CLAVE: Sequía-Código De Aguas-Derecho Humano Al Agua-Disponibilidad Del Recurso Hídrico

INTRODUCCIÓN

Esta no es la primera vez que el capítulo de medio ambiente del *Informe Anual de Derechos Humanos* se refiere al derecho humano al agua. Ya en el *Informe 2007*¹ se abordó esta problemática a propósito del acaparamiento excesivo de agua y eventuales riesgos de contaminación del proyecto minero Pascua Lama y la construcción del tranque de relaves El Mauro. En esa ocasión, tomando en consideración el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC),² se analizó el contenido mínimo del derecho humano al agua. Luego de ello, teniendo en consideración aspectos como la disponibilidad, calidad y accesibilidad del recurso hídrico, se llamó la atención sobre la falta de conformidad de la regulación sobre el uso y aprovechamiento del agua en Chile con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En el actual contexto, en que existe una situación de sequía en varias cuencas, se hace necesario volver sobre esos estándares. De un tiempo a esta parte, la Dirección General de Aguas (en adelante, DGA), organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, ha utilizado diversos instrumentos regulatorios para lidiar con la falta de disponibilidad del recurso hídrico.³ Si bien es cierto que el déficit de precipitaciones ha llevado a que las napas subterráneas y embalses estén cercanos al umbral de agotamiento,⁴ existen también una serie de factores estructurales en el marco regulatorio del uso y aprovechamiento de las

1 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007, Hechos de 2006*, capítulo de medioambiente, p. 179 y ss.

2 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, E/C.12/2002/11, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002).

3 Véanse, por ejemplo, las resoluciones que declaran áreas de restricción de aguas subterráneas en: Dirección General de Aguas, Áreas de restricción de aguas subterráneas.

4 Al mes de abril de este año, el volumen disponible en embalses representaba un 25,4% de la capacidad total de almacenamiento. Véase Dirección General de Aguas, 10 de abril de 2013, "Embalses reducen sus reservas 15,7% durante marzo".

aguas que contribuyen a la generación de esta situación.

Por esta razón, se volverá a sujetar a escrutinio nuestra regulación destinada a asegurar la disponibilidad del recurso hídrico. El parámetro que se utilizará para estos efectos es el derecho internacional de los derechos humanos y sus estándares. Desde esta perspectiva, se estudiará cómo los Estados deben garantizar y otorgar prioridad a la existencia de agua potable para uso personal y doméstico, sin perjuicio de la necesidad de abastecer otros usos. Para contextualizar el problema, analizaremos las deficiencias contenidas en el Código de Aguas que han afectado de manera reiterada a los habitantes de la provincia de Petorca, ubicada en la Región de Valparaíso. Se argumentará que la carencia o insuficiencia de herramientas en el diseño institucional y la falta de utilización de las existentes, sumadas a la incapacidad técnica y humana para fiscalizar, además de la ausencia de sanciones que generen disuasión, han derivado en la falta de disponibilidad del recurso hídrico para los habitantes de esa zona, con la consecuente infracción de las obligaciones internacionales del Estado Chileno para con sus habitantes. Obviamente, es necesario considerar que la realidad de cada cuenca es diversa y presenta distintos componentes geográficos y climáticos, por lo que no se pretende afirmar que el diagnóstico que se realiza sobre Petorca resulta necesariamente aplicable para todas las áreas afectadas por problemas de sequía. Sin perjuicio de esto, sí es posible aseverar que los factores institucionales y regulatorios que contribuyen a la sequía en esa zona inciden en mayor o menor medida sobre las otras cuencas del país que están presentando este problema.

1. EL CASO DE LA PROVINCIA DE PETORCA

La provincia de Petorca tiene una superficie de 4.589 kilómetros cuadrados, se ubica en el extremo noreste de la Región de Valparaíso y su población es de 70.610 habitantes. La principal actividad económica es la agricultura, la que se desarrolla en torno a los valles de los ríos de Petorca y La Ligua, produciendo esencialmente paltos y limones. El área ha llegado a convertirse en la zona de mayor exportación en este tipo de productos, lo que acapara más del 23% de la fuerza laboral.⁵ De acuerdo a los antecedentes del Instituto Nacional de Estadísticas, a nivel regional, la provincia de Petorca posee el 41,4% del total de la superficie plantada con limoneros y el 37,9% de la superficie total plantada con paltos.⁶

En este contexto, considerando la sequía que afecta a la zona en la actualidad, parece relevante preguntarse si acaso se han otorgado más derechos de aprovechamiento de los que efectivamente permiten los acuíferos en el valle de Petorca. Al respecto, es posible señalar que ya en agosto de 1996, un estudio técnico efectuado por la DGA⁷ sostuvo que la recarga total de los acuíferos provenientes del aludido valle era de 570 litros por segundo (l/s) aproximadamente, mientras que el consumo efectivo de los derechos de aprovechamiento otorgados era de 648 l/s. De esta forma, se obtenía un balance negativo de 78 l/s sin siquiera considerar la totalidad de derechos de aprovechamiento de aguas otorgados. Poco tiempo después, la Resolución 216, de fecha 15 de abril de 1997, pronunciada por la DGA, demostró que el acuífero del valle de Petorca se encontraba en una “condición de leve sobreexplotación al explotarse efectivamente todos los derechos comprometidos”.⁸ La misma acreditaba la existencia a esa fecha del “riesgo de un descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, que afecte la capacidad productiva del acuífero, debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente”,⁹ lo que determinó que el mencionado acuífero fuera declarado como área de restricción.¹⁰ En adición a lo anterior, una declaración similar se emitió respecto del acuífero La Ligua, a través de la Resolución 204 de fecha 14 de mayo de 2004,

5 Gobernación de Petorca, Información geográfica. www.gobernacionpetorca.gov.cl

6 Instituto Nacional de Estadísticas, Boletín Estadístico Provincial, Región de Valparaíso, 1, 2011, p. 15.

7 Dirección General de Aguas, Departamento de Administración de Recursos Hídricos, Minuta técnica 13 sobre determinación de la disponibilidad de recursos hídricos para constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el sector del acuífero del valle de Petorca, provincia de Petorca, comuna de Petorca, Región de Valparaíso, octubre de 1996, p. 3.

8 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 216, de fecha 15 de abril de 2004. Esto ya se alertaba a partir de la Minuta técnica 13, donde se sostuvo que “el acuífero de Petorca se encuentra en una condición que no posibilita la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de agua subterránea, por sobre el último expediente constituido”, op. cit., p. 4

9 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 216, op. cit.

10 Ver una definición de área de restricción en nota 55.

pronunciada por la misma entidad, señalando que existían a esa fecha graves riesgos de disminución de su caudal. Las declaraciones de esta naturaleza, así como las de zona de escasez,¹¹ se hicieron recurrentes, a un punto tal que el Proyecto de Acuerdo 318, de fecha 20 de abril de 2011, suscrito por un grupo de diputados,¹² dio cuenta de la dictación de once Decretos Supremos que efectuaron la última declaración. A mayor abundamiento y en el mismo sentido, desde 2012 la provincia se encuentra declarada zona de escasez,¹³ con el fin de abastecerla de agua.¹⁴ Por todo esto, es posible concluir que el otorgamiento de derechos de aguas en la provincia de Petorca, ha sido excesivo.

Ahora bien, en cuanto a las causas de la sequía que afecta a esta zona, sin perjuicio de la incidencia de factores climáticos, cabe atender a ciertos aspectos que han fomentado la generación de esta problemática. En particular: (1) la manera en que la DGA, utilizando los instrumentos que contempla el Código de Aguas, ha gestionado el recurso y (2) la fiscalización del propio organismo sobre la actuación de particulares que, sin ser titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, extraen el recurso hídrico o, teniendo tales derechos, extraen más de lo autorizado.

1.1. Sobre el ejercicio de las facultades regulatorias y fiscalizadoras de la Dirección General de Aguas para velar por la disponibilidad de las aguas

Este es un factor que explica, en parte, los problemas de abastecimiento del agua en la provincia de Petorca. Al respecto, cabe señalar que existían informes técnicos que daban cuenta de la delicada situación de los acuíferos y hacían recomendable no constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, que la DGA desatendió, otorgando nuevos derechos provisionales.¹⁵ En efecto, un informe técnico elaborado el año 2004 por dicha autoridad sostuvo que “la DGA en el uso de sus facultades ha determinado que es factible otorgar en carácter provisio-

11 Sobre zonas de escasez, ver nota 62.

12 Diputados Molina, Hasbún, Melero, Sandoval, Morales, Barros, Kast, Monckeberg, Pérez y Teillier, Proyecto de Acuerdo 318, presentado en Sesión 18ª del 20 de abril de 2011, materia “Solicita oficiar al Ministerio de Obras Públicas para que disponga de recursos destinados a la investigación por uso ilegal de aguas y se remitan los antecedentes a tribunales”.

13 Ministerio de Obras Públicas: Decreto 362, “Declara zona de escasez a la provincia de Petorca, Región de Valparaíso”, 10 de enero de 2013; Decreto 225, “Declara zona de escasez a las comunas de La Ligua, Petorca y Cabildo, provincia de Petorca, Región de Valparaíso”, 9 de agosto de 2012; Decreto 416, “Declara zona de escasez a las cuencas de los ríos Ligua y Petorca, a las cuencas costeras Quilimarí-Petorca y Ligua-Aconcagua, y a la comuna de Quilpué, Región de Valparaíso”, 30 de diciembre de 2011; Decreto 223, “Declara zona de escasez a la provincia de Petorca y la comuna de Quilpué, ubicadas en la Región de Valparaíso”, 29 de julio de 2011; y Decreto 403, “Declara zona de escasez a las cuencas de los ríos Petorca, Ligua y Aconcagua, ubicadas en la Región de Valparaíso”, 7 de enero de 2011

14 Ministerio de Obras Públicas, Decreto 362, op. cit.

15 Ver más detalles acerca del otorgamiento de derechos provisionales y sus consecuencias en nota 50.

nal un 25% del caudal otorgado como derechos de aprovechamientos definitivos, el cual asciende a 2352 litros por segundo (...) en consecuencia el caudal provisional susceptible de otorgar es de 588 litros por segundo”.¹⁶ En otras palabras, se aumentó en un 25% el caudal susceptible a utilizar a partir de 2004 para fines comerciales o de riego, a pesar del crítico nivel de disponibilidad del recurso en la cuenca. Como lo acredita DGA a raíz de una solicitud de acceso a información pública, los aludidos derechos se han mantenido provisionales o han devenido en definitivos a la fecha, pese a las críticas condiciones de sequía de la provincia.¹⁷

Sucedo algo similar con la utilización de otro instrumento establecido por el Código de Aguas para velar por la disponibilidad del recurso en situaciones de sequía: las declaraciones de zona de escasez. Como se verá en detalle al analizar el marco normativo, la utilización de este instrumento no dota a la autoridad de las atribuciones y potestades que necesita para lidiar adecuadamente con la sequía. No lo hace, en primer lugar, por su limitada duración: la declaración tiene una extensión máxima de seis meses, no renovables.¹⁸ En segundo lugar, este instrumento no es idóneo para el fin propuesto por cuanto la medida más adecuada para lidiar con la sequía de manera efectiva –la redistribución proporcional de los derechos de aprovechamiento de agua– resulta demasiado costosa, por cuanto, como se explicará más adelante, puede implicar para el Estado la obligación de indemnizar a los titulares de derechos de agua que no reciban lo que les corresponda en esa redistribución.

Otro factor a considerar al analizar este problema es el relativo a la fiscalización. Al respecto, cabe señalar que la utilización privativa de un bien nacional de uso público como el agua requiere la autorización de un organismo público competente, en este caso la DGA. En abierta contradicción con esta exigencia, luego de las respectivas fiscalizaciones por parte de este organismo en la provincia de Pectorca, se ha constatado la construcción de drenes ilegales sobre los cauces,¹⁹ pozos que no cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por autoridad competente,²⁰ faenas sobre el

16 Ministerio de Obras Públicas, Informe Técnico 208, 7 de julio de 2004, p. 1.

17 Director General, Dirección General de Aguas, Respuesta a la solicitud de acceso a la información 33839, 1 de abril de 2013.

18 Ver Código de Aguas, art. 314.

19 Dirección General de Aguas Región de Valparaíso, Resolución 1470, 10 de mayo de 2011, que demuestra irregularidades y ordena sanción administrativa en contra de Agrícola El Roble Ltda. [“conforme se describe en el Informe Técnico de Fiscalización Preliminar 49 del 2011, a partir de la cual inició una investigación, que en lo principal y referido a la Agrícola El Roble Ltda., pudo recabar la siguiente información: a) la existencia de vestigios de un posible dren constituido sobre el cauce del Río Ligua en coordenadas UTM (m) Norte: 6.411.129 y Este: 312.660”]

20 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1472, 10 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola El Tránsito y remisión de antecedentes al Ministerio Público por presunto delito de usurpación de aguas [“Agrícola El Tránsito Ltda., realiza la

cauce de esteros²¹ y extracción de agua por sobre los derechos de aprovechamiento legalmente constituidos,²² entre otras prácticas no autorizadas. Existen irregularidades en la extracción de aguas, ya sea porque hay un titular que extrae más allá de los derechos de aprovechamiento concedidos o, en su defecto, porque simplemente no tiene titularidad para extraer tales recursos. Es bastante probable que estas irregularidades continúen proliferando, si se considera que las sanciones a imponer por la DGA no pueden exceder de una multa de 20 Unidades Tributarias Mensuales.²³

Los aludidos incumplimientos han existido aun cuando el uso de los recursos hídricos en la zona de Petorca ha sido materia de diversas denuncias y acciones de fiscalización en los últimos años. De acuerdo a la información otorgada por el Seremi del Ministerio de Obras Públicas, durante 2011 se abrieron 129 expedientes de fiscalización, previa presentación de 137 denuncias efectuadas por particulares y un total de 85 inspecciones.²⁴ Durante 2012, las denuncias presentadas en la provincia de Petorca equivalieron a un 21% del total de la Región de Valparaíso, en tanto que las inspecciones correspondieron al 87% de las realizadas en la misma Región.²⁵ Conforme a la información entregada por la DGA, previa presentación de una solicitud de acceso

extracción de aguas subterráneas desde tres puntos distintos a los autorizados, es decir, desde pozos que no registran derechos de aprovechamiento de aguas asociados a ellos”]; Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1473, 10 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola San Juan [“Que, se comprobó que los pozos de propiedad de Agrícola San Juan Ltda., no cuentan con derechos de aprovechamiento de aguas constituidos por autoridad competente (artículo 20, inciso 1º del Código de Aguas)”].

21 Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1481, 10 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola Liguana [“Las faenas ejecutadas sobre el cauce del estero Alicahue, no cuentan con la autorización de la autoridad competente, lo que constituye una infracción al artículo 32 del Código de Aguas”]. Dirección General de Aguas de Valparaíso, Resolución 1529, 16 de mayo de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola El Cóndor [“se constató la existencia de una tubería que conduce aguas desde la captación del Sr. Cesar Olgúin, hasta el pozo 3 antes indicado, tubería ubicada en coordenadas UTM (m) Norte: 6.407.727 y Este: 312.696, enterrada en el cauce del estero Los Ángeles, faena que fue ejecutada sobre el álveo sin autorización, lo que significa infracción al artículo 32 del Código de Aguas”].

22 Dirección General de Aguas Valparaíso, Resolución 1997, 14 de julio de 2011, que ordena sanción administrativa en contra de Agrícola Pilién y envía antecedentes al Ministerio Público para investigar presunto delito de usurpación de aguas [“Se puede concluir que existe extracción de caudales de aguas subterráneas más allá de lo autorizado, tanto desde el año 2007 en adelante como después del mes de febrero del año 2011, por parte de la Agrícola Pilién Ltda., lo que constituye una infracción a los artículos 5º, 6º, 7º, 20, 22, 23, 57, 59, 60, 140 y 149 del Código de Aguas, ya que los requerimientos hídricos de la superficie real regada no se condicionan con los derechos de aprovechamiento de que es dueña la Agrícola antes mencionada”]; Dirección General de Aguas Región Valparaíso, Resolución 1767, 11 de septiembre de 2012, ordena sanción administrativa en contra de Agrícola Los Molinos [“cabe señalar que, entre el pozo profundo constatado en terreno y el derecho constituido a nombre del Señor César Olgúin, existe una diferencia de 58 metros”].

23 Ver Código de Aguas, art. 173.

24 Gobierno Regional Región de Valparaíso, Consejo Regional, Comisión de Medio Ambiente, Acta Sesión Comisión de Medio Ambiente a presentar en Sesión Pleno 5 de abril de 2012, op. cit., p. 3.

25 *Ibid.*

a información pública, durante 2011 se decretaron sanciones para 19 casos por estimarlos constitutivos de infracción al Código de Aguas.²⁶ En tanto, por idénticas razones, se dictaron 58 sanciones administrativas en 2012.²⁷ La respuesta a la aludida solicitud señala que solo 39 expedientes de fiscalización fueron remitidos al Ministerio Público para que investigara sobre la comisión del delito de usurpación de aguas, sin perjuicio que en la totalidad de los casos antes anunciados se comprobó que existía extracción ilegal del recurso hídrico.²⁸ Por último, conocida la delicada situación del recurso en la zona y la existencia de estas reiteradas infracciones, la DGA determinó como principal y única medida de fiscalización la realización de un plan de teledetección. Esta medida demostró no ser la más efectiva, pues arrojó como resultados la identificación de pozos en toda la zona de monitoreo, respecto de los cuales el consultor que realizó la teledetección no tenía la información de si eran legales o no.²⁹

1.2. Calidad del agua potable y perjuicios sufridos por la comunidad

La grave sequía y la deficiente administración del recurso hídrico han afectado directamente las condiciones de vida de los habitantes de la zona, especialmente en los sectores rurales. De acuerdo al informe anual de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en el sector de La Ligua:

el descenso en el nivel de la napa subterránea disminuyó considerablemente la capacidad de producción de las fuentes de agua potable, a tal punto de no permitir satisfacer la demanda de la población, por lo que en esta localidad la empresa ESVAL debió reforzar la producción mediante camiones aljibes, situación que comenzó en febrero del 2011 y se mantuvo durante todo el año.³⁰

Esta situación se mantiene en la actualidad, como confirma el mismo Gobernador de la Provincia, al señalar que “nosotros como gobernación vamos a seguir entregando agua a través de camiones aljibe”.³¹

26 Director General, Dirección General de Aguas, Respuesta a la solicitud de acceso a la información 33839, op. cit.

27 *Ibíd.*

28 *Ibíd.*

29 Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, Identificación de aguas subterráneas y estructuras de derivación de aguas en la zona La Ligua-Petorca, mediante técnicas de teledetección aeroespacial, informe final, realizado por Geosensing Ltda., S.I.T. 242, mayo de 2011. pp. 36-37.

30 Superintendencia de Servicios Sanitarios Informe de Gestión del Sector Sanitario 2011, p. 163.

31 Gobernación Provincia de Petorca, Reportaje “Gobernador visitó obras hídricas en Bartolillo y Paihuén para conocer avances”, 27 de febrero de 2013.

Similar información proporcionó la Municipalidad de Petorca, que en su sitio web informó que el agua es entregada en camiones aljibes y almacenada en estanques proporcionados por ONEMI, para todo tipo de uso doméstico.³² Esto ha implicado que más de tres mil personas están viviendo con mil o quinientos litros de agua cada dos o tres días.³³ Pero eso no es todo. Como sostiene un locatario del sector El Bronce, “se junta lama o suciedad en el fondo, la misma agua que entregan no viene siempre limpia, lo que es complicado especialmente por las enfermedades”.³⁴ De esta forma, además de tener que enfrentar severas medidas de restricción, las personas que viven en la provincia reciben agua que no se encuentra en las mejores condiciones.

Diversas fuentes demuestran que los perjuicios que están sufriendo los habitantes de la zona son serios. Al respecto, Rodrigo Mundaca, dirigente social, señala que los perjuicios que se han sufrido en la provincia de Petorca son graves, consistiendo en la “pérdida de más de 4.000 hectáreas de cultivo en manos de pequeños agricultores, vastos sectores rurales privados de agua de bebida y para servicios higiénicos”.³⁵ En relación a la proliferación de enfermedades asociadas a la calidad de agua que hoy suministran los camiones aljibes, Mundaca señala que existen estudios que reflejan que, solo en la comuna de Cabildo, el cuadro de diarreas infantiles ha crecido en un 100% debido a la calidad de agua de bebida que se le suministra a los niños.³⁶ En igual sentido, asevera que:

recientemente se ha denunciado que en la localidad de Cabildo el agua de bebida que se está suministrando a la población se encuentra contaminada con residuos de petróleo, pues los pozos de abastecimiento de agua de bebida se encuentran inutilizables debido a la alta presencia de nitritos en el agua, ante lo cual la empresa proveedora de agua de bebida, ESVAL, no se hace responsable, ya que, en voz de su gerente, el agua se la compran a los camiones aljibes.³⁷

La información relativa al cuadro de enfermedades sufridas en la zona se encuentra respaldada, además, en lo sostenido por la Gobernación de Petorca respecto a que el agua potable distribuida “afectaría a lactantes y niños menores de un año, pudiendo desarrollar meta-hemoglobinemia, la cual es causada por la presencia de nitratos en él

32 I. Municipalidad de Petorca: “Vecinos de Petorca: ‘La sequía que nos afecta es como un terremoto, pero que destruye día a día’”.

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 Entrevista a Rodrigo Mundaca, dirigente social del Movimiento de Defensa por el acceso al Agua, la Tierra y la protección del Medio Ambiente, 5 de mayo de 2013.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

(sic) y que genera la disminución de la capacidad de transporte de la hemoglobina en los niños con resultados fatales”.³⁸ A mayor abundamiento, los establecimientos educacionales que reciben a más de 750 estudiantes de La Ligua, no tienen acceso a agua potable, para el consumo, por cuanto reciben menos de cuatro mil litros de agua cada dos días para su funcionamiento.³⁹

A pesar de todos estos antecedentes, las medidas acordadas para abastecer de agua potable a la población por la empresa ESVAL—responsable de abastecer de agua potable a los habitantes de la provincia— y la Superintendencia de Servicios Sanitarios —el órgano estatal encargado de garantizar el buen funcionamiento del servicio— son totalmente inconsistentes con la realidad que se está viviendo. En efecto, en el Plan de Desarrollo 2010 realizado por ESVAL y visado por la Superintendencia, se estimó necesaria la construcción y habilitación de un nuevo sondaje en la localidad para la producción de agua potable, con un caudal esperado de solo 4,7 litros por segundo. En conformidad a este Plan, se estimó para 2016 el inicio de operación de este sondaje, el cual tuvo que ser rectificado al poco tiempo, programándolo para el periodo 2014 y 2015. Por otro lado, el Plan de Desarrollo elaborado para la comuna de Cabildo desestimó de plano el sondaje y la construcción de nuevas fuentes de abastecimiento, pese a las graves restricciones de agua potable. Los problemas de suministro existen y son serios; si no lo fueran, no se habría adelantado la entrada en operación del sondaje en Petorca. Pero, como lo demuestra la decisión adoptada respecto a la construcción de un nuevo sondaje en Cabildo, estos problemas no se abordan de manera consistente; tanto así que en lo que se refiere al abastecimiento de agua potable en una misma cuenca —aquella en que se encuentran Petorca y Cabildo— se utilizan estándares diversos.

En suma, las declaraciones de áreas de restricción y aquellas de zona de escasez dan cuenta de los serios problemas de sequía que existen en la provincia de Petorca. A ello se agrega la extracción ilegal de aguas, demostrada por las reiteradas denuncias y sanciones determinadas por la autoridad al respecto. Estos problemas de sequía han redundado en la imposibilidad de abastecer adecuadamente a los habitantes de la zona de agua potable. En varias ocasiones estos han debido recibir el recurso a través de camiones aljibes, lo cual ha imposibilitado garantizar aspectos básicos de higiene, uso doméstico y consumo. Como se argumentará más adelante, esta situación incumple con los estándares internacionales existentes en la materia y genera la consiguiente res-

38 Gobernación de Petorca, “Gobernador llama a la calma por índices de sales de agua en Bartolillo”, 25 de abril de 2013.

39 *La Tercera*, “Petorca: vacunarán a niños contra hepatitis y evalúan reducir clases”, 1 de marzo de 2013.

ponsabilidad internacional del Estado de Chile. Antes de ello, para una mejor comprensión de las deficiencias regulatorias que generan estos hechos, es necesario hacer una somera revisión de las disposiciones legales relevantes en esta materia.

2. EL MARCO REGULATORIO DOMÉSTICO

Una adecuada comprensión del marco legal de las aguas en Chile requiere tener en cuenta que se trata de un sistema donde la asignación y el uso del recurso son determinados, por regla general, por el mercado.⁴⁰ En efecto, de la interpretación armónica de los artículos 22 y 140 del Código de Aguas fluye que la autoridad –en este caso, la DGA– deberá constituir el derecho de aprovechamiento de aguas siempre que exista disponibilidad del recurso y que no se afecten los derechos de terceros, indiferentemente del tipo de uso que se le pretenda dar al recurso.⁴¹ Ahora bien, estos derechos podrán ser consuntivos o no consuntivos. Mientras los primeros facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, los segundos le permiten emplear el agua sin consumirla y lo obligan a restituirla en la forma que determine el acto de constitución o de adquisición de su derecho.⁴² Estos derechos de aprovechamiento pueden ser sobre aguas superficiales o subterráneas, distinción que es relevante para efectos de las instituciones que protegen en uno y otro caso la disponibilidad del recurso.

Antes de adentrarse en esas instituciones, es necesario abordar las implicancias del modelo de mercado que establece el Código de Aguas. En tanto modelo de esta naturaleza, su objetivo es que el recurso gravite a su uso más valioso. Esa meta lleva a que para nuestra legislación de aguas sea indiferente el uso que pretenda dársele al recurso, lo que se torna especialmente problemático en situaciones de escasez que no llegan aún al punto de constituir una sequía extraordinaria. En estas situaciones, aun cuando exista la necesidad de garantizar la cantidad de agua necesaria para el consumo humano, la autoridad no cuenta con atribuciones ni potestades para preferir este uso por sobre otros; de haber peticiones concurrentes sobre el recurso, estas las resuelve el mercado, a través de un remate que debe llevar a cabo la DGA.⁴³

40 Existe, con todo, una hipótesis en la que el Código exige dotar de mayor fundamentación a una solicitud de derechos de aguas, a través de una memoria explicativa. Esta exigencia se gatilla cuando el volumen de agua solicitado supera un umbral que el propio Código de Aguas determina. Ver Código de Aguas, art. 140 N° 6.

41 Aquí también existe una excepción de muy limitada aplicación consagrada en el art. 147 bis inciso 2 del Código de Aguas que permite al Director de la DGA limitar el caudal de una solicitud de derechos de aguas.

42 Ver Código de Aguas, arts. 12, 13 y 14.

43 La única salida que el Código de Aguas da a este problema es que el presidente de la República, por circunstancias excepcionales y de interés general, constituya directamente el

En otras palabras, no hay en el Código de Aguas norma alguna que determine una prelación entre los diversos usos que se le pueden dar al recurso hídrico.

Además del problema anterior, no existe institución alguna que permita coordinar los múltiples usos que pueden darle al agua los usuarios de una cuenca. En otras palabras, una vez que los derechos de aprovechamiento han sido constituidos, no hay una instancia, a nivel de cuencas, que coordine los diversos usos que se efectúan del recurso. Esto es así porque, por regla general, la DGA carece de atribuciones para administrar de manera adecuada el recurso.⁴⁴ Es cierto que, desde el tiempo de la colonia, existen organizaciones de usuarios que gestionan y distribuyen el recurso, pero esas organizaciones, en la práctica, aun cuando nada en el Código lo impide, no administran conjuntamente las aguas superficiales y las subterráneas.⁴⁵ Adicionalmente, la coordinación de los múltiples usos del agua en una cuenca se dificulta en la medida que el Código autoriza la existencia de organizaciones de usuarios, específicamente juntas de vigilancia, que administren el recurso para dos escalas geográficas: la cuenca en su totalidad o solo una sección precisa de esta.⁴⁶ Esta última hipótesis presenta los mayores obstáculos para la coordinación de los usos múltiples del agua.

De esta forma, existen una serie de carencias institucionales en el Código de Aguas que inciden sobre los problemas de sequía y falta de abastecimiento de agua para consumo humano que se viven en la comuna de Petorca. En primer término, respecto a la asignación de los derechos de aprovechamiento, la disponibilidad de agua para consumo humano no tiene prioridad alguna frente a otros potenciales usos. Si bien hay una salida –que el presidente de la República directamente constituya el derecho–, ella es estructuralmente improbable en la medida que se trata de una potestad discrecional que solo se ejercerá en caso que el presidente lo estime necesario. Además, una vez que se han otorgado los derechos, tampoco existe un organismo con competencias sobre la totalidad de la cuenca, que resuelva los problemas que pueden suscitarse por los usos múltiples del recurso. En términos prácticos, tal como sucede en Petorca, no hay un foro institucional en que se determine cómo puede convivir un uso particularmente intensivo del recurso –la producción de paltas– con los demás que existen

derecho. Ver *ibíd.*, art. 148.

44 El art. 299 letra d del Código de Aguas configura una leve excepción: en aquellos cauces naturales donde no existan juntas de vigilancia constituidas –las organizaciones de usuarios que el Código establece para la distribución del recurso en cauces naturales– la Dirección General de Aguas puede intervenir para prohibir la extracción de aguas sin título o en cantidades mayores de las que corresponda.

45 La posibilidad de establecer juntas de vigilancia que administren conjuntamente las aguas superficiales y subterráneas de una cuenca surge de la interpretación conjunta y sistemática de los arts. 3, 22 y 263 del Código de Aguas.

46 Ver *ibíd.*, art. 264.

en la cuenca: consumo humano y pequeña agricultura, entre otros.

Más allá de estas carencias institucionales, existen una serie de mecanismos en el Código de Aguas para garantizar la disponibilidad del recurso. Así, tratándose de aguas subterráneas, el Código faculta a la DGA para hacer dos declaraciones que tienen por objeto velar por la finalidad antes señalada: la de área de restricción y aquella de zona de prohibición. La primera procede cuando en un sector hidrogeológico de aprovechamiento común existe riesgo de una grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.⁴⁷ Esta declaración es realizada por la DGA de oficio o a petición de un usuario, siempre y cuando los antecedentes sobre la explotación del acuífero demuestren la conveniencia de efectuarla.⁴⁸ Una vez que se decreta, se origina una comunidad de aguas entre todos los usuarios del acuífero, siendo la consecuencia más relevante que, a partir de esa declaración, la DGA solo puede otorgar derechos de agua provisionales sobre el acuífero.⁴⁹ Sin embargo, por regla general, esos derechos provisionales devienen en definitivos al cabo de cinco años, a menos que la DGA –tras su otorgamiento y antes del cumplimiento de ese plazo– acredite perjuicios a terceros o bien que un tercero, por sí mismo, acredite daño.⁵⁰ La segunda, se realiza a través de declaración fundada y para la protección del acuífero; su efecto, como lo indica su nombre, es prohibir futuras explotaciones en el acuífero.⁵¹ Al igual que en el caso anterior, esta declaración da origen a una comunidad de aguas entre todos los usuarios del acuífero.⁵² Esta declaración mantiene su vigencia hasta que la DGA, a través de una nueva resolución y en tanto lo aconsejen nuevas investigaciones respecto a las características del acuífero o de su recarga artificial, se pronuncie sobre su mantención o alzamiento.⁵³

Otro instrumento del Código de Aguas para velar por la disponibilidad del recurso hídrico es la declaración de zona de escasez. Esta debe ser efectuada por el presidente de la República a petición o con informe de la DGA, en periodos extraordinarios de sequía y por un lapso máximo de seis meses, no prorrogables.⁵⁴ La calificación relativa a si es o no extraordinaria una determinada sequía no es discrecional: la DGA, a través de una resolución previa a la respectiva declaración, establece las épocas de sequía que revisten el carácter de extraordinarias. Una vez efectuada esta declaración y en el caso en que no exista

47 *Ibíd.*, art. 65.

48 *Ibíd.*

49 *Ibíd.*, arts. 65 y 66.

50 *Ibíd.*, arts. 66 y 67.

51 *Ibíd.*, art. 63.

52 *Ibíd.*

53 *Ibíd.*, art. 64.

54 *Ibíd.*, art. 314.

acuerdo entre los usuarios para distribuir las aguas, la DGA puede hacerlo respecto de las aguas existentes en fuentes naturales, con el objeto de reducir al mínimo los daños generados por la sequía. Persiguiendo el mismo propósito, la DGA puede suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia, como asimismo los seccionamientos de las corrientes naturales –aquellas secciones específicas de las corrientes cuya administración queda a cargo de otra junta de vigilancia– que estén comprendidos dentro de la zona de escasez.

Ahora bien, en la práctica, son muy pocas las veces en que declarada la zona de escasez, la DGA procede a redistribuir las aguas para minimizar los daños de la sequía. La explicación se encuentra en el Código de Aguas: de hacerlo, en el evento que un titular de derechos de aprovechamiento de agua reciba menos de lo que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, este tiene derecho a ser indemnizado por el Fisco. Así, esta disposición hace muy costoso cualquier error en que incurra la DGA al intervenir la cuenca y redistribuir derechos de aprovechamiento de agua; tan costoso que la DGA opta en definitiva por no hacerlo.

Por último, existe una potestad básica de cuyo adecuado ejercicio depende en buena medida la disponibilidad del recurso: la de fiscalizar que las aguas asignadas se utilicen en los términos, tipos y alcances autorizados. El nivel de cumplimiento del marco legal aplicable depende de dos factores: (1) el mayor o menor efecto disuasivo que genere la sanción contemplada para una determinada conducta irregular y (2) que la autoridad cuente con los medios que le permitan fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes. Para ambos aspectos las respuestas institucionales no son las adecuadas. En efecto, tratándose de la fiscalización, la unidad de Fiscalización y Medio Ambiente de la Oficina de la DGA en la Región de Valparaíso tan solo cuenta con un jefe de fiscalización, cuatro fiscalizadores y un técnico-administrativo.⁵⁵ Respecto a las multas, como ya se señaló, por expresa disposición del artículo 173 del Código de Aguas, estas no pueden exceder de 20 Unidades Tributarias mensuales.⁵⁶

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

El derecho al agua ha sido reconocido en diversos tratados y declaraciones internacionales.⁵⁷ Durante la última década, el desarrollo de

55 Director General, Dirección General de Aguas, Respuesta a la solicitud de acceso a la información 35660, 1 de abril de 2013.

56 Ver Código de Aguas, art. 173.

57 Por ejemplo, en el párrafo 2 del art. 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las

legislación internacional en torno a este derecho se ha incrementado con el objeto de extender su protección y delimitar su contenido. Así, en 2002 el Comité DESC aprobó su Observación General 15⁵⁸⁻⁵⁹, la cual interpreta el PIDESC⁶⁰ reconociendo que el derecho al agua es un componente implícito, pero esencial, del derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado y del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, consagrados en los artículos 11 párrafo 1 y 12 del mencionado Pacto.⁶¹ En dicha observación, el Comité DESC realiza un análisis detallado del derecho al agua, consagrándolo como un derecho humano y sosteniendo que “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. Asimismo, insta a los Estados Partes a adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna.⁶² El Comité define el derecho humano al agua como:

el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las ne-

mujeres el derecho a "gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua". Por su parte, en el párrafo 2 del art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre".

58 Dicho Comité ya había reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del art. 11 del Pacto. Sin embargo, no había profundizado en el contenido e implicancias de dicho derecho (véase la Observación General 6 de 1995).

59 Las Observaciones Generales son interpretaciones oficiales de un derecho específico enumerado en un instrumento internacional y son elaboradas por comités de supervisión de las Naciones Unidas, compuestos por expertos independientes que tienen por finalidad supervisar la puesta en práctica de dichos instrumentos.

60 Dicho Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976, siendo ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

61 El art. 11, párrafo 1 del Pacto señala que “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Por su parte, el art. 12 señala que “1. 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. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La 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”.

62 ONU, Comité DESC, Observación General 15, E/C.12/2002/11, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002, párr. 1.

cesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. [...] el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.⁶³

En la misma línea, expresa que dicho derecho debe considerarse conjuntamente con otros, como el derecho a la vida y a la dignidad humana.⁶⁴

El aludido organismo hace hincapié en que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines de consumo personal y doméstico. Asimismo, debe darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto, y garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada.⁶⁵ En la misma línea, y utilizando como base la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del Pacto, que dispone que no podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia, el Comité sostiene que los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de los pueblos indígenas.⁶⁶⁻⁶⁷

En cuanto a su contenido normativo, se establece que “el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua”.⁶⁸ Agrega que “los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado

63 *Ibíd.*, párrs. 2 y 3.

64 *Ibíd.*, párr. 3.

65 *Ibíd.*, párrs. 6 y 7.

66 *Ibíd.*, párr.7.

67 Agrega que la higiene ambiental, al ser un “aspecto del derecho a la salud amparado por el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas”.*Ibíd.*, párr. 8.

68 *Ibíd.*, párr. 10.

del agua, señala la aludida Observación General, no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. Más que esto, el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.⁶⁹

Respecto al contenido mínimo o esencial del derecho, la Observación dispone que los factores que se deben aplicar en toda circunstancia para un adecuado ejercicio del derecho al agua son:

- a) Disponibilidad: el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo⁷⁰ y suficiente para los usos personales y domésticos, los que comprenderán normalmente el consumo, el saneamiento, el lavado de vestimentas, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.⁷¹ Agrega que la cantidad de agua disponible para cada persona deberá corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS).⁷²
- b) Calidad: sostiene que el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre y, por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Para ello, el Comité recomienda a los Estados seguir las “Guías para la calidad del agua potable” elaboradas por la OMS.⁷³ La Observación agrega que el agua deberá tener un color, un olor y un sabor acepta-

69 *Ibíd.*, párr. 11.

70 El Comité precisa el concepto de *continuidad* señalando que este apunta a que la periodicidad del suministro de agua sea suficiente para los usos personales y domésticos.

71 Con el objeto de precisar aun más el significado de estos usos, el Comité dispuso que “el *consumo* se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos; el *saneamiento* se refiere a la evacuación de las excretas humanas. El agua es necesaria para el saneamiento dondequiera que se adopten medios de adecuación por el agua; la *preparación de alimentos* incluye la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con estos; la *higiene personal y doméstica* se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar”.

72 En términos prácticos, y desde el punto de vista de los volúmenes diarios de agua que se requieren por persona, esto se traducirá en que *no habrá acceso* cuando se esté por debajo de los 5 litros diarios per cápita. El *acceso será básico* cuando el promedio diario no sobrepase los 20 litros por persona. Se tendrá un *acceso intermedio* cuando el promedio diario aproximado sea de 50 litros per cápita. Finalmente, existirá un *acceso óptimo* cuando el promedio sea de 100 a 200 litros per cápita diarios. Guy Howard y Jamie Bartram, *Domestic Water Quantity, Service Level and Health*, Ginebra, OMS, 2003. Gráfico contenido en OMS, *The Right to Water*, 2003, p. 13. (Citado por Raimundo Pérez Larrain, *El caso Pascua Lama: Los Huascoatinos y el derecho humano al agua*, Clínica de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2008).

73 Cuyo objetivo es “servir de base para la elaboración de normas nacionales que, debidamente aplicadas, aseguren la inocuidad del agua mediante la eliminación o la reducción a una concentración mínima de los componentes peligrosos para la salud”. Cita de pie de página en ONU, Comité DESC, Observación General 15, p. 133.

bles para cada uso personal o doméstico. Esto último se relaciona con el concepto de *aceptabilidad*, el cual establece que aun en los casos en que el agua sea adecuada para el consumo humano y la higiene personal, puede suceder que las personas no quieran o sean reacias a utilizarla, porque no les parece aceptable el olor, el sabor o la apariencia del agua o de la fuente.⁷⁴

- c) Accesibilidad: establece que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Este factor, a su vez, presenta cuatro dimensiones:
1. Accesibilidad física: implica que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Se debe poder acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas.⁷⁵ Agrega que todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad.⁷⁶
 2. Accesibilidad económica: apunta a que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.⁷⁷
 3. No discriminación: el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna.⁷⁸
 4. Acceso a la información: la accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones

74 Maike Gorsboth, *¿Cómo identificar y tratar las violaciones del derecho humano al agua?*, FIAN, 2005, p. 7. (Citado por Pérez Larraín, op. cit.)

75 En relación a esto la OMS ha determinado que *no hay acceso físico al agua, en lo que se refiere al factor tiempo/distancia, cuando se deba recorrer una distancia superior a 1 km. para conseguir agua o cuando el trayecto para la consecución de la misma tome más de 30 minutos ida y vuelta. A su vez, el acceso será básico cuando la distancia a recorrer sea inferior a 1 km. o cuando tome menos de 30 minutos ida y vuelta el obtener el recurso hídrico. El acceso será intermedio cuando el agua sea proveída por al menos una llave. Finalmente, el acceso será óptimo cuando el suministro de agua sea múltiple y dentro de la casa.* Fuente: Howard y Bartram, op. cit., p. 13.

76 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr. 12.

77 Ibid.

78 Ibid.

del agua.⁷⁹ Este aspecto tiene relación directa con la noción de participación, puesto que los ciudadanos “tienen que poder opinar cuando se tomen decisiones que atañan a su acceso al agua. (...)”⁸⁰.

La interpretación dada por el Comité DESC acerca del contenido y alcances del derecho humano al agua ha desempeñado una función relevante para la evolución posterior de dicho derecho. Así, en marzo de 2008, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó el cargo de Experto Independiente, por un periodo de tres años, sobre la cuestión de las obligaciones relativas al acceso al agua y al saneamiento,⁸¹ cuyo mandato, entre otras cosas, consistía en aclarar aun más la naturaleza y el contenido de esas obligaciones.⁸² En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Resolución⁸³ en que reconoce que el agua potable y el saneamiento es un derecho humano *esencial* para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos e impulsa a los Estados y organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y favorezcan el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología, con el objeto de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos ratificó este derecho en septiembre del mismo año, aclarando sus fundamentos y su condición jurídicamente vinculante.⁸⁴ En noviembre de 2010, el Comité DESC publicó una declaración en la que hizo hincapié en el saneamiento como componente indispensable del derecho a un nivel de vida adecuado, pero que también está íntegramente relacionado con los derechos a la salud y la vivienda, “contribuyendo así a un mayor reconocimiento del saneamiento como un derecho diferenciado”.⁸⁵ En marzo de 2011, el aludido Consejo modificó la denominación del Ex-

79 *Ibíd.*

80 Gorsboth, *op. cit.*, p. 8.

81 ONU, Consejo de DD.HH., Resolución 7/22, Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento, 41ª sesión, 28 de marzo de 2008.

82 En específico, se le encomienda: a) Entablar un diálogo con los gobiernos (...) y autoridades pertinentes, para identificar, promover y comentar las prácticas idóneas relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento y, a ese respecto, preparar un compendio de las mejores prácticas; b) Impulsar la labor realizando un estudio, en cooperación con los gobiernos (...) y autoridades pertinentes y competentes, reflejando su opinión para establecer con más precisión el contenido de las obligaciones de derechos humanos, incluidas las obligaciones de no discriminación, en relación con el acceso al agua potable y el saneamiento.

83 Asamblea General de la ONU, Resolución 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento, 108ª sesión plenaria, 28 de julio de 2010.

84 ONU, Consejo de DD.HH., Resolución 15/9, *Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento*, 30 de septiembre de 2010.

85 Catarina de Albuquerque, Relatora Especial de Naciones Unidas para el derecho humano al agua potable y al saneamiento, con Virginia Roaf, *Derechos hacia el final: Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, 2012, p. 53

perto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones relativas al acceso al agua y al saneamiento, pasando a llamarse en adelante Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, introduciendo así el reconocimiento del derecho en el nombre del cargo, además de ampliar a tres años más su mandato.

En abril de 2012, Naciones Unidas publicó un documento⁸⁶ que contiene una recopilación de buenas prácticas en materia del derecho humano al agua y al saneamiento, elaborado por la Relatora Especial de Naciones Unidas para este tema, donde se establecen, entre otras cosas, algunos criterios para la identificación de buenas prácticas relacionadas con los derechos al agua y al saneamiento.⁸⁷ El citado documento concluye afirmando que los avances en el reconocimiento y delimitación del derecho humano al agua y al saneamiento “han reforzado la realización de los derechos al agua y al saneamiento como obligaciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados partes en el PIDESC y en otros tratados de derechos humanos, fomentando la profundización y el enriquecimiento de las normas internacionales”.⁸⁸

4. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Como se desarrollará a continuación, los hechos descritos en la primera sección de este capítulo incumplen los estándares y generan, en consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado de Chile por vulnerar sus obligaciones en materia del derecho humano al agua.

Aunque el PIDESC prevé la aplicación progresiva de los derechos, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de aplicación inmediata. El Comité DESC sostiene que esas obligaciones inmediatas consisten en que este debe ser ejercido sin discriminación

86 *Ibíd.*

87 Estos criterios son: a) a *no discriminación* en la prestación de servicios de agua y saneamiento; b) *Participación* de los interesados; c) *Rendición de cuentas*: implica que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos al agua y al saneamiento; d) Una buena práctica debe tener *efectos demostrables* que potencien la realización progresiva de los derechos al agua y al saneamiento, protegiendo a aquellos que carecen de acceso al agua y al saneamiento y dando respuesta a sus necesidades, garantizando además que esas personas sigan disfrutando de un acceso adecuado a esos servicios en el futuro; e) Las buenas prácticas deben ser *sostenibles* desde el punto de vista económico, medioambiental y social, de manera que las generaciones futuras puedan disfrutar de los derechos al agua y al saneamiento; f) Los Estados deben asegurar la *disponibilidad* de los servicios de agua y saneamiento en todas las esferas de la vida, inclusive en el trabajo, en cantidad suficientes; g) *Calidad/seguridad* de los retretes y el agua; h) Los servicios de agua y saneamiento deben ser *aceptables* para cualquier persona desde el punto de vista cultural; i) Los servicios de agua y saneamiento deben ser fácilmente *accesibles* para cualquier persona y deben encontrarse en el interior del hogar o cerca de este, del lugar de trabajo y de todas las demás esferas de la vida; y j) deben ser *asequibles* para todas las personas, y en ningún caso el pago de los mismos debe limitarles poder disfrutar de otros derechos humanos. La Relatora Especial agrega que una *buen práctica* es aquella que cumple todos los criterios anteriormente expuestos o una gran mayoría de los mismos, sin menoscabo de ninguno de ellos. *Ibíd.*, pp. 38-42.

88 *Ibíd.*, p. 53.

alguna, lo que impone la obligación de adoptar medidas en aras de su plena realización. Agrega que dichas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho al agua.⁸⁹ Asimismo, sostiene que “los Estados Partes tienen el deber constante y continuo en virtud del Pacto de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua”. De esta forma, la realización de este derecho debe ser viable y practicable.⁹⁰ El artículo 26 de la Convención Americana, por su parte, establece que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr en forma progresiva la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Según el PIDESC, al igual que en el caso del resto de los derechos humanos, el derecho al agua impone tres obligaciones a los Estados Partes: respetar, proteger y cumplir con dicho derecho.⁹¹ Sobre este punto, el Comité DESC señala que la obligación de *respetar* exige que los Estados Partes se abstengan de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Así, “comprende, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva (...)”.⁹²

Por su parte, la obligación de *proteger* exige –a juicio del Comité DESC– “que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de

89 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr.15.

90 *Ibid.*, párr.17.

91 La obligación tripartita del Estado en materia de derechos humanos tiene su primera referencia en el derecho específico a una alimentación adecuada, ver Comité DESC, Observación General 12 .

92 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr. 21.

distribución de agua”⁹³⁻⁹⁴

En lo que respecta a la obligación de *cumplir*, el Comité señala que esta exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. “Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas”⁹⁵⁻⁹⁶

En este caso en particular, a la luz de los hechos y de los lineamientos dados por el Comité DESC en lo que respecta a la obligación tripartita de los Estados aplicable al derecho humano al agua, es posible concluir que el Estado de Chile ha incurrido en responsabilidad internacional, puesto que no ha cumplido con los estándares mínimos detallados precedentemente.

En específico, el Estado ha incumplido con su obligación de *respetar*, puesto que, de acuerdo a lo expuesto en el acápite de los hechos, la autoridad administrativa competente ha llevado adelante la práctica de otorgar más derechos de aprovechamiento de aguas en la zona, que aquellos que efectivamente permite el acuífero de Petorca. En este

93 *Ibid.*, párr.23.

94 El Comité agrega a continuación, en su párrafo 24, que “cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación General, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento”.

95 *Ibid.*, párr. 26.

96 Agrega que dicha obligación a su vez se subdivide en la obligación de *facilitar*, promover y garantizar. La obligación de facilitar apunta a que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a ejercer el derecho. Por su parte, la obligación de *promover* exige la adopción de medidas que tengan por objeto difundir información adecuada acerca del uso higiénico del agua y la protección de sus fuentes, entre otros. Por último, la obligación de *garantizar* impone la necesidad de hacer efectivo el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición (Véase *ibid.*, párr. 25). En esta línea, se dispone que para garantizar que el agua sea asequible, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, como son utilizar tecnologías económicas y adoptar políticas adecuadas en materia de precios, entre otros. Los Estados deben además adoptar estrategias y programas amplios e integrados con el objeto de velar para que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. En lo que respecta al saneamiento, se debe garantizar que todos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados (Véase *ibid.*, párr. 29). Finalmente, agrega que el garantizar que todos tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados no solo reviste importancia fundamental para la dignidad humana y la vida privada, sino que constituye uno de los principales mecanismos para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable. El derecho a la salud y el derecho a una vivienda adecuada (véanse las Observaciones Generales 4 (1991) y 14 (2000)) impone a los Estados Partes la obligación de ampliar progresivamente unos servicios de saneamiento salubres, en particular a las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas, teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres y los niños.

sentido, es especialmente grave que la autoridad, pudiendo decretar zona de prohibición –conforme a la cual no es posible otorgar nuevos derechos–, tan solo declarase área de restricción, instrumento que sí la faculta para constituir nuevos derechos provisionales. Esta práctica sin duda ha vulnerado los derechos de los habitantes de la zona, al no considerar el contenido mínimo del derecho en cuanto a disponibilidad, calidad y accesibilidad; y al poner en riesgo la continuidad y suficiencia del recurso para los usos personales y domésticos de sus habitantes. Asimismo, siendo la principal actividad económica de la zona la agricultura, la que se encuentra gravemente amenazada por la crisis de sequía existente, se ha vulnerando además el artículo 1, párrafo 2 del Pacto, que señala que no podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Finalmente, creemos que en este caso se configura uno de los ejemplos de violación del Estado a la obligación de *respetar* el derecho al agua –dado por el Comité DESC–al haberse adoptado medidas –en este caso, seguir otorgando derechos de aprovechamiento a pesar de la crisis–que han provocado la disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud del ser humano.⁹⁷

Estimamos que el Estado de Chile ha infringido su obligación de *proteger*, ya que no ha adoptado las medidas necesarias para proteger a los usuarios frente a las infracciones de terceros, por ejemplo, frente a los casos de extracción ilegal de aguas. A pesar de que la autoridad administrativa ha tomado medidas en orden a fiscalizar e investigar estos hechos, se ha comprobado que muy pocos casos han sido efectivamente sancionados, además de no existir la capacidad humana ni técnica que permita en la práctica fiscalizar todos los casos de extracción ilegal. Asimismo, no hay incentivos en nuestra legislación para cumplir con la normativa, puesto que, como se dijo anteriormente, las multas son de una cuantía muy escasa. Ello evidencia también la debilidad de la legislación existente en esta materia.⁹⁸

Igualmente, estimamos que el Estado infringe el deber de *cumplir*, ya que no ha adoptado las medidas necesarias para garantizar a los habitantes de Petorca el disfrute del derecho, como sería, por ejemplo, una prelación de usos del recurso hídrico que permita satisfacer sus necesidades básicas, como exigen los estándares en esta materia. La misma infracción se produce al no existir un mecanismo de gestión

97 ONU, Comité DESC, Observación General 15, op. cit., párr. 44.

98 El Comité DESC señala que “las violaciones de la obligación de proteger dimanar del hecho de que un Estado no adopta todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho al agua por terceros. Estas violaciones incluyen, entre otras cosas: i) no promulgar o hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua; ii) no regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua; iii) no proteger los sistemas de distribución de agua (por ejemplo, las redes de canalización y los pozos) de la injerencia indebida, el daño y la destrucción”. *Ibid.*

integrada de cuencas que permita una adecuada resolución de los conflictos que derivan de los múltiples usos del agua y la coordinación del uso conjunto de las aguas subterráneas y superficiales.⁹⁹

Finalmente, es posible apreciar que en este caso el Estado no ha cumplido con algunas de las obligaciones básicas que a juicio del Comité involucra el derecho al agua y que tienen efecto inmediato,¹⁰⁰ como, por ejemplo, garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, así como para prevenir enfermedades; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles; y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; entre otros.

5. CONCLUSIONES

La manera en que los Estados traten el problema de la sequía impacta sobre derechos tan básicos como aquel a tener agua para consumo humano y usos domésticos. Como se ha señalado, nuestra regulación contenida en el Código de Aguas no satisface los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Este no determina la preferencia de los usos de consumo y domésticos frente a otros usos alternativos, ni tampoco establece mecanismos adecuados para lidiar con los conflictos que derivan de los múltiples usos del recurso hídrico una vez que estos se producen. Además, aun cuando contempla herramientas que podrían ser útiles para asegurar la disponibilidad del recurso, y de esta manera satisfacer los aludidos estándares, tales como las declaraciones de zona de escasez, estas presentan elementos en su diseño que hacen improbable que su aplicación pueda lidiar efectivamente con la sequía y las consecuencias que de ella derivan. Asimismo, aun cuando se contemplan instrumentos poderosos para hacerse cargo de los problemas de disponibilidad, como la declaración de zona de prohibición, se prefiere utilizar otros que posibilitan la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de agua, como la declaración

99 El Comité DESC señala que “Las violaciones de la obligación de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho al agua. Los siguientes son algunos ejemplos: i) no adoptar o ejecutar una política nacional sobre el agua encaminada a garantizar a todos el derecho al agua; ii) asignar fondos insuficientes o asignarlos en forma incorrecta, con el resultado de menoscabar el disfrute del derecho al agua por personas o grupos, especialmente los vulnerables o marginados; iii) no vigilar el grado de realización del derecho al agua a nivel nacional, por ejemplo estableciendo indicadores y niveles de referencia; iv) no adoptar medidas contra la distribución no equitativa de las instalaciones y los servicios de agua; v) no establecer mecanismos de socorro de emergencia; vi) no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable; vii) el hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales con respecto al derecho al agua al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales”.Ibid.

100 Ibid., párr. 37.

de área de restricción. Con el fin de apuntar a una utilización del recurso hídrico coherente con los estándares internacionales, se formulan las recomendaciones que siguen.

RECOMENDACIONES

1. Modificar el Código de Aguas incorporando una disposición que establezca un orden de prelación entre los diversos usos del agua, en caso que entren en conflicto.
2. Modificar el Código de Aguas introduciendo organismos que permitan una gestión integrada de cuencas –terminando con la existencia de aquellos que administran únicamente una sección de estas–, participativos y que incluyan el uso coordinado y conjunto de las aguas superficiales y subterráneas.
3. En acuíferos afectados por problemas de disponibilidad, optar por la declaración de zona de prohibición, en vez de la de área de restricción.
4. En caso de decretarse una zona de escasez, que la DGA proceda a redistribuir los derechos de agua, para asegurar la disponibilidad del recurso para fines domésticos y de saneamiento.
5. Mejorar la institucionalidad existente, creando un organismo específico o dotando de mayores atribuciones, capital humano y técnico a la DGA, de manera que pueda fiscalizar adecuadamente que el agua se utilice dentro de los márgenes autorizados por la ley.
6. En la misma línea que el punto anterior, y cualquiera que sea la opción institucional que se tome, aumentar el valor de las multas por extracción ilegal de aguas.

**LA LEY
ANTIDISCRIMINACIÓN:
AVANCES E INSUFICIENCIAS
EN LA PROTECCIÓN
DE LA IGUALDAD Y
LA NO DISCRIMINACIÓN
EN CHILE***

* Alberto Coddou, Judith Schönsteiner y Tomás Vial

SÍNTESIS

La dictación de la Ley 20.609, Ley Antidiscriminación, fue fruto de un largo proceso legislativo de más de siete años, en el que el principal asunto contencioso fue el reconocimiento o no de las categorías de discriminación por orientación sexual e identidad de género, las que, tras una sostenida presión de las organizaciones de la diversidad sexual y otros actores, fueron finalmente incorporadas. Pero el centrarse en este aspecto de algún modo impidió al Congreso discutir e incorporar en la ley una serie de aspectos relativos a la prohibición de discriminación que son propios de las legislaciones antidiscriminación y que además son exigidos por las normas internacionales de derechos humanos a las que Chile está obligado. Este capítulo se propone analizar si la introducción de una acción antidiscriminación es un instrumento eficaz y suficiente para asegurar la igualdad y la no discriminación en Chile.

PALABRAS CLAVES: Igualdad, No discriminación, Discriminación directa e indirecta, Obligaciones positivas, Institucionalidad antidiscriminación.

INTRODUCCIÓN

La dictación de la Ley Antidiscriminación, Ley 20.609 (en adelante, LAD) en 2012 fue un importante, pero insuficiente, paso en la garantía de la igualdad y la no discriminación en nuestro país. En el presente capítulo damos cuenta de en qué medida ella cumple o no las obligaciones que Chile tiene desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Para tal efecto, la sección 1 revisa brevemente la historia de la ley y las principales discusiones que ella dio, la parte 2 establece el marco internacional de los derechos humanos relativos a la igualdad y la no discriminación aplicable a Chile, la sección 3 describe sintéticamente el contenido de la ley, y la 4 la analiza a la luz de las obligaciones internacionales de Chile, finalizando con conclusiones y recomendaciones.

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DE LA DICTACIÓN DE LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

La LAD fue introducida por mensaje presidencial bajo el gobierno de Ricardo Lagos en 2005 y aprobada, tras siete años de debate legislativo, en 2012. Como se ha señalado en otro texto,¹ la iniciativa original tenía un objetivo mucho más ambicioso que la ley finalmente aprobada. El mensaje del proyecto original de la LAD, formalmente denominada “Ley que establece medidas contra la discriminación”, declaraba, en su artículo 1°, el siguiente propósito: “las disposiciones de esta ley tienen por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona”. El artículo 1° finalmente aprobado sostiene un fin radicalmente distinto: “esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”. Esta diferencia muestra ya las insuficiencias de la ley que serán analizadas en este capítulo.

Durante la tramitación de la ley, la mayor parte de la discusión legislativa se enfocó en la determinación de las categorías prohibidas o sospechosas, aquellas que “tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional)”.² De hecho, tal como consigna el Balance al Poder Legislativo del Observatorio Parlamentario, gran parte de los siete años que duró la tramitación legislativa estuvieron centrados en la discusión de dos categorías sospechosas: “orientación sexual” e “identidad de género”.³ Ello explica que la tramitación legislativa solo se haya acelerado, lamentablemente, tras el brutal ataque al joven Daniel Zamudio (2 de marzo de 2012) y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que condenó a Chile por la discriminación arbitraria en contra de Karen Atala (24 de febrero de 2012). Recién con fecha 13 de marzo de 2012, el presidente Piñera asignó por primera vez urgencia legislativa para forzar el debate.

En menor medida, el debate legislativo dedicó tiempo al eventual establecimiento de un fundamento legal genérico para las acciones afirmativas y a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria.⁴ Con relación a las medidas de acción afirma-

1 Alberto Coddou y Tomás Vial, “Estándares y criterios para la creación de un órgano antidiscriminación en Chile: Desafíos pendientes y opciones institucionales”, en *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2013.

2 Ariel Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2007, p. 17.

3 Balance al Poder Legislativo 2012, Observatorio Parlamentario, p. 20.

4 En el informe de la Comisión Mixta (Senado-Cámara de Diputados), diversos representantes

tiva, cuyo fundamento legal estaba incluido en el mensaje original ingresado a tramitación por el gobierno del ex presidente Ricardo Lagos en 2005, cabe señalar lo siguiente: si bien fue aprobado sin mayor problema en el primer informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara y en la posterior discusión en sala (primer trámite constitucional), las cosas se complicaron en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, debido a una indicación presentada por el senador Jovino Novoa. De todos modos, el gobierno, a través de las declaraciones del jefe de la División de Estudios del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, don Claudio Olivo, señaló que tales medidas afirmativas “no están prohibidas y que los poderes públicos cuentan con las potestades para adoptarlas cuando lo estimen necesario, cosa que deberá ser analizada y debatida separadamente en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”.⁵ En otras palabras, sostuvo que no era conveniente establecer un fundamento legal pues resultaba innecesario, dado que los órganos públicos pueden establecer estas acciones “en cada una de las hipótesis en que la cuestión pueda plantearse”. Posteriormente, en la discusión en sala, en el segundo trámite constitucional, solo las senadoras Allende y Rincón levantaron la voz de alerta: esta ley no podía reducirse al establecimiento de una acción judicial y, para hacer mérito a su título, debía incluir medidas de acción afirmativa. En la discusión al interior de la comisión mixta, los intentos por reponer este fundamento legal se hicieron imposibles, dado el rechazo del Senado, por lo que solo cabía esperar un eventual veto presidencial.

En relación a las características procesales de la acción de no discriminación arbitraria, las discusiones fueron menores, y se redujeron a cuestiones de eficacia y superposición con la competencia de las cortes de apelaciones a propósito del recurso de protección. En efecto, en su origen, la acción judicial contemplaba la posibilidad de imponer la indemnización de perjuicios en términos amplios, cuestión que, después de un arduo debate, se desechó. Finalmente, se acordó que, en caso de que la acción fuera acogida, se impusiera una multa a beneficio fiscal (cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales). Por su parte, la acción de no discriminación se entregó a la competencia de los jueces de instancia, con el objeto de permitir que las cuestiones de fondo pudieran ser conocidas a través de un contacto directo de las partes con la judicatura. Los reparos iniciales contenidos en los informes de la

de la academia y de la sociedad civil hicieron referencias a la necesidad de contar con un fundamento legal genérico en materia de acciones afirmativas (Patricio Zapata, Ana Piquer, Verónica Undurraga, Lorena Fries, Fernando Muñoz, Elías Jiménez, Camila Maturana y Andrés Rivera). Sin embargo, estas presentaciones no dieron lugar a mayor discusión al interior de la Comisión, en el entendido de que cualquier modificación, considerando el estado de tramitación legislativa, dependía, a esa altura, de un veto por parte del poder ejecutivo.

5 Historia de la Ley 20.609, p. 724.

Corte Suprema fueron desechados por los parlamentarios, en el entendido de que esta ley busca justamente solucionar las deficiencias del funcionamiento del recurso de protección.

Sin embargo, lo más llamativo del debate legislativo fue la total ausencia, durante la tramitación del proyecto, de los conceptos de discriminación indirecta, de facto, institucional o estructural. Las únicas ocasiones en que consta algún debate sobre la discriminación indirecta se dieron a propósito del informe de la Comisión Mixta, en que hay una breve alusión al artículo 4 de la directiva 97/80/CE del Consejo Europeo, del 15 de diciembre de 1997, que habla explícitamente de discriminación indirecta. Además, en la parte preliminar de ese mismo informe, se cita cierta legislación comparada (España y Sudáfrica) en que se hacen menciones explícitas al concepto de discriminación indirecta. Si no fuera por los aportes de las organizaciones de la sociedad civil (ONGs), nada más se habría dicho al respecto. En efecto, y hablando a nombre de diversas ONGs, Andrés Rivera, representante de la Organización de Transexuales por la Diversidad (OTD), propuso incluir explícitamente el concepto de discriminación indirecta y las acciones positivas en los propósitos de la ley. En la legislación comparada e internacional, se incluyen como parte de los objetivos de las acciones judiciales de no discriminación, tal como se hizo ver por las organizaciones de la sociedad civil.

2. MARCO INTERNACIONAL APLICABLE A CHILE RELATIVO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

A fin de analizar adecuadamente la LAD es necesario describir brevemente el marco internacional de los derechos humanos al que está obligado Chile. Este está compuesto por varios tratados internacionales, algunos de carácter universal y otros regionales, así como también por la interpretación de los órganos encargados de hacer cumplir dichos tratados y las cortes, en el caso de que haya, a las cuales Chile se ha sometido.

En cuanto a tratados internacionales de naturaleza universal, es decir, que son parte del sistema de Naciones Unidas, hay que distinguir los que son de un carácter general, que garantizan una diversidad de derechos humanos, de aquellos especializados en la igualdad y no discriminación. Son parte de la primera categoría, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶ y el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).⁷ En ambos tratados existen cláusulas generales que imponen la obligación al Estado

6 En particular, sus arts. 2.1 y 26.

7 En particular, su art. 2.2.

de no discriminar en el ejercicio de los derechos contenidos en ellos. El PIDCP también contiene una cláusula, en el artículo 26, que asegura la igualdad en la ley, la igual protección de esta y la prohibición de cualquier discriminación en base a las categorías contempladas en él. Estas normas han sido precisadas en su sentido por la Observación General 18, de 1989, del Comité de Derechos Humanos, el órgano encargado de vigilar el cumplimiento del tratado. En el caso del PIDESC es la Observación General 20, del 2009, del Comité de Derechos Económicos y Sociales, la que define las obligaciones en materia de no discriminación en relación a los derechos asegurados en el tratado.

Son tratados universales especializados, por su parte, la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial⁸ y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁹ Es especialmente relevante para la interpretación de este último tratado la Recomendación General 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer.

En el sistema universal también existen tratados que aunque no están dedicados a asegurar en forma específica la igualdad y la no discriminación, sí poseen cláusulas que imponen a los Estados la obligación de no discriminar respecto a los derechos contenidos en ellos. Solo para nombrar los que consideramos más relevantes: la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 2, y la Convención de Naciones Unidas en relación a las personas con diversidad funcional (discapacidad), en su artículo 2.

A nivel regional, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) posee la aplicación más general, además de estar Chile obligado a la jurisprudencia de su corte, la Corte IDH. La Convención, en forma similar al PIDCP, posee en su artículo 1 una cláusula general que asegura la no discriminación respecto a los derechos consagrados en ella y una norma independiente, en su artículo 24, que asegura la igualdad ante la ley y a la igual protección.

A nivel regional son relevantes también dos convenciones aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 5 de junio de este año, que Chile aún no ratifica, y que representan el desarrollo más reciente en torno a asegurar el derecho a la igualdad y la no discriminación. Estas son la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

8 En particular, su art. 1, donde define discriminación.

9 *Ibid.*

3. LA LEY CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: CONTENIDO Y ESTRUCTURA

En esta sección efectuaremos una descripción general de los contenidos de la ley, comentando algunos de sus aspectos, pero dejando el análisis de su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado para la sección siguiente.

La LAD se divide en tres títulos. El primero establece las normas generales y la definición de discriminación. El título II estructura la acción de discriminación y el III modifica una serie de normas legales.

En su artículo 1 la ley señala su propósito, cual es el de establecer un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.

Luego, en el mismo numeral, establece un deber de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, de elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Como se apreciará en la sección próxima, esta norma es claramente insuficiente desde el punto de vista de las obligaciones internacionales del Estado.

El artículo 2 establece la definición de discriminación de la ley. Se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. El análisis de esta definición clave de la ley se hará en la sección siguiente.

Luego, en su segundo inciso, se señala que las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Esta prevención resulta extraña en nuestra normativa nacional, pues toda ley es susceptible de su abuso y no por eso se introduce en ella una cláusula expresa que lo prohíba. Parece reflejar el temor de parte de los legisladores al ejercicio igual de los derechos y libertades por parte las personas. Es, además, ciertamente innecesaria,

pues si una conducta ya está prohibida no se requiere otra ley, como la LAD, que señale que no se podrá efectuar fundada en aquella.

El artículo 2 termina con una disposición que señala que se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial, los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución o en otra causa constitucionalmente legítima. Esta norma, ya se ha señalado, es criticada por numerosos comentaristas y será analizada más adelante.

El Título II establece la acción de no discriminación. A grandes rasgos, esta es una acción que cualquier persona directamente afectada, su representante legal o quien la tenga a su cuidado, puede interponer. También lo puede hacer un tercero, cuando los antes mencionados no puedan hacerlo.

La acción judicial se interpone, por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria, ante el juez de letras del domicilio del demandante o del responsable de dicha acción u omisión (artículo 3).

El plazo para interponerla es de 90 días corridos desde que se cometió el acto u omisión o se tuvo conocimiento de él (artículo 5). La acción es incompatible con la interposición de los recursos de amparo, protección y de la tutela laboral, si estos ya fueron declarados admisibles, y con la impugnación de leyes vigentes y de sentencias anteriores (artículo 6).

Una vez interpuesta, el tribunal requerirá de informes a la persona denunciada y a quien estime pertinente (artículo 8). Evacuados los informes, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia para el quinto día hábil (artículo 9). Dicha audiencia tendrá lugar con la parte que asista. Si lo hacen todas ellas, el tribunal las llamará a conciliación. Si esta no se produce, el tribunal citará a oír sentencia, a no ser que determine que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, caso en el cual recibirá la causa a prueba. En cuanto a estas, serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Una vez rendida la prueba, la causa quedará en estado de dictarse sentencia. Durante este, el tribunal podrá decretar medidas para mejor resolver.

En cuanto a la sentencia, en ella el tribunal declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado, u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar

las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio. Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal. La sentencia definitiva será susceptible de recurso de apelación.

Tras la sintética descripción anterior, es posible realizar un comentario más general del texto legal. A grandes rasgos se puede juzgar que la introducción de la acción antidiscriminación es un avance en la protección de los derechos humanos: al ser interponible frente a un juez ordinario, hace más fácil su tramitación, en comparación a la acción alternativa existente, el recurso de protección. También, el mayor plazo para interponerla en relación al mismo recurso es un punto favorable. Lo es asimismo que la sentencia permita al tribunal impetrar todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, pues la variedad de situaciones de discriminación hace apropiada una flexibilidad de decisión por parte del tribunal.

El Título III de la ley modifica una serie de cuerpos legales. Entre ellos, destaca el Estatuto Administrativo: se incorpora dentro de los actos atentatorios a la dignidad de los funcionarios el realizar actos de discriminación arbitraria. Lo mismo ocurre con la normativa aplicable a los funcionarios municipales.

Asimismo, se modifica el Código Penal, agregando una nueva agravante penal al artículo 12 de este, consistente en el cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.

Como se vera en la sección que sigue, esto significa un avance, pero no alcanza a cumplir las obligaciones internacionales de Chile.

4. ANÁLISIS DE LA LEY A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y OBSERVACIONES CRÍTICAS ADICIONALES

4.1. Políticas públicas y acción antidiscriminación

Como se señaló en la sección anterior, la ley impone una obligación genérica a los órganos de la Administración del Estado de elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados inter-

nacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Como han observado algunos autores,¹⁰ este es uno de los aspectos más insuficientes de la ley, por las siguientes razones. Primero, es una referencia que se aplica solo a los órganos de la Administración del Estado, dejando fuera de su alcance el funcionamiento interno de los demás órganos del Estado, como son el Poder Judicial, el Congreso o el Ministerio Público. Por cierto que este deber debiera ser adaptado a las particulares competencias de cada uno de ellos. Segundo, es una obligación en extremo genérica, que no precisa cómo se construirá esa política, quién participará en su elaboración, quién la revisará, etc. Tercero, carece de plazos de creación, implementación y revisión.¹¹ Cuarto, el deber que se impone es el de asegurar el goce de los derechos, no el de eliminar las prácticas discriminatorias. Esto puede parecer un juego semántico, pero no lo es puesto que el objetivo, ya extraordinariamente amplio, de asegurar los derechos no permite reconocer en forma concreta el problema que presenta la discriminación, en particular cuando esta es de una naturaleza estructural, tal como se apreciara más adelante en este trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, y probablemente más relevante, es que las obligaciones impuestas a la Administración carecen de un ente responsable que permita definir tareas y dar cuentas de ellas a la sociedad. Como se ha señalado en otro trabajo de dos de los autores de este capítulo,¹² ya en la discusión legislativa de la LAD se hizo presente esta falencia. Así, Elías Jiménez, asesor jurídico del Movimiento por la Diversidad Sexual (MUMS), advirtió en la discusión en la Comisión Mixta que “La inexistencia de una institucionalidad que se haga cargo de la no discriminación es una falencia que Chile debe solucionar, sea mediante la creación de un organismo sobre este tema o mediante la elaboración de políticas públicas que resuelvan la problemática. En la región, países que bajo gobiernos de signo conservador, como México y Colombia, han avanzado decididamente en esta materia, al igual que Brasil, Ecuador o Argentina, poseen organismos con presupuesto estatal para hacerse cargo de la educación, promoción y defensa de las personas frente a la discriminación”.¹³

En el mismo trabajo¹⁴ señalábamos los criterios que ha definido el derecho internacional de los derechos humanos para establecer órganos eficaces en pro de asegurar su respeto y protección. Entre ellos destacan: a) su independencia y pluralidad; b) la autonomía pre-

10 Tomás Vial, “La nueva Ley Antidiscriminación: Propuestas para avanzar en su perfeccionamiento”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2013, p. 184.

11 Véase: Balance al Poder Legislativo 2012, Observatorio Parlamentario, p. 24.

12 Coddou y Vial, op. cit.

13 Historia de la Ley 20.609, p. 1071.

14 Coddou y Vial, op. cit.

supuestaria; c) la capacidad de generar estudios; d) las facultades de procesar y recibir denuncias y realizar denuncias y acciones judiciales; e) la facultad de proponer políticas, planes de acción y medidas legislativas, entre otros.

En este aspecto, la LAD aparece como claramente insuficiente, no cumpliendo el Estado con lo que ha señalado la Corte IDH en el caso *Velázquez Rodríguez*¹⁵ en relación a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, obligación que “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”.

4.2. Conceptos de discriminación y sus omisiones en la ley

El derecho internacional asume que, después de haber ratificado un tratado, un país no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de las normas de este (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Con respecto a la Ley Antidiscriminación, esto significa, entre otros aspectos, que los jueces a quienes se les confiere jurisdicción para dirimir las denuncias de actos discriminatorios (artículo 3º de la Ley), deben interpretar la Ley, y especialmente su artículo 2º, que contiene la definición de la prohibición de la discriminación arbitraria, según las normas de derecho internacional vinculantes para Chile. En esta sección se presentan las aristas más importantes de esta interpretación obligatoria y se señala en qué medida la definición de discriminación que ella contiene no satisface las obligaciones internacionales al respecto.

El derecho internacional de los derechos humanos, aun aplicado por tribunales nacionales, se debe interpretar según las respectivas reglas del derecho internacional sobre interpretación. Esto significa respetar los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en general, y, en particular, las normas que los mismos tratados de derechos humanos establecen, como el artículo 29 de la CADH. En caso de conflicto sobre las normas de interpretación aplicables, priman, según la misma Convención de Viena de 1969, las normas más específicas, en este caso, las normas de los tratados de derechos humanos.

Ello obedece a una razón dogmática y a otra puramente instrumental. En términos dogmáticos, una norma se interpreta según las reglas aplicables a esta clase de fuentes, aunque cambie el foro de su aplicabilidad. En el plano instrumental, una interpretación según criterios de derecho interno no podría garantizar que Chile estuviera cumpliendo

15 Corte IDH, *Velázquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 166.

con sus obligaciones internacionales. Aunque el cumplimiento con el derecho internacional, en la mayoría de los casos, constituye una obligación de resultado, la interpretación de las normas internas conforme al derecho internacional aplicable, tal como es concebida en Francia, Alemania o España, ayuda en gran medida a evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

4.2.1. Categorías sospechosas y desarrollo social y del derecho internacional

La Ley 20.609 recoge la lista de categorías sospechosas reconocida en el derecho internacional en 2011-2012, con la posibilidad de acoger el futuro desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de una categoría abierta que se encuentra consagrada en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos que señala que la discriminación está prohibida por “cualquier otra condición social”. Así, mediante el principio de interpretación evolutiva propio del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶ un tratado o una ley sobre discriminación es capaz de adecuarse a nuevas realidades sociales, siempre tomando en cuenta los criterios básicos recogidos en los tests de discriminación fijados por los tribunales internacionales.

De acuerdo a este criterio, el artículo 2^o de la Ley 20.609 no necesitará ser reformado una vez que Chile ratifique los dos nuevos tratados sobre la no discriminación adoptados por la OEA en junio de 2013 antes mencionados, a pesar de que estos contienen categorías sospechosas no explícitamente mencionadas en la ley.¹⁷

Es imprescindible que los jueces entiendan su deber de considerar siempre el último estatus del derecho internacional de los derechos humanos al momento de interpretar las disposiciones de no discriminación (sea en esta ley, en la legislación laboral o en la Constitución, por ejemplo). El Estado, para estos efectos, está en la obligación de capacitar a los jueces, como se desprende del artículo 1.1 de la CADH y como fue reiterado por la Corte IDH en el caso *Atala Riffo vs. Chile*.¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, la lista de categorías que da la LAD es la más completa existente en nuestro derecho e incorpora algunas nuevas, como la orientación sexual, la identidad de género y la situación socioeconómica, que sin duda permiten una mejor protección que la consagrada en el derecho vigente.

Pero, en esta materia, sería positivo que la legislación contuviera en

16 Corte IDH, caso *Atala vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 83, y caso *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 161,

17 Ambos tratados entrarán en vigencia reunidas dos ratificaciones por Estados miembros de la OEA.

18 Corte IDH, caso *Atala*, op. cit., punto resolutive 5.

forma expresa las definiciones generalmente aceptadas de estos términos. Así, en el caso de la orientación sexual y la identidad de género, como se hizo ver claramente en el debate legislativo tanto por el Instituto Nacional de los Derechos Humanos (INDH)¹⁹ como por las organizaciones de la diversidad sexual, estos términos se han entendido de acuerdo a los denominados principios de Yogyakarta.²⁰

4.2.2. Alcance de la aplicabilidad

La LAD reduce el ámbito de su aplicabilidad a la “privación, perturbación o amenaza” discriminatoria de un derecho fundamental (art. 2º); en este sentido, la ley no abarca todas las hipótesis que el derecho internacional presupone. Por ejemplo, la Observación General 20 del Comité DESC establece que el Pacto prohíbe “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación”.²¹ Esta definición recoge el artículo 1º de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, y fue confirmada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU.²² Por lo tanto, una interpretación de la Ley 20.609 en conformidad con el derecho internacional de derechos humanos requiere que la “perturbación, afectación o amenaza” sea interpretada de manera coextensiva con las determinaciones de los órganos internacionales recién mencionados.

La LAD, adicionalmente, debe ser leída en conjunto con tres conceptos de derecho internacional de los derechos humanos a los cuales el Estado de Chile ha consentido mediante la ratificación de tratados. Son conceptos ampliamente reconocidos, además, en las legislaciones comparadas: la discriminación directa (el más conocido), la discriminación indirecta y las medidas positivas. Los tres conceptos podrían estar recogidos en la ley cuando esta llama al Estado a adoptar “políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” (art. 1º de la Ley). A continuación, discutimos estos conceptos.

19 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2012, p. 110.

20 CIDH, Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y expresiones relevantes, 2012.

21 ONU, Comité DESC, Observación General 20, párr. 7.

22 ONU, Comité DH, Observación General 18, párr. 7.

4.2.3. Discriminación directa, de jure y de facto

La discriminación directa se define usualmente como proporcionando igualdad formal y prohibiendo el trato menos favorable o perjudicial a un individuo o un grupo de individuos basado en una categoría sospechosa como el sexo, la raza o la creencia religiosa.²³ Es un concepto que se relaciona con actos particulares de discriminación y de toma de decisiones.²⁴ Es importante notar que estos actos particulares pueden provenir de un acto administrativo, por ejemplo, de un funcionario, pero también de una norma legal o incluso constitucional que directamente y formalmente distingue, sin razones objetivas y sin perseguir un fin legítimo, de acuerdo a una o más de las categorías sospechosas. El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirmó que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto.²⁵

La Corte IDH especifica, en su Opinión Consultiva sobre Migrantes Indocumentados, que

los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.²⁶

Como se desprende de la interpretación que el Comité da al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, son solamente justificaciones válidas las que están en congruencia con el Pacto, no aquellas que violen una disposición de este. El Comité DESC especifica el criterio de las distinciones válidas, en presencia de una categoría sospechosa, de la siguiente manera:

Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos

23 Ver Interrights, *Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, 2011, p. 63.

24 Nicholas Bamforth, Maleiha Malik y Colm O'Connell, *Discrimination Law: Theory and Context*, Londres: Sweet and Maxwell, 2008, p. 237.

25 ONU, Comité DH, Observación General 18, op. cit., párr. 13.

26 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, párr. 103.

de las medidas o las omisiones de que se trate son *legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto*, y si el *único fin* que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de *proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos*. La *falta de recursos* para no acabar con el trato discriminatorio *no es una justificación objetiva y razonable*, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario.²⁷

La Corte IDH, por su parte, ha interpretado el contenido y alcance de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, especialmente, en fallos y opiniones consultivas posteriores a 2003. En cuanto a la discriminación directa, se ha pronunciado destacando que la prohibición de la discriminación es una norma de *ius cogens*,²⁸ es decir, una norma que está por sobre cualquier otra norma de derecho internacional y no puede ser derogada.

Esto recoge la condena a la discriminación estructural que la Corte expresó en el caso *Campo Algodonero*,²⁹ sobre violencia contra mujeres en Ciudad Juárez, México. Además, la Corte sostiene que una medida puede ser discriminatoria aunque su raciocinio no sea “fundamental y únicamente” basado en una distinción por categoría sospechosa.³⁰

4.2.4. Discriminación indirecta

Existe discriminación indirecta si se dan, al mismo tiempo, los siguientes criterios (cumulativos): a) se hace una distinción entre dos personas que no constituye discriminación directa, pero que b) afecta particularmente a un grupo vulnerable (“particular disadvantage”)³¹ y c) no se puede mostrar que la distinción haya sido “apropiada” en el contexto específico.³²

La recientemente aprobada por la OEA Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia provee una definición explícita al señalar en su artículo 1.2 que:

27 ONU, Comité DESC, Observación General 20, op. cit., párr. 13 (énfasis añadido). Cabe mencionar que la referencia a los recursos se basa en el artículo 2º inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre progresividad del cumplimiento de algunas de las obligaciones del Pacto, ausente en todos los otros tratados internacionales sobre derechos humanos.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, op. cit.

29 Corte IDH, Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrs. 129, 152 y 450.

30 Corte IDH, caso Atala, párr. 94.

31 Bamforth, Malik y O’Cinneide, op. cit., p. 314.

32 *Ibid.*, p. 290.

Discriminación indirecta es la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

El origen y mayor desarrollo de este concepto se dio en la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia,³³ que no tiene jurisdicción sobre Chile. No obstante, se trata de un concepto que está también recogido por los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas y, en un fallo reciente (*Artavia Murillo*), por la Corte IDH. Esta misma tendrá que pronunciarse nuevamente sobre preguntas similares en el caso *Norín Catrimán contra Chile*.³⁴ Para la Corte IDH, este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, que no discrimina en forma directa, tiene repercusiones negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.³⁵ Para estos efectos, el tribunal regional examina si existe un impacto desproporcionado,³⁶ incluyendo, por ejemplo, factores culturales, que influyan como algo que se puede llamar variable interviniente,³⁷ o factores económicos.³⁸

La exigencia a Chile de incorporar el concepto de discriminación indirecta ha sido también explicitada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer en su informe sobre Chile.³⁹ Por lo tanto, una modificación de la LAD que buscara que esta fuera consistente con las obligaciones internacionales de Chile debiera incluir este concepto.

4.3. Obligaciones positivas y medidas especiales temporales

Según la interpretación de los órganos internacionales de derechos humanos, la prohibición de discriminación también obliga a los Estados tomar medidas positivas.⁴⁰ La Corte IDH explicó en este sentido:

33 *Ibíd.*, p. 299-304.

34 La audiencia en este caso fue celebrada los días 29 y 30 de mayo de 2013 en San José Costa Rica. Para mayor información, www.corteidh.or.cr.

35 Corte IDH, caso *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 286, véase también caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de octubre de 2012, Serie C N° 251, párr. 234.

36 Corte IDH, caso *Artavia Murillo*, op. cit., párr. 287.

37 *Ibíd.*, párr. 295.

38 *Ibíd.*, párrs. 303-304.

39 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 16 de octubre de 2012, párr. 11a.

40 ONU, Comité DH, Observación General 18, op. cit., párr. 10.

El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.⁴¹

Y sigue:

Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.⁴²

En el contexto de las medidas positivas, reza el artículo 1º de la Ley 20.609:

Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Este artículo se debe leer en conformidad con el derecho internacional sobre la materia. Como se puede apreciar, en comparación con los criterios y la normativa internacional, no recoge todo el alcance de la obligación de tomar medidas positivas a favor de la no discriminación, lo que fue criticado, entre otros, por el INDH durante el debate legislativo.⁴³

Una subcategoría dentro de las medidas positivas son las denominadas acciones especiales temporales. Se entiende por ellas las medidas de naturaleza positiva que se dictan para favorecer de manera directa y explícita a un grupo que se considera históricamente discriminado o que sufre una forma de discriminación estructural. Se ha entendido

41 Corte IDH, Opinión Consultiva 18/03, op. cit., párr. 88.

42 *Ibid.*, párr. 104.

43 INDH, Informe 2012, p. 112.

que estas medidas son lícitas en la medida que reúnan tres condiciones: a) se adoptan con el consentimiento del grupo discriminado, b) con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad y c) son temporales.⁴⁴

Como estas medidas implican favorecer a estos grupos en relación a otros, se podría pensar que constituyen una forma de discriminación. Sin embargo, ellas están explícitamente consideradas en la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.4, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4.1.⁴⁵

Y la reciente Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia establece, en su artículo 1.4, que no constituyen discriminación las medidas especiales o acciones afirmativas adoptadas para garantizar, en condiciones de igualdad, el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran, siempre que tales medidas no impliquen el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y que no se perpetúen después de alcanzados sus objetivos.

Y, al respecto, el Informe de Recomendaciones a Chile del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante, Comité EDR), de reciente publicación,⁴⁶ lamenta que la LAD no prevea claramente medidas especiales que garanticen el goce pleno e igual de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

Una ley antidiscriminación acorde con las obligaciones internacionales de Chile debiera expresamente autorizar a las autoridades públicas a establecer aquellas medidas especiales temporales que aseguren un efectivo ejercicio de los derechos a los grupos que han sido históricamente más discriminados.

4.4. Balance y jerarquía de derechos

La LAD, en su artículo 2^o, establece que:

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4^o, 6^o, 11^o, 12^o, 15^o, 16^o y 21^o del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa

44 Anne Bayesfsky, "El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional", en *18 ensayos de justicia transicional, Estado de Derecho y democracias*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2005, p. 33.

45 El CEDAW, en su Recomendación General 25, precisa el sentido de estas medidas especiales temporales.

46 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/CHL/19-21, del 30 de agosto de 2013, párr. 9.

constitucionalmente legítima.

Esta norma, criticada por el INDH y organizaciones de la sociedad civil,⁴⁷ no posee correlato en los tratados de derechos humanos ni en la jurisprudencia relevante, y puede dar pie a que se interprete de una forma que establezca una jerarquía *a priori* y sin consideración de los hechos en la ponderación de los derechos, que puede resultar problemática respecto al test de proporcionalidad y a la necesidad en una sociedad democrática de justificar las distinciones que se hagan en relación a las categorías sospechosas.

Al respecto, el reciente Informe de Recomendaciones a Chile del Comité EDR ha señalado que la definición de discriminación de la LAD podría dar pie a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de responsabilidad a los autores de estas.⁴⁸ Por ello se estima que ella debiera ser eliminada de la ley.

4.5. Delitos de discriminación

Como se señaló antes, la LAD introduce una agravante en materia penal consistente en realizar un delito motivado por alguna de las categorías que dispone el artículo 2. Si bien esto significa un avance, de acuerdo al Informe de Comité EDR,⁴⁹ es insuficiente para cumplir la obligación del Estado contenida en el artículo 4 de la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial de sancionar toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación.

CONCLUSIONES

El análisis hecho en este capítulo permite concluir que la introducción de la ley constituye un avance en pos de una mayor protección de la igualdad y la prohibición de la no discriminación a las que el Estado de Chile está obligado por el ordenamiento internacional y por su propia normativa nacional, tanto constitucional como legal. En este sentido, el principal punto a destacar de la LAD es la nueva acción antidiscriminación, que facilita el reclamo en los casos de acciones u omisiones discriminatorias respecto a lo estipulado en el

47 INDH, Informe 2012, p. 111.

48 *Ibid.*, párr. 9.

49 *Ibid.*, párr. 10.

derecho vigente. Lo es también la introducción de nuevas categorías de discriminación, como la orientación sexual, la identidad de género y la socioeconómica, que no estaban presentes en nuestro derecho interno, lo que facilita la protección de las minorías y de quienes poseen menos poder de influencia.

Sin embargo, como resulta claro luego de más de un año de vigencia, la ley no posee los instrumentos ni categorías, ni provee los medios a los órganos del Estado para combatir eficazmente los diversos tipos de discriminación existentes en nuestra sociedad, en particular la discriminación estructural. Para ello se requiere no solo una reforma sustantiva a la ley, sino también la creación de una nueva institucionalidad que permita coordinar e impulsar los esfuerzos del Estado para eliminar la discriminación y dar respuesta coherente a los problemas individuales y grupales en este sentido.

En cuanto a ley misma, con independencia de los aspectos institucionales, que hemos desarrollado en otro artículo,⁵⁰ para que sea un mejor instrumento en pos de la acción antidiscriminación se sugieren las siguientes recomendaciones.

RECOMENDACIONES

1. Introducir en la ley, de acuerdo al derecho internacional de los derechos humanos vigente y obligatorio para Chile, las categorías de discriminación directa, indirecta, múltiple o agravada, de facto y de jure, estructural e histórica.
2. Introducir expresamente en la ley u otros instrumentos jurídicos la posibilidad de dictar medidas especiales temporales (acciones afirmativas) a fin de remediar las situaciones de discriminación estructural.
3. Eliminar toda referencia a que en ciertos casos pueden haber discriminaciones arbitrarias legítimas en función del ejercicio de otros derechos.
4. Introducir las definiciones establecidas por los órganos y tribunales internacionales de los nuevos términos de orientación sexual e identidad de género, así como también realizar un esfuerzo para precisar los demás términos que contiene la ley, recogiendo la práctica y normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

50 Coddou y Vial, op. cit.

5. Estudiar y legislar sobre la institucionalidad más apropiada para cumplir la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación.

**INFORME SOBRE
DIVERSIDAD SEXUAL:
LAS VIOLACIONES A LOS
DERECHOS HUMANOS
DE LAS PERSONAS
TRANS EN CHILE***

* Capítulo preparado por Tomás Vial, con la colaboración de Juan José Álvarez y la participación de los alumnos de la UDP, como ayudantes de investigación: Elizabeth Connelly, María Ignacia Macari, Nicole Solar Yáñez y Sebastián García.

SÍNTESIS

El capítulo de diversidad sexual da cuenta de algunos de los aspectos más substantivos y urgentes relativos a asegurar en Chile la igual protección de las personas lesbianas, gay, bisexuales, transexuales, e intersex (LGBTI), con un énfasis especial en un grupo de chilenos y chilenas especialmente discriminados, como lo son las personas trans.

PALABRAS CLAVE: Diversidad sexual, No discriminación, Orientación sexual e identidad de género, Personas trans

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo analiza algunos asuntos relativos a la diversidad sexual contemplados ya en el *Informe 2012*, tales como la sentencia *Atala vs. Chile* y el cumplimiento de ella por el Estado chileno, las insuficiencias del proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja (AVP) y la continuación de la investigación penal en el caso del joven David Zamudio. Pero el grueso del mismo se centra en la situación de los hombres y mujeres trans en Chile y, en particular, en su demanda por un reconocimiento legal de su identidad de género, sin la cual una serie de derechos humanos no pueden ser ejercidos en igualdad por parte de aquellas. Para tales efectos, la sección 1 del capítulo da cuenta, en forma selectiva, de los desarrollos principales en materia de diversidad sexual; la parte 2 establece el marco internacional de los derechos humanos aplicables a la situación de las personas trans; la 3 describe las principales violaciones a los derechos humanos de las que son víctimas las personas trans; la 4 sintetiza el proyecto de ley de identidad de género presentado recientemente al Congreso y lo enjuicia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos; para finalizar con conclusiones y recomendaciones.

1. DIVERSIDAD SEXUAL: AVANCES, INCUMPLIMIENTOS Y OMISIONES

Respecto a las situaciones descritas en el *Informe 2012*,¹ el panorama cubierto en este capítulo abarca situaciones que podrían ser calificadas como de dulce y de grasa. En el *Informe 2012* se dio cuenta de la publicación de la Ley 20.609, Ley Antidiscriminación, en julio de 2012. Como se argumenta en el capítulo de este *Informe*² que analiza el texto de la ley, esta, aunque constituye un avance, resulta insuficiente para cumplir las obligaciones internacionales que Chile ha contraído en material de igualdad y no discriminación. El limitado uso que aparentemente ella ha tenido³ refleja que no basta con la introducción de una acción judicial para comenzar a enfrentar los desafíos que, como sociedad, tenemos en materia de igualdad y no discriminación.

El *Informe 2012* también daba cuenta de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Atala vs. Chile*, en febrero 2012. La sentencia, que sienta un precedente dentro del sistema interamericano al considerar que la orientación sexual y la identidad de género se encuentra dentro de las categorías de discriminación que contiene el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), estableció una serie de obligaciones al Estado de Chile como consecuencia de haberse determinado su responsabilidad. Al respecto, a más de un año y medio de la dictación de la sentencia, el cumplimiento de ella es claramente parcial e insuficiente, como da cuenta el escrito de observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴ y las observaciones de los representante de las víctimas⁵ a los informes de cumplimiento presentados por el Estado de Chile. Como señala la CIDH, las obligaciones de realizar las publicaciones de la sentencia, efectuar un acto público de reconocimiento de la responsabilidad del Estado y de pago de indemnización, costas y gastos, se consideran cumplidas por parte del Estado. No es así en el caso de la obligación de brindar intención médica y psicológica a las víctimas, a lo que, pese a algunos avances, aún no se da pleno y satisfactorio cumplimiento. Tampoco, aprecia la CIDH, se ha dado cumplimiento satisfactorio a la obligación de implementar, dentro de un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios

1 *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Santiago: Universidad Diego Portales, 2012, capítulo sobre “Diversidad sexual y derechos humanos”.

2 Ver “Ley Antidiscriminación: Avances e insuficiencias en la protección de la igualdad y la no discriminación en Chile”.

3 No existe, hasta la fecha, un estudio que muestre cuántas acciones antidiscriminación se han presentado. El caso de más publicidad ha sido el de una pareja lesbiana que fue rechazada en el uso de un motel en Santiago, siendo este finalmente sancionado. Ver 3er Juzgado Civil de Santiago, causa rol C-17314-2012, sentencia del 5 de diciembre de 2012.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Escrito de observaciones sobre cumplimiento de sentencia, 7 de agosto de 2013.

5 Comunicaciones a la Corte IDH, de fechas 30 de mayo de 2013 y 19 de julio de 2013.

públicos, en especial funcionarios judiciales, en los siguientes temas: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI y iii) discriminación: superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Estas exigencias se entienden comprendidas dentro de la obligación del Estado de cumplir con la garantía de no repetición de la violación de un derecho humano.

Como señala la CIDH, si bien se han dado instancias de capacitación de funcionarios públicos, los cursos implementados por el Estado no corresponden de manera concreta a alguno de los aspectos centrales de la medida de no repetición, siendo el primero de ellos que las iniciativas sean permanentes y no esporádicas, debiendo representar una política de capacitación sostenible a largo plazo.

El *Informe 2012* analiza el trágico asesinato del joven Daniel Zamudio, ocurrido en mayo de 2012. La reacción de repudio y horror que provocó su tortura con consecuencias de muerte fue sin duda uno de los factores que llevaron a la aprobación de la Ley 20.609, Ley Antidiscriminación. Como parte de la investigación judicial, cuatro personas fueron formalizadas por el delito de homicidio calificado, solicitándose penas de presidio perpetuo a uno de los imputados, y de 20 y 15 años a los otros. A la fecha de cierre de este *Informe*, se esperaba la apertura del juicio oral, a fines de septiembre.⁶

Por otra parte, si la introducción del Acuerdo de Vida en Pareja⁷ (AVP) por el gobierno del presidente Piñera en 2011 fue considerada en principio un avance en el reconocimiento de la igualdad de trato a las personas LGTBI, y un cumplimiento de su promesa de campaña presidencial, el proyecto no ha logrado aún avanzar desde su estudio en la Comisión de Constitución del Senado, y ha sido, en su redacción presente, objeto de numerosas críticas de parte de las organizaciones de la diversidad sexual.⁸ Así, la Fundación Iguales presentó en agosto del presente año una serie de indicaciones al proyecto. Entre ellas, señaló que el proyecto no reconoce un estado civil, entendiéndose el acuerdo como una especie de contrato, lo que desconoce la igual dignidad de las personas LGTBI en sus relaciones afectivas y de pareja, que debieran ser entendidas como una institución del derecho de familia; el término del AVP debe ser notificado a la contraparte y no meramente unilateral; que, en caso de que uno de los contrayentes se case, esto no puede implicar un término automático del AVP, que deje en completa desprotección a la primera pareja; que las cuestiones litigiosas del AVP deben ser vistas ante un tribunal de familia y no ante un Juzgado

6 *La Tercera*, 19 de junio de 2013.

7 Senado, Boletín 7873-07.

8 Ver Fundación Iguales y MOVILH, Informe anual de derechos humanos de la diversidad sexual, 2012, p. 185

de Letras, como plantea el proyecto vigente.

Las observaciones anteriores dan pie a preguntarse, como se hace en la introducción del *Informe anual de derechos humanos de la diversidad sexual 2012* de MOVILH, si acaso necesitará siempre Chile de crímenes o atropellos de odio con alto impacto nacional e internacional para implementar medidas destinadas a mejorar la calidad de vida de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. La cuestión de si Chile, como Estado y como sociedad, está dispuesto a dar a sus ciudadanos LGTBI un trato igualmente digno al de los demás miembros de la comunidad nacional aún está pendiente. Y, como veremos a continuación, esta deuda es particularmente seria en el caso de los hombres y mujeres trans.

2. MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLES A LAS PERSONAS TRANS

El marco del derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile y que es aplicable a la situación de las personas trans, incluye aquellas normas que aseguran la igualdad y la no discriminación a todas las personas. Como se destaca en el capítulo de este *Informe* relativo a la Ley Antidiscriminación (LAD), existen numerosas convenciones internacionales que prohíben la discriminación en términos generales, como, por ejemplo el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y otras que tienen como objetivo central la prohibición de la discriminación por un motivo particular, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDM). A nivel del sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene la aplicación más general, además de estar Chile obligado a la jurisprudencia de su corte, la Corte IDH. La Convención, en forma similar al PIDCP, contiene en su artículo 1 una cláusula general que asegura la no discriminación respecto a los derechos consagrados en ella y una norma independiente, en su artículo 24, que asegura la igualdad ante la ley y a la igual protección.

En estos cuerpos no se prohíbe expresamente la discriminación por identidad de género y expresión de género. Ha sido la jurisprudencia de las cortes y de los organismos encargados de aplicar esos tratados la que ha precisado cuándo y cómo se entiende que existe ese tipo de discriminación. Así, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, órgano aplicador el PIDESC, en su Observación General 20, expresamente señala que el término “otra condición social” contenido en el artículo 2.2 del PIDESC, relativo a la no discriminación,

reconoce también la identidad de género, agregando que las personas transgénero, transexuales e intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.⁹

En el sistema interamericano, la decisión más relevante al respecto ha sido la del caso *Atala vs. Chile*, en el cual la Corte IDH expresamente señaló que dentro de las categorías prohibidas por la Convención se encuentra la orientación sexual y la identidad de género,¹⁰ en base a una interpretación evolutiva y más favorable al ser humano, de la expresión “otra condición social” contenida en el artículo 1.1 de la CADH.

A nivel regional es también relevante la muy reciente Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en junio de este año y que Chile aún no ratifica, pues en ella expresamente se incorpora como categoría de discriminación, en su artículo 1, la identidad y expresión de género.

Sin perjuicio de que estas convenciones no definen qué se entiende por “identidad de género” o “expresión de género”, son numerosas las declaraciones de los órganos de los sistemas de la ONU y de la OEA que las precisan y señalan además la prohibición de discriminación al respecto.

Las definiciones aceptadas en el sistema interamericano han sido las que establecen los Principios de Yogyakarta, acordados en una reunión de expertos en esa ciudad de Indonesia en 2007.¹¹ Los términos propuestos por esa declaración han sido recogidos por un estudio realizada por la CIDH a petición de la Asamblea General de la OEA, sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género¹² de 2012.

En ellos la identidad de género se define como:

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

9 ONU, Comité DESC, Observación General 20, E/C.12/GC/20, 2009.

10 Corte IDH, caso *Atala vs. Chile*, párr. 91.

11 Principios de Yogyakarta. Principios sobre aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

12 CIDH, Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y expresiones relevantes, 2012.

hablar y los modales.

De este modo, la identidad de género implica una separación entre lo que se entiende por sexo y género. El estudio señala que el término “sexo” se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”,¹³ a “sus características fisiológicas”,¹⁴ a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres”.¹⁵ El término género, en cambio, y a diferencia del sexo, se entiende como una construcción social. Aquí el estudio cita al Comité de la Convención Contra Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, que ha señalado “que se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”.¹⁶

En junio de este año, la Asamblea General de la OEA, en su declaración “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”,¹⁷ toma nota de este estudio y expresamente condena la discriminación contra personas por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género, siendo esta la sexta declaración consecutiva de la Asamblea General, desde 2008, que condena la discriminación por estos motivos.

Simultáneamente, la Asamblea había pedido al Comité Jurídico Interamericano un estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, evacuado en marzo del presente año en forma de un estudio preliminar,¹⁸ que acoge las categorías de Yogyakarta.

Esta breve síntesis normativa plantea que el Estado chileno está obligado a tratar a las personas trans con la misma consideración y respecto que a los demás habitantes de Chile, sin que pueda haber discriminación alguna a su respecto. Pero, como expondremos en la sección que viene, la realidad actual está muy lejos de eso.

13 *Ibíd.*, p. 3. Citando al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

14 CIDH, Estudio sobre..., *op.cit.*, p. 3., citando al Comité DESC, Recomendación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 20.

15 *Ibíd.*, citando a la Organización Panamericana de la Salud y American University Washington College of Law, El derecho a la salud de los jóvenes y las identidades de género: Hallazgos, tendencias y medidas estratégicas para la acción en salud pública, Washington DC, 2011, p. 7.

16 *Ibíd.*, citando al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general 28, *op. cit.*

17 Asamblea General OEA, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, *ag/res.3807 (xliii-o/13)*.

18 Comité Jurídico Interamericano, Orientación sexual, identidad de género y expresión de género, CJI/doc.41/12. Rev.1

3. SITUACIONES DE VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANS EN CHILE

3.1. Derecho a la identidad y su desconocimiento

Como se señaló antes, la identidad de género se refiere a una profunda vivencia respecto a cómo la persona se representa e identifica a sí misma. Y esta representación es parte integrante de la identidad de la persona, como un todo. Esto tiene consecuencias en cómo la persona se denomina, como se expresa físicamente, en sus roles y acciones en el mundo. Como señalara la profesora Dra. Ximena Gauche ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado, al analizar el proyecto de ley sobre identidad de género que conoce dicho cuerpo, citando al profesor peruano Carlos Fernández Sessarego: “la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a una persona en cuanto específico ser humano. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias y actitudes de cada persona. Es lo que la define en sus relaciones sociales”.¹⁹

En el presente la legislación chilena, a diferencia de otros países,²⁰ no reconoce la identidad de género y, por consiguiente, se niega que una persona pueda cambiar su sexo registral y su nombre en razón de esa circunstancia.

El procedimiento que hoy existe y se emplea para lograr ese propósito, como veremos, no está pensado para reconocer la identidad de género y permite –y en verdad constituye por sí mismo– una infracción a esa identidad.

La Ley 17.344 permite el cambio de nombre y de apellido por una sola vez, en función de que el nombre registrado en el Registro Civil caiga en alguna de las tres circunstancias que precisa su artículo 1°:

- a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o menoscaben moral o materialmente;
- b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios, y

19 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, “Informe sobre proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, 27 de agosto de 2013.

20 Por ejemplo, Uruguay, Derechos a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios, Ley 18.620; Argentina, Ley que Establece el Derecho a la Identidad de Género de las Personas, Ley 26.473; España, Ley Reguladora de la Rectificación registral de la mención relativa al Sexo de las Personas, Ley 3/2007.

- c) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.

A su vez, la Ley 4.809 de Registro Civil permite, en su artículo 17, modificar la inscripción cuando ella “contenga omisiones o errores manifiestos”.

De acuerdo a ambas normativas, se debe presentar una demanda ante un tribunal civil. Para tramitarla, los jueces solicitan que se muestre que ha habido un cambio de sexo, cirugías de reasignación genital (CRG) y que exista una disforia de género, es decir, un sexo asumido como distinto al biológico. Para ello solicitarán informes al Instituto Médico Legal que certifiquen el cambio de sexo y la disforia. Si no se comprueban ambas, los tribunales pueden rechazar la petición o solo aceptar el cambio de nombre, pero manteniendo el registro original en materia de sexo. Esto crea la situación de que una persona aparezca con cédula de identidad con un nombre masculino pero esté registrada como mujer o viceversa.

Como se aprecia, la normativa claramente no está diseñada para reconocer la decisión de la persona de identificarse con un género u otro, sino que posee otros propósitos. Asimismo, para lograr el cambio de registro, la práctica judicial exige someterse a una serie de operaciones y tratamientos médicos, como la extirpación de órganos y el tomar hormonas, lo que claramente constituye una infracción de varios derechos humanos, como se pasa a analizar.

El primero de ellos es el derecho a la integridad física y psicológica, contenidos, entre otras normas internacionales vinculantes para Chile, en el artículo 5 de la CADH. La exigencia de someterse a operaciones médicas profundamente invasivas, que implican además la mutilación de partes del cuerpo, y tratamientos hormonales que modifican las llamadas características secundarias, como vello y voz, infringen directamente el derecho de las personas a no ser intervenidas en esos aspectos.

No solo la exigencia de operación, sino también la de exámenes ante el Instituto Médico Legal “constituyen actos de seria violencia física, emocional y psicológica de la persona”.²¹ Lo anterior constituye una grave infracción al derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes reconocido en el PIDCH, en su artículo 7, y en la CADH, en su artículo 5.2.

21 Incitativa por los Derechos Sexuales, “Informe sobre Chile. Violación de los DD.HH. de las personas transexuales. Quinta Ronda del Examen Periódico Universal ONU”, 2009.

3.2. Derecho al nombre

Estrechamente ligado a la identidad está el derecho al nombre. Al respecto, la CADH reconoce, en su artículo 18, que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La negativa del Estado a reconocer la identidad de género implica también el desconocer el derecho de las personas trans a tener un nombre que represente su verdadera identidad y no el que se le impuso al momento de inscribirla en el Registro Civil.

3.3. Derecho a la salud

Las personas trans sufren particularmente en materia de derecho a la salud. Por una parte, debido a la falta de reconocimiento de su identidad, son constantemente discriminados y vejados en los servicios de salud.²² El Ministerio de Salud ha emitido circulares que buscan asegurar un trato respetuoso y digno, pero ellas no son aplicadas por los servicios de salud.²³ Por otra parte, la necesidad, hoy impuesta por la práctica judicial, de modificar su cuerpo a fin de ajustar su sexo biológico a su identidad de género, implica costosas y largas intervenciones quirúrgicas y farmacológicas. Dado que muchas personas trans son pobres, entre otras razones por la discriminación en materia laboral, no poseen los recursos para pagar esos tratamientos.

La situación anterior constituye una violación del derecho a la salud garantizado en el artículo 12 del PDESC, que dispone que los Estados partes en el pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

3.4. Derecho a la educación

La falta de reconocimiento de la identidad de las personas trans tiene efectos desde muy temprano en sus vidas, afectándolas decisivamente en su derecho a obtener una educación. Desde que se comienza a manifestar una identidad de género diferente al sexo biológico, los jóvenes trans comienzan a ser acosados y rechazados de tal forma que ello redundará con frecuencia en el abandono del sistema escolar o/y en intentos de suicidio. A diferencia del sector salud, en materia educativa no existen protocolos o instructivos de parte del Ministerio de Educación que entreguen directrices en esta materia, lo que constituye una grave omisión por parte del Estado en cuanto a asegurar el derecho a la educación y la integridad física y psíquica de los niños y niñas

22 OTD e International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC), "Violaciones de derechos de las personas lesbianas, bisexuales y transexuales (LBT): Un informe sombra", (2012), p. 20.

23 *Ibíd.*

trans. Adicionalmente, los programas de educación sexual aprobados por el Ministerio carecen de un enfoque común, acorde con los derechos humanos, sobre las personas trans.

3.5. Derecho al trabajo

La falta de una educación adecuada y la discriminación en el trabajo de las personas trans en razón de la diferencia entre la identidad asumida (con operación o no) y lo que señala su cédula de identidad, son causa de una discriminación²⁴ respecto al derecho a tener un empleo digno, contenido en el artículo 16 del PDESC, que asegura el derecho a trabajar, el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

4. PROYECTO DE LEY SOBRE IDENTIDAD DE GÉNERO

En diciembre de 2012 se presentó una moción parlamentaria²⁵ en el Senado apoyada por las senadoras Lily Pérez y Ximena Rincón, y los senadores Camilo Escalona, Ricardo Lagos y Juan Pablo Letelier. Dicha moción había sido redactada por la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), con el apoyo de la Fundación Iguales. Actualmente, el proyecto está radicado en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, en primer trámite constitucional, la que ha emitido su primer Informe aprobando en general el proyecto.

A continuación se hará una descripción del proyecto y se analizará su contenido a la luz de derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, de los principios de Yogyakarta.

4.1. Derecho a identidad de género y definición del concepto

El artículo 1º del proyecto establece el derecho a la identidad de género en los siguientes términos. La titularidad del derecho a la identidad de género se predica solo respecto de las personas naturales, de modo que solo aquellas podrán reclamar este derecho ante los tribunales. En cuanto al contenido del derecho, el inciso primero de la norma establece que a) toda persona tiene derecho al reconocimiento y protección de su identidad de género; b) toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible; c) toda persona tiene derecho a ser tratada en conformidad a su identidad de género, y en particular a ser reconocida e identificada de ese modo

²⁴ Ibid., pp. 17-18.

²⁵ Senado, Boletín 8924-07.

en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto del nombre y sexo.

Al respecto, el tercer Principio de Yogyakarta sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica dispone que “las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y libertad”. En similar sentido se pronuncia el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su reporte sobre leyes, prácticas y actos de violencia discriminatorias contra las personas por su orientación sexual y la identidad de género. El artículo 1º de la Ley 26.743 de Argentina, a su vez, establece el derecho a la identidad de género, prescribiendo que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su identidad de género, y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo que allí son registrados.

El inciso segundo del artículo 1º del proyecto manifiesta que toda norma o procedimiento de naturaleza administrativa o judicial deberá respetar el derecho a la identidad de género de las personas, de modo tal que ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer requisitos no contemplados para el ejercicio de este derecho, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso del mismo.

En este sentido, el mismo tercer Principio de Yogyakarta establece que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona –incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos– reflejen la identidad de género profunda que la persona define para sí. Adicionalmente, este principio señala que los Estados deben garantizar la existencia de programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén atravesando por una etapa de transición o reasignación de género, cuestión que omite el precepto en comento. Si bien hay escasa normativa internacional y comparada acerca de la identidad de género, el proyecto la reconoce como un derecho, al igual que las leyes de identidad de género argentina y francesa. Por el contrario, la mayoría de las legislaciones europeas no reconocen el derecho a la identidad de género, limitándose únicamente a establecer procedimientos judiciales y administrativos para solicitar la rectificación del

nombre contenido en los registros públicos o bien la posibilidad de que los servicios de salud practiquen operaciones de reasignación de género bajo ciertas presuposiciones legales.

El artículo 2º del proyecto introduce por primera vez en forma explícita una definición de identidad de género, en los mismos términos que propone los principios de Yogyakarta y recogidos, como se mencionó antes, por los órganos del sistema interamericano. Así, esta se entiende como 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.

4.2. Procedimiento judicial

El artículo 3º del proyecto define el procedimiento para el cambio de nombre y sexo registral al señalar que toda persona podrá obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, cuando no coincidan con su identidad de género. Como se señaló antes, esto es coincidente con el tercer principio de Yogyakarta, que menciona que los Estados tienen el deber de garantizar a todas las personas el ejercicio del derecho a la identidad de género, particularmente confiriéndoles capacidad jurídica en asuntos civiles. Además, los Estados tienen la obligación de asegurar que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas.

El artículo 4º establece los requisitos necesarios para el ejercicio del derecho, al indicar que toda persona podrá solicitar por escrito la rectificación de su partida de nacimiento, el cambio de sexo, nombre y de las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o de cualquier otro instrumento con los que esté registrada, en virtud de la ley propuesta, cuando el sexo y nombre registrado no coincidan con su identidad de género. Agrega que será suficiente para fundar la solicitud el ofrecimiento de información sumaria, sin perjuicio de todo antecedente documental que se quiera acompañar por el o la solicitante. Se deja especialmente establecido que, para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo, no será exigible por el tribunal el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos.

En términos generales, esta norma se encuentra en armonía con los

Principios de Yogyakarta y las Recomendaciones del Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

Sin embargo, a diferencia de la mayoría de las legislaciones europeas, no presenta una lista taxativa de requisitos necesarios para ejercer el derecho a la identidad de género. En efecto, una característica común a la mayoría de los países es el establecimiento de trámites legales y médicos para el reconocimiento del género. La Ley 3/2007 sobre la Rectificación Registral Relativa al Sexo de las Personas española, la Ley de Reconocimiento de la Identidad de Género francesa, la Ley 7/2011 sobre el Procedimiento de Cambio de Sexo y de Nombre en el Registro Civil portuguesa y la británica *Gender Recognition Act*, exigen un conjunto de requisitos que discriminan y restringen injustificadamente la posibilidad de que personas transexuales, transgéneros o intersexuales puedan acceder al libre ejercicio de este derecho. La mayor parte de los países de la Unión Europea exige que todo individuo que solicite la modificación de su partida de nacimiento o que los servicios de salud le provean los medios necesarios para la realización de una operación de reasignación de género, debe cumplir con una serie de exigencias: mayoría de edad –o madurez legal–, estatus civil de soltero, tratamientos hormonales, ser estéril, autorización psiquiátrica y psicológica, nacionalidad del país en cual se realiza la solicitud, diagnósticos acerca del entorno social del solicitante, y cirugías sexuales y corporales previas, entre otros. Todos estos requisitos resultan contradictorios con las normas y estándares internacionales sobre derechos humanos, pues atentan contra el derecho a la honra, dignidad, igualdad y no discriminación.

El artículo 5^o del proyecto establece que el tribunal competente para conocer de la petición será el juez de familia del domicilio del peticionario. Se escogió esta jurisdicción y no la ordinaria civil, como ocurre en el presente, según se expresó en la Comisión de Derechos Humanos, por ser esta sede más especializada en asuntos de estado civil.²⁶

En cuanto a la tramitación, el artículo 6^o señala que, una vez recibida, el juez ordenará que se publique un extracto en el Diario Oficial. Dicho extracto será redactado por el tribunal y deberá contener la individualización del o la solicitante, la indicación de que se solicita la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto a cambiar de sexo y nombre, y la fecha en que dicha solicitud se ha efectuado.

El mismo artículo dispone que, dentro del plazo de quince días corridos contados desde la publicación del aviso, cualquiera podrá oponerse a la solicitud. La razón de permitir la oposición es, como se señaló en la Comisión de Derechos Humanos,²⁷ el resguardar el interés de

26 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, op. cit., p. 15.

27 *Ibid.*, p. 16.

terceros y velar por la seguridad jurídica de la sociedad. Pero, a fin de impedir que la oposición lo sea por razones injustificadas que entorpezcan ilegítimamente el derecho a la identidad de género, se regula en forma precisa las causales para oponerse. Así, la oposición deberá formularse por escrito ante el mismo tribunal y fundarse en una de las dos causales siguientes: a) existencia de un perjuicio directo o indirecto de carácter moral o patrimonial que afecte al opositor a consecuencia del cambio de sexo y género del o la solicitante; b) existencia de una causa criminal pendiente entre el opositor y el o la solicitante.

Si no hubiere oposición, el juez procederá, con conocimiento de causa, previa información sumaria, que acredite que el o la solicitante es conocido en sus relaciones sociales con una identidad de género que no coincide con su sexo registral. Si hubiere oposición, ella se tramitará en forma incidental y en cuaderno separado.

Se señala también, en el mismo artículo, que en ningún caso podrá el tribunal decretar de oficio que se realicen exámenes médicos ante el Servicio Médico Legal u otra repartición para formar su convencimiento sobre la solicitud.

4.3. La sentencia y sus efectos

El artículo 7^o precisa que, una vez recibida la prueba ofrecida y cumplidas las diligencias de oficio decretadas por el tribunal, el juez decretará, mediante resolución fundada, si acoge o no la solicitud, en el plazo de sesenta días. Si el tribunal acoge la solicitud, ordenará que se rectifique la partida de nacimiento del peticionario, procediendo al cambio de su sexo y su nombre, oficiando al director del Registro Civil e Identificación a fin de que realice las rectificaciones y proceda a emitir un nuevo registro de identidad para el peticionario y que informe en el plazo de veinte días hábiles desde la rectificación en la partida de nacimiento, del cambio de sexo y nombre al Servicio Electoral para la corrección del padrón electoral; al Servicio de Impuestos Internos; a la Tesorería General de la República; a la Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile. Rectificada la partida de nacimiento y el sexo y nombre, el peticionario deberá concurrir en forma personal a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, con copia autorizada de la sentencia, para que este Servicio emita nuevos documentos de identidad, con una nueva fotografía, los que reemplazarán para todos los efectos legales a los documentos de identidad anteriores, que no podrán ser usados o exhibidos bajo ninguna circunstancia y en ninguna repartición pública o privada. Se agrega que la rectificación de la partida de nacimiento no afectará el número de rol único nacional del peticionario.

Los efectos jurídicos de la rectificación de sexo y nombre se de-

terminan en el artículo 8º, señalándose que serán oponibles a terceros desde el momento en que se extienda la nueva inscripción en conformidad al artículo 104 del DFL 2.128 del 10 de agosto de 1930. Se dispone que la nueva inscripción en la partida de nacimiento no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción de ese cambio. Y tampoco afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables.

A fin de evitar el posible abuso del procedimiento, se determina que el uso malicioso de los primitivos nombres y la utilización fraudulenta del nuevo nombre para eximirse del cumplimiento de obligaciones contraídas con anterioridad al cambio de ellos, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

4.4. Obligación de trato respetuoso y derecho a confidencialidad

El artículo 9º del proyecto establece que ninguna persona o institución pública o privada podrá negarse a atender o dar un trato respetuoso o contrario a la dignidad humana a personas en razón de su identidad de género, ni obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos establecidos en esa ley. Esta disposición está sin duda en concordancia con la prohibición de discriminación que establece la Ley 20.698, Ley Antidiscriminación. Asimismo, cumple con el décimoséptimo Principio de Yogyakarta que dispone que los Estados deben asegurar que “los establecimientos, productos y servicios para la salud estén diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades, y que las historias clínicas relativas a estos aspectos sean tratadas con confidencialidad”.

El artículo 10 versa sobre la obligación de confidencialidad que tienen las autoridades administrativas respecto de la identidad de género de la persona. Se establece que solo tendrán acceso al acta de nacimiento y a las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuraran originalmente en los registros oficiales, quienes cuenten con autorización expresa del o la titular, o con orden judicial fundada, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada, en los casos en que esta sea aplicable.

Esta disposición no es frecuente en la legislación acerca de la identidad de género: la mayor parte de los países europeos y sudamericanos no consignan un derecho a la confidencialidad traducido como un derecho a la privacidad o a la intimidad en casos de cirugías de

reasignación de género o cambio de nombre. La excepción es el caso argentino, que en el artículo 9º de la Ley 24.743 confiere un derecho a la confidencialidad que solo podrá ser limitado por quienes cuenten con la autorización del/la titular o con orden judicial por escrito y fundada. Este precepto se encuentra en armonía con el sexto Principio de Yogyakarta sobre el derecho a la privacidad que tienen todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, sin injerencias arbitrarias o legales. Este principio prescribe que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar el derecho de cada persona a la privacidad. En específico, los Estados deben garantizar “el derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla”.

4.5. Derecho a tratamiento médico

El artículo 11 y final del proyecto enuncia el derecho al libre desarrollo personal, disponiendo que todas las personas, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa y sin perjuicio de lo que establece la ley, podrán, si lo estiman necesario, acceder a intervenciones quirúrgicas o a los tratamientos integrales hormonales que deseen para adecuar su cuerpo a su identidad de género, bastando para ello que la persona preste su consentimiento informado, de conformidad a lo establecido en la Ley 20.584.

El objetivo de esta norma es completar el derecho al ejercicio de la identidad de género, indicando que todo individuo tiene el derecho a solicitar que se modifique su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, el acceso a intervenciones quirúrgicas y a los tratamientos hormonales que para ello resulten necesarios, sin necesidad de solicitar una habilitación judicial o administrativa previa. Este precepto es semejante, aunque tal vez menos específico, al artículo 11 de la ley argentina.

Esta norma sintoniza con el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y psíquica garantizado por varios tratados internacionales sobre derechos humanos, incluido el PIDESC. Empero, la población trans no consigue que estos derechos logren ser efectivamente respetados. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que una de las tareas prioritarias en la materia consiste en que los Estados garanticen la posibilidad de que los sujetos trans puedan someterse a cirugías de reasignación de género, a los tratamientos hormonales que para ello se requieran, a depilaciones definitivas y a

otras intervenciones médicas que resulten necesarias (v.gr., van Kück vs. Alemania). En varios países de la UE solo se permite que un establecimiento de salud proporcione tratamientos de reasignación de género, dificultando nuevas investigaciones y la calidad de la atención, privando a las personas trans de la posibilidad de elegir dónde practicarse dicha intervención. Así, en ocasiones, no tienen más remedio que acudir a países extranjeros para cambiar de sexo, dificultando el reembolso de estos gastos por su seguro médico.

Otro aspecto relevante a tener en cuenta dice relación con los protocolos que los sistemas de salud elaboran para acceder a la cirugía de reasignación de género. La existencia de normas médicas que establecen condiciones mínimas para acceder a esta operación se traduce en que la misma es vista como necesaria para eliminar una característica patológica del individuo, debiendo someterse a exámenes genitales, psicológicos, psiquiátricos e incluso biográficos. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) informa que al menos un cuarto de los transexuales que solicitan una operación de cambio de sexo son víctimas de trato hostil por parte de profesionales sanitarios. Para evitar este tipo de situaciones, el inciso final del artículo 11 del proyecto de ley dispone que toda intervención médica, quirúrgica u hormonal que se realice el individuo a fin de adecuar su cuerpo a la identidad con la cual se identifica está sujeta a la Ley 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes en el sistema de salud. Esto quiere decir que toda persona que pretenda ejercitar este derecho tendrá para sí, en cualquier caso, los derechos y las obligaciones que la ley confiere al paciente en toda acción relacionada a su atención en los servicios públicos o privados de salud.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis realizado a través de este capítulo permite concluir que, en general, asegurar un igual respeto a las personas LGTBI es aún una promesa incumplida por parte del Estado chileno. El no reconocimiento igual de sus relaciones afectivas y la falta de una política permanente por parte del Estado para capacitar a sus funcionarios sobre las discriminaciones en razón de la orientaciones sexual y la identidad de género, son muestras de una actitud estatal que no es consistente con las obligaciones que Chile ha contraído con la comunidad internacional ni aun con su propio derecho interno. Esta omisiones de los deberes de respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas LGTBI se muestran en toda su gravedad en el caso de las personas trans, las que, por la falta de reconocimiento de su propia definición personal en materia de género, sufren algunas de las más graves vio-

laciones de los derechos humanos que un Estado puede cometer, particularmente en relación a la integridad física y psíquica, a la salud, la educación y el trabajo.

Estas conclusiones permiten efectuar las siguientes recomendaciones al Estado:

1. Otorgar el más pleno y eficaz reconocimiento e igual protección a la identidad y expresión de género de las personas trans, por medio, entre otros, de la aprobación de una ley de identidad de género.
2. Asegurar que en la prestación de salud, la educación y el trabajo las personas trans sean tratadas con igual respecto y consideración, reconociendo siempre su identidad de género.
3. Cumplir íntegramente las obligaciones impuestas al Estado por el Fallo de la Corte IDH en el caso *Atala*, en particular, la obligación de establecer una política permanente de capacitación de los funcionarios públicos, con especial énfasis en los funcionarios judiciales.
4. Modificar el contenido presente del AVP de acuerdo a las observaciones hechas por las organizaciones de la diversidad sexual, a fin de convertirlo en un instrumento que reconozca efectivamente la igual dignidad de la relaciones de pareja de las personas LGTBI.

