

Ejercicio de derechos sin discriminación

4

1. Personas privadas de libertad y reinserción social
2. Derechos de las personas jóvenes
3. Pueblos indígenas en contextos urbanos
4. Derechos de las personas migrantes
5. Derechos de las personas trans

1

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL



Fotografía: Enrique Cerdá

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y REINSERCIÓN SOCIAL

ANTECEDENTES

Chile es de los países de la región que cuenta con tasas más altas de encarcelamiento de personas (International Centre for Prison Studies)¹. Los estudios muestran que la prisión, como herramienta principal de lucha contra la delincuencia, no es una política eficaz, y además contribuye al deterioro de los vínculos de las personas privadas de libertad, en la medida en que los aísla aún más del contexto social que podría darles eventualmente un espacio de integración, formación y desarrollo (Wacquant, 2012; Wacquant, 2010; Comfort, 2008).

Uno de los ámbitos de especial relevancia de cualquier política pública que persiga disminuir la delincuencia callejera a corto, mediano y largo plazo, dice relación con las oportunidades de reinserción social de las personas privadas de libertad, a los fines de que al salir de prisión puedan buscar un trabajo y rearmar sus vidas con mayores y mejores herramientas. En este sentido, la Comisión IDH ha señalado que “[R]esulta fundamental que la privación de libertad tenga objetivos bien determinados, que no puedan ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni aún bajo el manto de poder disciplinario que les compete y, por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social” (Comisión IDH, 2011).

Las condiciones de flagrante deterioro de las cárceles en Chile son motivo de preocupación permanente del INDH, el que ha realizado desde su instalación en el año 2010, diversas acciones a los fines de monitorear las condiciones carcelarias y promover el respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Un nuevo ejemplo de este deterioro fue el incendio ocurrido en la cárcel de Quillota el 13 de agosto de 2013, el cual dejó a 24 internos heridos y consumió varios módulos del penal, recordando la tragedia de San Miguel y la urgencia de una modernización del sistema penitenciario. Dicho incidente dejó en evidencia nuevamente la situación de hacinamiento que afecta a ciertos recintos carcelarios, así como también la necesidad de cambios estructurales que permitan otorgar una debida protección a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, y a los de las personas que trabajan en el sistema penitenciario.

En este contexto se deben destacar los esfuerzos realizados por el Ministerio de Justicia, que en mayo de 2013 dio lugar a la primera sesión del Consejo para la Nueva Política Penitenciaria, en el cual la Ministra Patricia Pérez realizó un balance de la gestión de modernización de Gendarmería y presentó la nueva perspectiva adoptada por el Ministerio, la cual tiene como directriz “el respeto de los DDHH de las personas privadas de libertad, la disminución de la sobrepoblación en las cárceles y el esfuerzo por incorporar programas laborales y educativos al interior de los recintos penitenciarios”². A ello se suman los cambios desarrollados por Gendarmería de Chile, destacándose los programas y

¹ De acuerdo con cifras del 2011, la tasa es de 305 personas por cada 100.000 habitantes.

² Sesionó por primera vez en el año el Consejo para la Nueva Política Penitenciaria, www.minjusticia.gob.cl/n1238_22-05-2013.html

planes de capacitación y especialización para funcionarios/as implementados por la recientemente creada Unidad de Derechos Humanos.

En años anteriores, el INDH revisó algunos aspectos de la situación de las personas privadas de libertad, en particular sobre condiciones carcelarias (INDH, 2011). Este año se analizan las medidas orientadas a la reinserción en la sociedad de las personas privadas de libertad. Para ello se hará una revisión de los principales estándares internacionales y de los programas de reinserción desarrollados por el Estado de Chile.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

Diversos tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vinculantes para el Estado de Chile consagran normas específicas respecto de las obligaciones en materia de reinserción y rehabilitación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra, en su artículo 10.3, que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Lo señalado supone la obligación para el Estado de adoptar medidas necesarias para asegurar la reincorporación de la persona privada de libertad a la sociedad y a su comunidad. Esta norma se ve reforzada por lo establecido en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las cuales establecen directrices para una buena organización penitenciaria y un tratamiento respetuoso y digno para los encarcelados/as³. Destacan particularmente en materia de reinserción y rehabilitación las reglas consagradas entre los números 58 y 61 que reproducen el fin de las medidas privativas de libertad y el régimen aplicable. En particular, la regla 58 dice relación con la justificación de la medida privativa de libertad indicando como fin último el “proteger a la sociedad contra el crimen”. En efecto, la norma destaca la necesidad de prevenir la reincidencia en

el delito como una manera de garantizar la seguridad social. Luego, la regla 59 señala específicamente que, en el marco de un régimen penitenciario, se deben considerar las necesidades de los individuos y brindar un tratamiento particular a través de diversos medios de asistencia, los cuales pueden ser de carácter “curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza...”. Por su parte, la regla 60.2 hace referencia directa al deber del Estado en torno a garantizar un retorno progresivo a la vida en sociedad y la importancia de desarrollar una intervención durante el cumplimiento de la pena con el fin de preparar el retorno al medio libre. La regla 61 destaca la necesidad de desarrollar una política de rehabilitación en la cual participen diversos actores, aludiendo al principio de cooperación entre organismos de la comunidad y los establecimientos penitenciarios. A ello se suma el rol de apoyo que cabe a la familia de la persona privada de libertad, el cual deberá ser propiciado por el recinto penitenciario a través de los trabajadores sociales.

A las reglas descritas se suman los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁴. Específicamente el Principio XIII referente a la educación y actividades culturales señala que “Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales. (...) Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán en los lugares de privación de libertad, de manera progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la enseñanza secundaria, técnica, profesional y superior; igualmente accesible para todos, según sus capacidades y aptitudes (...) a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad”.

Respecto de la situación particular de las personas privadas de libertad pertenecientes a pueblos indígenas, el Convenio 169 (OIT) establece en el artículo 10: “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”.

³ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

⁴ Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

En la medida en que la sanción penal tiene como fin lograr la reinserción social de las personas, el Estado debería contemplar planes de reinserción que observen la etnicidad del sujeto con el fin de diseñar e implementar un programa que considere las implicancias culturales, lo que no existe a la fecha.

Por su parte, la Constitución Política de la República consagra normas sobre aspectos esenciales de la privación de libertad, mas no contiene referencia directa a la reinserción o rehabilitación de las personas condenadas⁵. Por su parte, la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile señala en su artículo 1 que “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”. De la misma forma el Reglamento de establecimientos penitenciarios, en su artículo 10, determina los principios que rigen la organización de los recintos carcelarios, destacando en el ámbito de reinserción y rehabilitación el consagrado en la letra b) que indica que “el desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados”⁶.

Antes de abordar la situación a nivel nacional es necesario precisar algunos conceptos. Si bien se suelen utilizar los términos reinserción y rehabilitación indistintamente, incluso como sinónimos, cada uno de ellos alude a distintos tipos de intervención con diferentes propósitos, en los cuales se aprecian diversas conceptualizaciones a nivel doctrinario.

La reinserción social ha sido definida como “Un proceso sistemático de acciones que se inician desde el ingreso de una persona a la cárcel y continúan con posterioridad a su retorno a la vida libre. Este proceso busca incidir en la mayor cantidad de factores individuales y sociales que puedan haber colaborado con el involucramiento de una persona en actividades delictuales. La reinserción cumple

con los objetivos de favorecer la integración del ex recluso a la sociedad y de mejorar la seguridad pública”⁷. Existen diversas concepciones sobre qué debe entenderse por la palabra “reinserción”. A nivel doctrinario se afirma que “en la literatura se encuentra que el concepto puede, al menos, tener tres sentidos: uno de corte valórico que remite a la necesidad de insertar y aceptar en la sociedad libre, a una persona que ha infringido la ley; otro que habla de prestaciones de servicios que permitan a los exreclusos acceder a facilidades sociales en su regreso a la comunidad; y un tercero que da cuenta de un proceso dinámico bidireccional en que la persona regresa a la vida en libertad, al mismo tiempo que la sociedad (entendida como un conglomerado de agencias públicas, privadas y sociedad civil) facilita dicho proceso. En un intento por integrar las diferentes nociones, por reinserción puede entenderse tanto el sentido social de integración a la sociedad de personas que han infringido la ley, así como las prácticas que lo facilitan y las instituciones y personas que inciden y participan en ella” (Villagra Pincheira, 2008). Por su parte, en relación con el concepto de rehabilitación, la doctrina afirma que “cuando se aplica al contexto criminal el término debería utilizarse solo para situaciones como la rehabilitación respecto de un consumo de drogas, por ejemplo. De modo contrario, su uso amplio e indiferenciado alude, finalmente, a la idea positivista de criminal como sinónimo de enfermo social al que se debe rehabilitar para volver normal” (Villagra Pincheira, 2008).

Así, el concepto de reinserción no debe analizarse en forma aislada, dado que uno de sus principales propósitos se refiere a evitar la reincidencia delictiva, y de esa forma alcanzar la seguridad pública. El nexo entre reinserción y reincidencia no es lineal: “la reincidencia delictiva —en tanto indicador mayoritariamente utilizado para la evaluación de estrategias de reinserción— ha demostrado ser un factor complejo, multicausal y multivariado. (...) En la medida que el diseño de estrategias de reinserción sea una labor planificada, estructurada y participativa, aumentan las probabilidades de éxito en la obtención de logros en el mediano y largo plazo” (Villagra Pincheira, 2008). Cabe entonces destacar la necesidad de

5 Algunas Constituciones contienen referencias expresas a la finalidad de las penas privativas de libertad. Por ejemplo: Constitución de la República Oriental del Uruguay, art. 26; Constitución del Perú art. 139.22; Constitución de los Estados Unidos Mexicanos art. 18.

6 Decreto 528 de 21 de agosto de 1998, última modificación de 20 de diciembre de 2011.

7 Sistematización de la experiencia año 2012, Mesa de trabajo intersectorial por la reinserción social y laboral de personas que infringen la ley penal.

establecer lineamientos claros para los programas de reinserción, con una institucionalidad adecuada, una participación integral de los diferentes actores de la comunidad y adecuada para las distintas etapas del proceso.

SITUACIÓN NACIONAL: SISTEMAS Y PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN

Los programas de reinserción y rehabilitación son desarrollados por la Subdirección Técnica de Gendarmería que “tiene su énfasis enfocado en contribuir a mejorar la gestión penitenciaria, a través de una efectiva reinserción social de los infractores de ley, mejorando de esta forma los índices de reincidencia, comprometiendo un trato digno de las personas privadas de libertad y en el respeto y promoción de los derechos humanos” (GENCHI, 2012). La Subdirección está integrada por subdepartamentos y unidades, estas son: el Departamento de Reinserción al Sistema Abierto, el Departamento de Reinserción al sistema cerrado, el Departamento Post Penitenciario, el Departamento de Monitoreo Telemático, la Unidad de Protección y Promoción de los derechos humanos y la Unidad de estadísticas. Cada uno de los departamentos tiene a su cargo la implementación de determinados programas según el sistema al cual se encuentre sujeto el interno/a.

En la práctica, que sea Gendarmería la institución encargada de los programas de reinserción ha sido cuestionado por diversas razones (Droppelmann, 2012). Por una parte, la principal función de Gendarmería es garantizar la seguridad al interior de los recintos carcelarios, quedando relegada a un segundo plano su función resocializadora; por otra, desde un punto de vista presupuestario y de infraestructura, se prioriza enfrentar situaciones de seguridad y hacinamiento en desmedro de políticas y programas de resocialización. Conforme a lo señalado en la Memoria 2012 de la Subdirección Técnica de Gendarmería sobre Programas y Acciones de Reinserción, el presupuesto asignado a los programas de rehabilitación y reinserción social fue de M\$9.354.733 que representan el 3,48% del presupuesto total de Gendarmería⁸; el presupuesto ejecutado ascendió a M\$10.269.363. En efecto, la asignación presupuestaria en esta materia

representa una cifra marginal del presupuesto de la institución. El presupuesto asignado el año 2012 financió la ejecución de nueve programas de reinserción (seis con la base presupuestaria y tres con presupuesto adicional). A lo anterior se suman también aportes externos provenientes de convenios de colaboración con otras instituciones estatales, como el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) y el Servicio Nacional de Menores (SENAME). Adicionalmente, el Ministerio de Educación (MINEDUC), el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA) y el Instituto Nacional del Deporte (IND) ejecutan labores vinculadas a la reinserción y rehabilitación.

DEPARTAMENTO DE REINSERCIÓN AL SISTEMA ABIERTO

Este departamento tiene a su cargo el control y gestión de los programas de atención y asistencia de las personas condenadas que están sujetas a algunas de las formas de cumplimiento consagradas en la Ley N° 18.216 sobre “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, normativa vigente desde 1983 que fue modificada el año 2012 por la Ley N° 20.603. La normativa señalada contempla seis penas sustitutivas a la privación de libertad: i) la remisión condicional, ii) la reclusión parcial, iii) la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, iv) la libertad vigilada, v) la libertad vigilada intensiva y vi) la expulsión. Si bien la ley se encuentra vigente, para que tenga una implementación efectiva y las personas puedan acceder a las penas sustitutivas de la prisión es necesaria la modificación del reglamento que regula la implementación de la Ley N° 18.216. Esta modificación es urgente, pues la Ley N° 20.603 establece penas más favorables para las personas privadas de libertad que las actualmente existentes, lo que permitiría cumplir con el mandato constitucional de aplicar la ley que favorezca a la persona afectada por el proceso penal, aunque haya sido promulgada con posterioridad a los hechos que originaron la condena.

El sistema abierto contempla diversos programas que son ejecutados a través de los centros de reinserción social. Entre ellos se distinguen el de Libertad Vigilada de Adulto

8 El Presupuesto total ascendió a la suma de M\$268.349.506

(LVA), el de intervención especializada a ofensores sexuales, uno dirigido a condenados por violencia contra su pareja en contexto intrafamiliar, y programas de capacitación laboral y nivelación de estudios sumados a la colocación laboral de trabajo dependiente e independiente.

La cantidad de personas privadas de libertad que potencialmente se vería beneficiada con las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, según un estimado elaborado por Gendarmería para los próximos cuatro años, sería:

CUADRO 1
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA PRESTAR SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

REGIÓN	PROYECCIÓN PSBC			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	140	104	99	100
Tarapacá	199	122	106	99
Antofagasta	524	351	338	347
Atacama	150	99	96	99
Coquimbo	203	143	139	145
Valparaíso	779	626	645	689
O'Higgins	269	213	210	213
Maule	443	325	321	332
Biobío	411	318	320	335
La Araucanía	139	103	97	94
Los Ríos	128	112	113	119
Los Lagos	253	196	199	209
Aysén	51	38	35	35
Magallanes	292	203	202	211
Metropolitana	2.076	1.562	1.583	1.667
Total Nacional	6.055	4.515	4.504	4.695

Nota: promedio por año (modelo con artículo 12).

Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N°1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

CUADRO 2
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA BENEFICIARSE CON RECLUSIÓN PARCIAL

REGIÓN	RECLUSIÓN PARCIAL			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	149	104	99	100
Tarapacá	16	122	106	99
Antofagasta	395	351	338	347
Atacama	129	99	96	99
Coquimbo	231	143	139	145
Valparaíso	565	626	645	689
O'Higgins	585	213	210	213
Maule	489	325	321	332
Biobío	501	318	320	335
La Araucanía	503	103	97	94
Los Ríos	152	112	113	119
Los Lagos	291	196	199	209
Aysén	72	38	35	35
Magallanes	96	203	202	211
Metropolitana	2.149	1.562	1.583	1.667
Total Nacional	6.323	6.670	7.021	7.370

Nota: promedio por año de internos condenados vigentes a una fecha de corte, provenientes de reclusión nocturna.

Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N°1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

CUADRO 3
CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA BENEFICIARSE CON LIBERTAD VIGILADA

REGIÓN	LIBERTAD VIGILADA			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	12	12	12	12
Tarapacá	12	14	17	19
Antofagasta	158	178	196	217
Atacama	31	33	36	38
Coquimbo	119	129	139	149
Valparaíso	206	224	245	264
O'Higgins	149	164	179	194
Maule	137	149	161	172
Biobío	163	183	198	214
La Araucanía	85	95	105	115
Los Ríos	1	1	2	2
Los Lagos	31	32	33	33
Aysén	7	8	10	11
Magallanes	19	19	19	19
Metropolitana	683	766	849	933
Total Nacional	1.813	2.007	2.201	2.392

Nota: promedio por año, población que pasaría a libertad vigilada, compuesta por remisión condicional de la pena por delitos de manejo en estado de ebriedad causando lesiones o muerte y microtráfico, entre 541 días y 3 años y la población LVA de 2 a 3 años.

Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

CUADRO 4 CANTIDAD DE PERSONAS QUE PODRÍA BENEFICIARSE CON LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA

REGIÓN	LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA			
	2013	2014	2015	2016
Arica Parinacota	234	246	259	272
Tarapacá	360	391	422	452
Antofagasta	593	634	676	718
Atacama	351	381	410	439
Coquimbo	468	507	546	585
Valparaíso	1.600	1.736	1.871	2.006
O'Higgins	1.109	1.212	1.314	1.418
Maule	748	782	813	847
Biobío	1.567	1.674	1.782	1.888
La Araucanía	481	520	561	600
Los Ríos	274	278	283	289
Los Lagos	553	589	626	663
Aysén	98	103	108	113
Magallanes	128	131	133	137
Metropolitana	6.206	6.754	7.304	7.856
Total Nacional	14.770	15.938	17.108	18.283

Nota: promedio mensual por año de las poblaciones con remisión condicional entre 541 días y 3 años (VIF y sexuales), LVA de 2 a 5 años (VIF y sexuales), LVA de 3 a 5 años (excluye VIF y sexuales).

Fuente: Gendarmería de Chile, Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

DEPARTAMENTO DE REINSERCIÓN AL SISTEMA CERRADO

Este Departamento tiene la responsabilidad de coordinar los programas dirigidos a la población que se encuentra cumpliendo condena privativa de libertad. Para ello se desarrollan acciones en el ámbito de educación, capacitación, trabajo e intervención psicosocial. Específicamente en materia educacional, la oferta se basa en los planes de educación de adultos del Ministerio de Educación, que contemplan tanto formación básica como media, y que son implementados a través de Centros Educativos al interior de los recintos penitenciarios del país. Analizando la población carcelaria sujeta a régimen cerrado, equivalente a 47.937, solo 1.585 tienen escolaridad superior (3,31%). La mayoría tiene escolaridad media (23.395 personas) o básica (22.252 personas) y 579 personas no tienen ninguna clase de instrucción formal⁹. Por lo tanto, el desarrollo de programas para

completar la formación educacional es un factor clave para el desarrollo de una política integral de reinserción. Actualmente la demanda educacional es atendida a través de 83 unidades educativas¹⁰; de ellas, 58 imparten educación por medio de “escuelas” o “liceos” ubicados al interior de los recintos penitenciarios (GENCHI, 2012). La posibilidad de ingresar a las unidades educativas, por regla general, depende de los cupos disponibles. Por su parte, la disponibilidad tiene directa vinculación con la capacidad física de los recintos. En cuanto a los requisitos, estos también varían dependiendo de la Unidad Penitenciaria; en efecto, el INDH ha constatado que “en algunos establecimientos todos/as los/as internos/as que quieran ingresar pueden hacerlo, de acuerdo con la disponibilidad de cupos¹¹. En otras unidades, al igual que para los talleres, se exige ‘conducta’” (INDH, en prensa). En relación con el acceso efectivo a los programas de educación, el número de internos/as que durante el 2013¹² accedió a ellos asciende a 16.566 personas, que desagregada por sexo corresponde a 1.636 mujeres y 14.935 hombres. Además, al analizar la ubicación geográfica de los internos/as que tienen acceso a los programas educativos, la oferta se concentra en la Región Metropolitana, el 40,09% (654 mujeres) en el caso de las mujeres y el 26,68% (8.985 internos) en el caso de los hombres¹³. En cuanto al acceso a la educación superior, el año 2012 un total de 1.005 internos (9,1% fueron mujeres y 90,9% hombres) rindieron la Prueba de Selección Universitaria (PSU), los que representan el 1,04% del total de la población penal. Los puntajes ponderados obtenidos fueron bajos, incluso por debajo de la línea mínima exigida por el Consejo de Rectores de Universidades Chilenas de 450 puntos. En efecto, “el 91,6% de los/as alumnas, lograron puntajes iguales o inferiores a los 450 puntos, mientras

10 La Cuenta Pública de Gendarmería de Chile 2012 indica que en materia de educación penitenciaria existen 83 unidades educativas, mientras la Memoria Programas y Acciones de Reinserción de la Subdirección Técnica de 2012 señala que la demanda educacional es atendida a través de 98 establecimientos educacionales.

11 Es necesario destacar que los cupos disponibles no siempre se correlacionan con el número de internos/as del establecimiento penitenciario. Por ejemplo, en el CDP Santiago Sur la oferta existente en materia educacional es insuficiente, ya que permite otorgar posibilidades de estudio solo al 12% de la población albergada.

12 Considera Población Penal Imputados y Condenados con Matrícula en el proceso educación 2013 entre los meses de enero y julio.

13 Gendarmería de Chile. Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

9 Gendarmería de Chile. Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

el 6,2 logró puntajes entre los 451 y 500 puntos y el 2,2% de nuestros postulantes logró puntajes iguales o superiores a los 501 puntos. Los promedios por cada prueba rendida corresponden a 347 en Lenguaje, 357 en Matemáticas y 363 en Puntaje Ponderado” (GENCHI, Memoria Programas y Acciones de Reinserción. Subdirección Técnica, 2012). En definitiva las cifras reflejan las dificultades para superar desventajas previas y poder acceder a la educación superior. Sin perjuicio de la existencia de programas de nivelación educacional y para completar estudios, el resultado final del proceso educativo es insatisfactorio.

En cuanto a la capacitación laboral, esta se desarrolla a través de cursos con la modalidad SENCE, que son licitados para ser ejecutados a través de los Organismos Técnicos de capacitación (OTEC)¹⁴. Las capacitaciones abordan múltiples materias y tienen diversa duración. A modo de ejemplo, el año 2012 se desarrollaron en todo el país un total de 112 cursos de formación y/o capacitación laboral, siendo beneficiados 4.215 internos (11,9% mujeres y 88% hombres) (GENCHI, Memoria Programas y Acciones de Reinserción. Subdirección Técnica, 2012). Los cursos fueron sobre mueblería, gasfitería, corte y confección, electricidad, carpintería, entre otros. Respecto de la forma de seleccionar a las/os internas/os que participan de los cursos de formación, estudios han concluido que “la implementación de los cursos de capacitación laboral muestra entonces que a estos cursos solo pueden postular aquellos reclusos que presentan una buena o muy buena conducta, llevan gran parte de su período de reclusión cumplido, no han cometido delitos sexuales o de tráfico de drogas y no presentan un perfil psicosocial complejo (por ej. adicción a los drogas). Estos criterios de selección corresponden a aquellos definidos en el Reglamento de recintos penitenciarios para el caso de los beneficios de salida, dando cuenta que el acceso a la capacitación laboral, en la práctica, es abordado desde la lógica del castigo, específicamente de los beneficios carcelarios” (Cárdenas, 2009). En definitiva, la participación en un curso

no se origina por medio de una postulación, sino a raíz de la proposición por parte de funcionarios de Gendarmería que integran el Consejo Técnico del Recinto Penitenciario. La práctica descrita fue modificada a partir de mayo de 2011, con la adopción del Reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario que en su Artículo 7 señala que “la formación para el trabajo será aquella dirigida al sujeto que se encuentra bajo el control de Gendarmería, destinada a crear o preservar hábitos laborales y/o sociales en el trabajador; reforzando su identidad personal y prosocial, con la finalidad de lograr su reinserción social. Esta actividad será fomentada por la Administración Penitenciaria y se ajustará a la oferta programática de cada establecimiento”¹⁵.

En relación con el acceso a programas de actividades remuneradas al interior de los establecimientos penitenciarios, en la práctica es limitado en virtud de razones de infraestructura y por la escasa oferta existente. Al respecto, el artículo 18 del Reglamento referente al estatuto laboral señala “Podrán desarrollar actividades productivas aquellas personas sometidas a prisión preventiva y quienes se encuentren condenados por sentencia judicial firme o ejecutoriada que completen el correspondiente proceso de selección”. Para que un interno/a sea seleccionado el Consejo Técnico considerará su disposición al trabajo, su salud, los antecedentes sociales y de conducta en los casos que corresponda. Según se indica, no se contemplará el delito cometido ni la duración de la pena como factores para la selección de postulantes¹⁶.

La normativa reglamentaria también regula los aspectos referidos a la jornada, las remuneraciones, el ejercicio de otros derechos de índole laboral, y el funcionamiento de los centros de educación y trabajo (CET). El artículo 12 referido al ausentismo en el trabajo penitenciario señala que las ausencias podrán justificarse cuando la persona esté cumpliendo una sanción disciplinaria. Si bien Gendarmería tiene el deber de velar por el orden al interior de los recintos carcelarios y el cumplimiento de los deberes por parte de internos e internas, esta situación debe ser analizada toda vez que las medidas disciplinarias constituyen un obstáculo para el

14 Los Organismos Técnicos de Capacitación, OTEC, son instituciones acreditadas por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE) con exclusividad para ejecutar actividades de capacitación que puedan ser imputadas a la Franquicia Tributaria y ser contratadas por el Servicio para la ejecución de cursos financiados con sus recursos públicos.

15 Decreto 943 del Ministerio de Justicia, Aprueba reglamento que establece estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario.

16 *Ibíd.*

desarrollo de los programas dirigidos a la reinserción. En este marco debiera apuntarse a establecer sanciones que no afecten la participación en los programas de reinserción y capacitación laboral. En definitiva, en el sistema cerrado se identifican diversos programas a los cuales los/as internos/as tienen acceso, pero de forma aislada y sin una mirada integradora.

En relación con los programas de capacitación laboral y de estudios, la Relatoría para las personas privadas de libertad de la Comisión IDH ya había señalado en su visita desarrollada el año 2008, que “más allá de la iniciativa positiva que constituyen los Centros de Estudio y Trabajo (CET), continúan existiendo serias deficiencias y limitaciones en los programas de readaptación social, incluyendo el limitado porcentaje de la población carcelaria que tiene acceso a los programas de los CET”¹⁷.

Cabe valorar que en mayo de 2013, el Ministerio de Justicia presentó un nuevo portal de empleos para la reinserción laboral de personas privadas de libertad, el cual tiene por objetivo brindar información a las empresas que deseen consultar respecto de la oferta laboral existente entre la población penal¹⁸.

En el lanzamiento del portal, el Ministerio de Justicia formuló un llamado al sector empresarial a participar de la iniciativa, afirmando que “esta página web pretende ser un punto de encuentro para los empresarios que quieran apostar por la reinserción. Actualmente, han ingresado más de 700 personas que han pasado por un proceso de intervención y de capacitación y que están disponibles para ser contratadas. Cuando nosotros apostamos por la reinserción social y laboral, no solamente estamos beneficiando a esa persona y a su familia, sino a la sociedad completa. Porque una persona que abandona el camino del delito y aprende a trabajar, nos asegura mayor seguridad social en nuestro país. Hago una invitación a sumarse a esta iniciativa, así como muchos otros empresarios, y apostar por la reinserción social que se basa en la confianza y en oportunidades de cambiar el rumbo”.

La página web www.reinsercionsocial.cl fue el resultado de labor de la “Mesa de Trabajo Intersectorial por la Reinserción Laboral”, que está integrada por los Ministerios de Justicia y Trabajo, sus servicios dependientes –Servicio Nacional de Menores, Gendarmería de Chile y Servicio Nacional de Capacitación y Empleo– la empresa Telefónica, Paz Ciudadana y la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOPA).

En cuanto al involucramiento de otros actores sociales en los procesos de reinserción, cabe destacar el trabajo desarrollado por organizaciones de la sociedad civil, como por ejemplo Fundación Paz Ciudadana y Paternitas¹⁹. A modo de ejemplo, la Fundación Paternitas implementa un conjunto de programas orientados a la prevención, rehabilitación y reinserción, y recientemente ha creado el programa Paternitas Familia, específicamente dirigido a desarrollar planes de trabajo de reinserción sociolaboral por medio de un fortalecimiento de la red familiar del/a interno/a.

Si bien existen variados programas en los distintos sistemas, no se cuenta con estudios que señalen el impacto de dichos programas en la práctica. Es esencial contar con un sistema de evaluación al momento de ingreso a los recintos penitenciarios y, a partir de ello, formular una estrategia de intervención integral conforme a las necesidades de la persona. Considerando la acotada cobertura de los programas de reinserción, la mayoría de las personas que salen al medio libre, tal como lo muestra el cuadro 5, no reciben durante el cumplimiento de su pena ningún tipo de capacitación o formación que facilite su reintegración a la sociedad.

Otro cambio implementado durante febrero del año 2013 fue el reemplazo del antiguo Programa Intramuros (PAC) por el Programa de Prestaciones para la Reinserción Social. Según la información proporcionada por Gendarmería, esta nueva iniciativa tiene la pretensión de constituirse en “el programa medular en materia de reinserción social en el Sistema Cerrado, esto debido a la incorporación de los ejes psicosocial, laboral, educacional, recreación, cultura y deporte, dentro de su oferta programática”²⁰.

17 <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2008/39.08sp.htm>

18 Ministerio de Justicia

19 Algunos de los programas son: La Casa de Acogida para hijos de padre y madre presos. Programa Adolescentes para jóvenes vulnerables de la comuna de Recoleta. Comunidad Terapéutica El Monte; trabaja en rehabilitación de drogadicción adultos.

20 Gendarmería de Chile. Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

Actualmente, la población penal en régimen cerrado asciende a 48.153. Si se desagrega la cifra por sexo, 3.832 son mujeres y 44.321 son hombres. Conforme a las cifras del año 2013, en el caso de las mujeres, 570 internas han tenido acceso al Programa de Prestaciones para la Reinserción

Social durante el año 2013, lo que equivale al 12,25% del total de beneficiadas, mientras los hombres que han tenido acceso son 4.080, es decir, el 87,75% de los beneficiados. De acuerdo con estas cifras, cerca del 10% de la población carcelaria ha tenido acceso a programas de reinserción²¹.

CUADRO 5
NÚMERO DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD QUE HAN PARTICIPADO DEL PROGRAMA DE PRESTACIONES PARA LA REINSERCIÓN SOCIAL DURANTE EL AÑO 2013.

REGIÓN / ESTABLECIMIENTO PENAL	SEXO		TOTAL GENERAL
	FEMENINO	MASCULINO	
De Arica y Parinacota	78	282	360
C.P. de Arica	78	282	360
De Atacama	23	180	203
C.C.P. de Chañaral	5	21	26
C.C.P. de Copiapó	10	117	127
C.D.P. de Vallenar	8	42	50
De Coquimbo	10	73	83
C.D.P. de Illapel	2	30	32
C.D.P. de Ovalle	8	43	51
De La Araucanía	8	199	207
C.C.P. de Nueva Imperial		9	9
C.C.P. de Temuco		72	72
C.D.P. de Angol		42	42
C.D.P. de Pitrufquén		16	16
C.D.P. de Villarrica	8	42	50
C.C.P. Victoria		18	18
De los Lagos	3	152	155
C.C.P. de Osorno	3	98	101
C.D.P. de Ancud		24	24
C.D.P. de Castro		30	30
De los Ríos		33	33
C.C.P. de Río Bueno		17	17
C.E.T. de Valdivia		16	16
De Magallanes y Antártica Chilena		53	53
C.P. de Punta Arenas		53	53
De Tarapacá	106	61	167
C.C.P. de Iquique	106	40	146
C.D.P. de Pozo Almonte		21	21
De Valparaíso	64	419	483
C.C.P. de Los Andes	2	30	32
C.C.P. de San Antonio	15	60	75
C.C.P. de San Felipe		26	26
C.D.P. de Limache		30	30
C.D.P. de Quillota	5	31	36
C.P. de Valparaíso	42	242	284

REGIÓN / ESTABLECIMIENTO PENAL	SEXO		TOTAL GENERAL
	FEMENINO	MASCULINO	
Del Biobío	31	361	392
C.C.P. de Chillán	10	65	75
C.C.P. de Coronel		10	10
C.D.P. de Lebu		31	31
C.D.P. de Los Ángeles	6	6	12
C.D.P. de Mulchén		19	19
C.D.P. de San Carlos		29	29
C.D.P. de Yumbel		12	12
C.P. de Concepción	13	179	192
CDP Arauco	2	10	12
Del General Carlos Ibáñez del Campo		25	25
C.C.P. de Coyhaique		12	12
C.D.P. de Chile Chico		3	3
C.D.P. de Puerto Aysén		10	10
Del Libertador Bernardo O'Higgins	1	147	148
C.C.P. de Rengo		53	53
C.C.P. de Santa Cruz	1	64	65
C.D.P. de Peumo		30	30
Del Maule	26	460	486
C.C.P. de Talca		173	173
C.C.P. de Cauquenes	4	96	100
C.C.P. de Curicó		116	116
C.C.P. de Linares		75	75
C.P.F. de Talca	22		22
Metropolitana	220	1.635	1.855
C.C.P. de Colina I		320	320
C.C.P. de Colina II		325	325
C.D.P. de Puente Alto		220	220
C.D.P. de Santiago Sur		697	697
C.D.P. de Talagante		73	73
C.P.F. de Santiago	220		220
Total general	570	4.080	4.650

Fuente: Departamento de Reinserción Social en el Sistema Cerrado. Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

21 Gendarmería de Chile. Oficio N° 1457 de fecha 1 de octubre de 2013, en respuesta al INDH.

OBSERVACIONES GENERALES

Del panorama descrito se observa la existencia de diversos programas orientados a entregar herramientas para la reinserción y de esa forma evitar la reincidencia. Se hace patente que la problemática requiere de una nueva perspectiva en la medida que el acceso a los programas se aplica en la práctica como un beneficio más que como un derecho. Es determinante la configuración de una política de reinserción y rehabilitación que tenga un alcance mayor, que potencie la colaboración entre el Estado y los organismos de la sociedad civil que trabajan en la materia, y cuya implementación sea responsabilidad de una nueva institución, que además debiera desarrollar procesos de evaluación sobre los programas y su efectividad. En la actualidad la cantidad de internos/as que logran acceder y beneficiarse por estos programas es marginal en relación con la totalidad de la población privada de libertad.

Respecto de la evaluación de los programas desarrollados se ha sostenido que “en su diseño, la mayor parte de los programas considera población penal sin tomar en cuenta su compromiso delictual, y dentro de sus criterios de selección se incluyen requisitos de buena conducta penitenciaria, que tienen dificultades para cumplir los condenados con mayor compromiso delictual. Por lo tanto, en la práctica se produce un sesgo de selección que se evalúa negativamente, ya que favorece preferentemente a la población con mediano y bajo compromiso delictual. La excepción lo constituyen los programas del Ministerio del Interior que expresamente están diseñados para población con alto y mediano compromiso delictual” (Navarro, Espinoza, Ferrada, & Valenzuela, 2012).

En definitiva, la política de reinserción requiere de una mirada integral a la hora de ser diseñada e implementada, y su formulación debe basarse en un diagnóstico claro sobre la mejor vía para alcanzar un buen resultado en cada caso particular. Además debe combinarse el actuar de diversos actores estatales y privados con el fin de proporcionar una respuesta efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Cárdenas, A. (2009). *Trabajo Penitenciario en Chile*.
- Comfort, M. (2008). *Doing time together: Love and family in the shadow of the prison*. University of Chicago Press.
- Droppelmann, C. (14 de marzo de 2012). Elementos clave en la rehabilitación y reinserción de infractores de ley en Chile. *Conceptos*. Fundación Paz Ciudadana.
- GENCHI. (2012). Cuenta Pública Gendarmería de Chile 2012. Recuperado el 19 de octubre de 2013, de http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/Cuenta_Publica_2012.pdf
- GENCHI. (2012). *Memoria Programas y Acciones de Reinserción*. Subdirección Técnica.
- INDH. (en prensa). *Estudio sobre condiciones carcelarias sobre la base del plan de visitas de cárceles*. Santiago de Chile.
- International Centre for Prison Studies. (s.f.). Recuperado el 21 de octubre de 2013, de www.prisonstudies.org/images/news_events/wppl9.pdf
- Villagra Pincheira, C. (Julio de 2008). Hacia una política postpenitenciaria en Chile: desafíos para la reintegración de quienes salen de la cárcel. *Debates Penitenciarios*.
- Villagra Pincheira, C. (Enero de 2008). Reinserción: lecciones para una política pública. *Debates Penitenciarios*.
- Wacquant, L. (2012). *Merodeando las calles*. Gedisa.
- Wacquant, L. (2010). *Las dos caras de un gueto: ensayos sobre marginalización y penalización*.

2

DERECHOS DE LAS PERSONAS JÓVENES



Fotografía: Enrique Cerdá

DERECHOS DE LAS PERSONAS JÓVENES



ANTECEDENTES

Según la Organización de las Naciones Unidas, son jóvenes todas aquellas personas que tienen entre 15 y 24 años de edad¹. Este parámetro etario, sin embargo, tiene matices, cambia y se yuxtapone con otros que se adoptan en función de ámbitos de preocupación específicos. Así, por ejemplo, para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la adolescencia es la etapa entre los 10 y 19 años y los jóvenes son el grupo comprendido entre los 15 y los 24 años². En general, se reconoce que la juventud no solo tiene que ver con procesos biológicos, sino psicológicos, sociales y culturales. La categoría joven es más que un parámetro etario; se permea de los entornos y las culturas, de las realidades concretas de democracia y desarrollo, y del grado de reconocimiento de su condición de sujeto de derechos específicos. La categoría joven es una construcción social y cultural. El término, indica la Asamblea General de Naciones Unidas, “tiene diferentes significados en las diferentes sociedades del mundo. La definición “joven” ha variado constantemente con las fluctuaciones de las circunstancias políticas, económicas y socioculturales”³.

Las percepciones sociales sobre los y las jóvenes pueden llegar a ser contrapuestas. De acuerdo con varios estudios⁴

esto se debe a que la lectura del mundo juvenil se hace principalmente desde el prisma adulto que no suele promover la condición de sujetos de derechos de este colectivo al parcializar “el ser y el hacer de las/os jóvenes ya sea homogenizándolos (la juventud como etapa), estigmatizándolos (la juventud como problema o amenaza para el orden) o idealizándolos (la juventud como promesa)” (Pavez, 2005).

Tal realidad se constata en Chile. El actuar de los y las jóvenes en la defensa del derecho a la educación ha sido valorado⁵ y su demanda abrió la configuración de un escenario de emplazamiento al cumplimiento de los derechos económicos y sociales. La movilización de los y las estudiantes puso en el debate público la crisis de representación y la necesidad de renovar la política y sus caras⁶. Al mismo tiempo, son comunes las referencias al individualismo de la generación joven actual (Participa, 2004), su desinterés por la política (INJUV, 2013), y al alto porcentaje de “ni-ni” (ni

- 1 Esta definición estadística de Naciones Unidas se encuentra en los documentos que tratan sobre la población joven. Ver: Asamblea General. Programa de Acción para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes. Resolución A/RES/50/81 del 13 de marzo de 1996, párr. 9.
- 2 http://www.who.int/topics/adolescent_health/es/ Donas, S. Marco epidemiológico conceptual de la Salud Integral del Adolescente. OPS. OMS, noviembre 1997.
- 3 Asamblea General. Programa de Acción para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes, *op. cit.*, párr. 10.
- 4 Ver, entre otros, Duarte, Klaudio; Colectivo Popular Newence (1994) *Juventud popular: el rollo entre ser lo que queremos y ser lo que nos imponen*. Lom Ediciones. Santiago; Pavez, Paulina (2005) “Actores en tránsito: hacia la construcción de una noción de juventud en Chile” En: Revista Mapocho, N° 57, primer semestre de 2005, pág 283-295.

- 5 El apoyo ciudadano a las movilizaciones estudiantiles fue registrado en varias encuestas. Ver: El Mostrador, “Movilizaciones estudiantiles cuentan con amplio apoyo ciudadano” del 1ero de agosto de 2011 donde se reporta 71% de apoyo a las movilizaciones y 75% de valoración positiva de los/as dirigentes estudiantiles sobre la base de una encuesta de La Tercera; “ADIMARK: 70% aprueba demandas estudiantiles pero 62% rechaza movilizaciones” del 4 de octubre de 2012.
- 6 Sobre la crisis de representación, Arturo Valenzuela indica que “[e]l desencanto con la política en Chile tiene que ver con lo que puede entenderse como una seria crisis del sistema de representación. Ésta surge cuando los vínculos entre la ciudadanía, que es el soberano en democracia, y las instituciones del poder gubernamental se resquebrajan” (Valenzuela, 2011). Un interesante debate sobre representación y Congreso, ver las memorias del seminario internacional “Comunicación y representación parlamentaria desafíos del informe parlamentario mundial UIP-PNUD” organizado por el Senado, la Cámara de Diputados, el PNUD y la Academia Parlamentaria en octubre de 2012, en www.pnud.cl. Ver también: GARRETÓN, Manuel “Movimiento estudiantil, crisis de la Educación y Solución política: ¿Hacia una refundación del sistema educacional chileno?” Revista UDP. N° 3. 2006.

estudia ni trabaja) entre ellos⁷. Las imágenes que muestran los medios de comunicación sobre este colectivo, en general, se construyen sobre prejuicios: en las noticias, gran parte de las veces los delincuentes son jóvenes, aun cuando del total de casos ingresados al sistema penal, menos del 4% corresponde a delitos cometidos por menores de 18 años⁸. Sobre los y las jóvenes existen diversas percepciones en las que predominan los prejuicios y la desconfianza: así, por ejemplo, en la primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada en 2010 por el INDH, un 80,3% de las personas consideró que “los jóvenes confunden demasiado fácilmente libertad con libertinaje” (INDH, 2011).

El poco interés de los y las jóvenes en la política pareciera que respalda las visiones pesimistas sobre esta población: en la 7^{ma} Encuesta Nacional de Juventud 2012, solo el 19% de las y los jóvenes se sienten interesados o muy interesados en política, al tiempo que el 81% está poco o nada interesado en política. Sin embargo, es necesario mirar estos datos en relación con otros indicadores de participación. Según la misma encuesta, 45% de las y los jóvenes ha participado en los últimos 12 meses en alguna organización y 35% ha realizado alguna actividad de ayuda a la comunidad durante el mismo periodo. Se agrega que 23% declara haber participado en algún tipo de manifestación —la marcha es el tipo de manifestación que más jóvenes ha logrado convocar— y 61% está de acuerdo con que las redes sociales son una mejor herramienta que el voto para dar a conocer las demandas de la ciudadanía (INJUV, 2012). En sentido similar, en la 2^{da} Encuesta Nacional de Derechos Humanos aplicada por el INDH entre agosto y septiembre de 2013, del segmento de población entre los 18 y 29 años, un 57% ha expresado opinión a través de las redes sociales y 29% ha participado en manifestaciones en los últimos 12 meses (INDH, 2013). Desde las movilizaciones en torno al derecho a la educación iniciada por los/as estudiantes secundarios/as a la fecha, los y las jóvenes a lo largo del país han mostrado en forma reiterada y por distintos canales

—en la calle, en las redes sociales, en distintas expresiones del movimiento social y al interior de los propios partidos políticos— su interés por formar parte de los debates y acuerdos políticos en función de la profundización de la democracia. Un indicador en tal sentido es el hecho de que en la elección parlamentaria de 2013, varios de quienes estuvieron en posiciones de liderazgo en las manifestaciones estudiantiles de 2011 y 2012 son candidatos/as⁹.

El INDH aborda por primera vez en un informe anual la realidad de los y las jóvenes como un colectivo específico, distinto a la niñez y el mundo adulto, y entendiendo que constituye una categoría en construcción en el campo de los derechos humanos. En este apartado se da cuenta de los estándares de derechos humanos respecto de los y las jóvenes y se revisa, a partir de la información disponible, manifestaciones de problemas que los aquejan y que expresan desigualdades en el ejercicio de derechos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los instrumentos internacionales de derechos humanos carecen de mención explícita a los y las jóvenes, excepto respecto de algunos derechos como casarse y fundar una familia “a partir de la edad núbil” que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, núm. 2 y 3) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (art. 16)¹⁰.

Como ámbitos de protección específica, los instrumentos internacionales indican el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños y adolescentes, sin discriminación alguna. En particular, se establece la necesidad de proteger a esta población de la explotación económica y social, y sancionar por ley el empleo de niños y adolescentes “en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o corra el

7 Según información de prensa, 24,8% de los/as jóvenes chilenos no estudian ni trabajan: “Chile es el cuarto país con más jóvenes de 15 a 29 años “ni-ni” (que no estudian ni trabajan) entre 34 naciones de la OCDE y el G-20, según el informe de educación liderado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico” (La Segunda, 2013).

8 Datos de Paz Ciudadana procesados a partir de los boletines estadísticos del Ministerio Público (Fundación Paz Ciudadana, 2013).

9 Tal es el caso de Camila Vallejos, Giorgio Jakson, Gabriel Boric, Francisco Figueroa, Karol Cariola, Sebastián Farfán y Daniela López.

10 El Comité de la CEDAW estableció en 18 años la edad mínima para contraer matrimonio tanto para el hombre como para la mujer. Recomendación General N° 21 sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994), párr. 36 y 37.

riesgo de perjudicar su desarrollo normal" (art. 10 núm. 3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Otro grupo de preocupación específica son los menores privados de libertad respecto de los cuales el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que "2.b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento...3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica" (art. 10).

Aun cuando la mención de la población joven es escasa, la protección de sus derechos en esta etapa de la vida está presente en las recomendaciones generales de varios comités que vigilan el cumplimiento de tratados de derechos humanos. Es importante aclarar, sin embargo, que la referencia es principalmente a la adolescencia, y se utilizan las acepciones adolescente y joven como sinónimos. Así, por ejemplo, el Comité del Pacto DESC alude a esta población en sus observaciones generales sobre el derecho a la educación y a la salud¹¹, y el Comité de la CEDAW en cuestiones relativas a la violencia, al VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual¹². El desarrollo más completo respecto de los derechos de los y las adolescentes se encuentra en la Observación General N° 4 de 2003 sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se indica allí que "los adolescentes de hasta 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención; tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (art. 5)"¹³.

11 El Comité DESC se refiere a la población adolescente en su Observación general N° 13 (1999) sobre el derecho a la educación (art. 13); Observación general N° 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12);

12 Comité de la CEDAW. Recomendación general N° 24 (1999) sobre el Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud.

13 Comité de Derechos del Niño. Observación general N° 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 1.

Existe en las observaciones generales referidas especial preocupación por la salud de la población joven, en particular respecto de la salud sexual y reproductiva y la protección frente a enfermedades de orden sexual y el VIH/ SIDA. El Comité de los Derechos del Niño señaló que "los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros de un embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores. Es fundamental encontrar los medios y métodos adecuados de facilitar información apropiada que tenga en cuenta las particularidades y los derechos específicos de las chicas y chicos adolescentes"¹⁴. En sentido similar ha hecho recomendaciones el Comité del Pacto DESC¹⁵ y el Comité de la CEDAW¹⁶. Ello complementa lo dispuesto por la referida Convención de los Derechos del Niño, porque como señala el Comité que resguarda su cumplimiento, "La Convención reconoce las responsabilidades, derechos y obligaciones de los padres (o de cualquier otra persona encargada legalmente del niño) 'de impartirle, en consonancia y con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención' (art. 5). El Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos".

Por su parte, la OMS ha establecido que "los problemas de salud de los adolescentes están relacionados entre sí. Muchos de los factores subyacentes del desarrollo no saludable de los adolescentes provienen del entorno social. Algunos de estos factores son la pobreza y el desempleo, la discriminación por motivos de sexo y étnicos y las repercusiones de los cambios sociales en las familias y comunidades. Mientras que los esfuerzos de los programas en favor de la salud de los

14 *Ibíd.*, párr. 28.

15 Comité DESC, Observación General N° 14, *op. cit.*, párr. 23.

16 Comité de la CEDAW, Observación General N° 24, párr. 18.

adolescentes no pueden concentrarse directamente en las desigualdades e injusticias de la sociedad, es preciso reconocer que estas condiciones constituyen limitaciones reales para mejorar la salud y el bienestar de los adolescentes” (OMS, 1997).

En materia de empleo, la OIT cuenta con un convenio específico sobre la edad mínima (C138 de 1973), donde establece que todo miembro “se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”. La edad mínima fijada “no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar; o en todo caso, a quince años” (art. 2) y “La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años” (art. 3). La Conferencia Internacional del Trabajo de 2012 abordó la crisis del empleo juvenil e hizo un llamado a la acción frente al desempleo y subempleo persistentes de los jóvenes “que conllevan un elevado costo socioeconómico y representan una amenaza para el tejido social. La incapacidad para crear suficientes puestos de trabajo decentes puede tener efectos perjudiciales duraderos en los jóvenes” (OIT, 2012).

El sistema de Naciones Unidas se ha preocupado de la situación de los y las jóvenes desde los años 70; entre sus hitos está la “Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos” adoptada por la Asamblea General en 1965; la declaración de 1985 “Año Internacional de la Juventud, Participación, Desarrollo y Paz”; la Resolución 50/81 de 1996 que aprobó el “Programa de Acción Mundial para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes” cuyo objetivo fue brindar “un marco de política y directrices prácticas para la adopción en el plano nacional y la prestación de apoyo en el plano internacional con el fin de mejorar la situación de los jóvenes”¹⁷, en particular para fortalecer la capacidad

nacional respecto de la juventud y su participación plena, efectiva y constructiva en la vida de la sociedad. Tres años después, los Ministros de la Juventud adoptaron la Declaración de Lisboa (1998) sobre políticas y programas sobre la juventud –marco referencial para la definición de políticas de cooperación internacional sobre la juventud–, y el Tercer Foro Mundial de la Juventud acordó el Plan de Acción de Braga que reconoce a los/as jóvenes como agentes y beneficiarios/as del desarrollo y recomienda a los Estados políticas integradas multisectoriales formuladas con su participación y consulta.

El Programa de Acción Mundial para los Jóvenes es resultado de las múltiples resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas y del aporte de instrumentos internacionales como la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), y de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). El Programa declara que los y las jóvenes son a la vez agentes, beneficiarios y víctimas de los grandes cambios en la sociedad, e identifica diez esferas prioritarias de acción: educación, empleo, hambre y pobreza, salud, medio ambiente, uso indebido de drogas, delincuencia juvenil, actividades recreativas, niñas y jóvenes, y participación plena y eficaz de los jóvenes en la vida de la sociedad y en la adopción de decisiones¹⁸. “La aplicación del Programa de Acción requiere que los jóvenes disfruten plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y requiere asimismo que los gobiernos tomen medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades y promuevan la no discriminación, la tolerancia, el respeto de la diversidad, respetando plenamente los diversos valores religiosos y éticos, culturas y convicciones filosóficas de los jóvenes de sus países, la igualdad de oportunidades, la solidaridad, la seguridad y la participación de todos los jóvenes de ambos sexos”¹⁹. El Programa de Acción se mantiene en vigencia, con suplementos agregados que promueven acciones en ámbitos como juventud y globalización, VIH/SIDA, conflictos

17 Asamblea General. Programa de Acción para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes. Resolución A/RES/50/81 del 13 de marzo de 1996, párr. 3.

18 *Ibídem*, párr. 19.

19 *Ibídem*, párr. 20.

armados, y tecnologías de información y comunicaciones, entre otros²⁰.

En diciembre de 2010, en México, tuvo lugar la Conferencia Mundial de la Juventud con la participación de delegaciones oficiales de 153 países. La Conferencia se realizó en momentos en que el número de personas jóvenes a nivel mundial era la más grande en la historia y, por tanto, merecen un lugar central en los esfuerzos por alcanzar los objetivos de desarrollo —entre ellos los Objetivos del Milenio— y representan una oportunidad “de hacer inversiones estratégicas para ganar un dividendo demográfico y romper con el ciclo de la pobreza intergeneracional”. La Declaración de Guanajuato considera a las y los jóvenes como sujetos de derecho, promueve que se les reconozca como actores claves en el desarrollo y boga por la eliminación de su estigmatización como causa de conflicto y violencia (párr. 36 y 37). Con base en las prioridades identificadas, los gobiernos acuerdan, entre otras medidas, “considerar la discusión de un marco legal internacional que reconozca los derechos específicos de las personas jóvenes” (Acuerdo 5)²¹.

Hasta ahora el único instrumento vinculante es la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, adoptada en 2005 y vigente desde el 1 de marzo de 2008, cuyo alcance está circunscrito a los 21 países que conforman la Comunidad Iberoamericana de Naciones. La Convención establece el compromiso de los Estados Parte de garantizar a las personas jóvenes de entre 15 y 24 años de edad, sin discriminación alguna, el cumplimiento de los derechos humanos recogidos en el articulado. “La Convención tiene como finalidad consagrar en forma vinculante el reconocimiento de los requerimientos de protección y garantía para el ejercicio de los derechos de los jóvenes de ambos sexos, incluidas la igualdad de género, la libre elección de pareja, la salud integral y la salud sexual y reproductiva...

El hecho de contar con un instrumento internacional específico puede contribuir a acompañar la transición niñez-adolescencia-juventud como un continuo y servir de herramienta para romper la invisibilidad que afecta a este sector de la población” (Morlachetti, 2007). Chile no ha firmado la Convención.

JÓVENES EN CHILE, PROGRAMAS SECTORIALES Y AUSENCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS INTEGRADAS

De acuerdo con la proyección del INE para 2013, sobre la base del censo 2002, en Chile la población en ese rango etario es de 4 millones doscientas mil personas aproximadamente, lo que representa el 24% de la población proyectada (INE-CEPAL, 2005).

El Instituto Nacional de la Juventud (INJUV) —órgano público creado por la Ley N° 19.042 de 1991, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social— es la entidad especializada “encargada de colaborar con el Poder Ejecutivo en el diseño, la planificación y la coordinación de las políticas relativas a los asuntos juveniles” (art. 2). Entre sus funciones está elaborar diagnósticos y buscar soluciones a los problemas de la juventud, en todas las áreas de las actividades nacionales, aumentar la participación en la sociedad y contribuir a que los jóvenes tengan capacidad de propuesta, poder de decisión y responsabilidad, y tener capacidad de denuncia, instalando en el debate público temas de juventud, mediante el estudio de la realidad juvenil y la coordinación con agentes públicos y privados relacionados con la materia (INJUV). Sus objetivos estratégicos son crear y fortalecer organizaciones juveniles que busquen resolver problemas, canalizar y organizar causas que promuevan la participación solidaria de los jóvenes, fomentar la cultura cívica de los jóvenes y abordar temáticas juveniles con mirada intersectorial (INJUV, 2012).

A pesar de la existencia de esta institucionalidad, el país no cuenta con una política nacional de juventud, tal como recomienda el Programa de Acción Mundial y la Declaración de Lisboa. Se han realizado esfuerzos desde la década de los años noventa e incluso se diseñó un “Plan de Acción en Juventud” el año 2004 (Comité Intergubernamental en

20 Asamblea General. Resolución sobre Políticas y programas relativos a la juventud: la juventud en la economía mundial - Fomento de la participación de los jóvenes en el desarrollo social y económico. A/RES/62/126 del 5 de febrero de 2008. Anexo: Suplemento del Programa de Acción Mundial para los Jóvenes hasta el año 2000 y años subsiguientes.

21 Declaración de Guanajuato, Preámbulo. http://www.un-ngls.org/spip.php?page=article_es_s&id_article=2858. http://lac.unfpa.org/webdav/site/lac/shared/DOCUMENTS/2012/pagina%20de%20juventud/Declaracion_Guanajuato_Esp.pdf

Juventud, 2004), pero estos no han desembocado en una plataforma integradora de la iniciativa pública hacia los y las jóvenes. Lo que se mantiene y destaca son las políticas sectoriales como es el caso de salud y trabajo, además de las acciones del INJUV²².

El INJUV incluye en la categoría joven a quienes tienen entre 15 y 29 años de edad. Sin embargo, en el ámbito público no se utiliza este como rango etario común en las políticas sectoriales. Así, el Ministerio de Salud en su política de “Control del Joven Sano” define por tal a adolescentes y jóvenes entre 10 y 19 años (Ministerio de Salud, 2012); por su parte, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social utiliza el parámetro 18-25 años para otorgar incentivos al empleo de trabajadores jóvenes. Estas diferencias en nomenclatura encuentran su explicación en los acentos sectoriales; sin embargo, pueden traducirse en superposición de políticas y programas, y escasa coordinación más aun cuando el país carece de una política general hacia la juventud.

En tal sentido, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha señalado que “a pesar de los avances importantes en garantizar ciertos derechos (como por ejemplo el derecho a 12 años de escolaridad obligatoria) no existe consenso al interior del Estado chileno respecto de una conceptualización integrada y pertinente de la condición juvenil que, junto con reconocer la complejidad y heterogeneidad características de este grupo, posibilite la definición de indicadores y objetivos claros en torno a lo que se quiere lograr en cuanto a niveles y/o condiciones de inclusión social mínimos que deben ser garantizados...” (PNUD, 2010).

Para el INDH resulta importante visualizar la realidad de este colectivo específico y de los problemas que enfrenta en el ejercicio de derechos en razón de la edad, además de otros que dicen relación con el sexo, la condición socio económica y la pertenencia étnica, entre otras categorías. Es necesario abrir el debate público sobre los derechos de

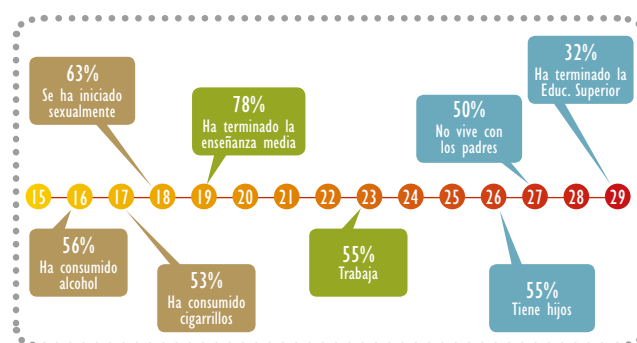
esta población de manera de corregir las vulneraciones u omisiones que pueda tener la legislación y la política pública en la perspectiva del respeto y garantía al ejercicio pleno de derechos fundamentales.

DESIGUALDADES Y DISCRIMINACIÓN HACIA LAS PERSONAS JÓVENES

La principal herramienta de producción de información sobre los y las jóvenes es la Encuesta Nacional de Juventud que se ha aplicado invariablemente cada tres años desde 1994. Su rol es “suministrar información de base que permita cuantificar adecuadamente la prevalencia de ciertas condiciones, conductas y actitudes, de modo tal que su aplicación permita orientar efectivamente la toma de decisiones públicas sobre este grupo poblacional” (INJUV, 2012).

La 7ª versión de la Encuesta aplicada en 2012 arroja los siguientes datos sobre los y las jóvenes en Chile:

GRÁFICO N° 1.1: HITOS CLAVES DURANTE LA JUVENTUD SEGÚN AÑOS DE EDAD. TOTAL MUESTRA.



Nota: Porcentajes según años de edad simple.

Fuente: Encuesta Nacional de Juventud 2012, INJUV.

El INJUV indica que las características similares de quienes están entre los 15 y 19 años se van diluyendo a medida que se sube en la edad: 81% estudia, 75% no busca empleo, 94% vive en su hogar de origen y 92% no tiene hijos/as. De quienes tienen entre 20 y 24 años, “los estudios superiores se concentran en jóvenes de mayores recursos (73% en el nivel alto), mientras que la proporción de quienes trabajan

22 En entrevista al Mostrador en octubre del año 2010, el entonces director del INJUV declaraba que: “En Chile no hay una política pública de juventud... Hemos sido poco relevantes en materia política y lo veo hoy todos los días cuando salen programas para la juventud de diversos ministerios, en que el Injuv no es ni siquiera consultado, porque no se ha legitimado como un gran observador social” (El Mostrador, 2010).

(44%) y se dedica a labores domésticas aumenta a medida que disminuye el nivel socioeconómico" (INJUV, 2012). En el tramo siguiente, de 25 a 29 años, "los jóvenes de nivel socioeconómico bajo presentan menor inserción laboral, principalmente por su bajo nivel educacional (el 43% no ha terminado la enseñanza media)" (INJUV, 2012).

Las desigualdades que se expresan en la encuesta del INJUV se deben en mucho a los niveles de pobreza que se constatan en la población joven: 42,7% vive en hogares de nivel bajo (grupos D y E), 49,6% en hogares de nivel medio (grupos C2 y C3), y solo 8% vive en hogares de nivel alto (ABCI) (INJUV, 2012). Las desigualdades también responden a los roles en general atribuidos a mujeres y hombres en la sociedad: de quienes tienen inserción laboral, la diferencia entre hombres y mujeres aumenta en forma drástica entre tramos etarios: de 6% en el tramo de 15 a 19 años, a 17% en el de 20 a 24 años y a 28% en el de 25 a 29 años. Al mirar estas diferencias por grupos socioeconómicos, se constata que en los hogares del grupo ABCI, las jóvenes registran mayores niveles de vinculación al mercado laboral que los jóvenes: 36% y 31% respectivamente; en los hogares del grupo E, la proporción de jóvenes mujeres trabajando descende a 14,1% y el de los hombres asciende a 47,4%.

El INJUV concluye que "la construcción de los proyectos de vida de las y los jóvenes está condicionada por el nivel socioeconómico y el sexo de las personas. Esta situación se hace evidente al comparar por edades las trayectorias de cada joven, las cuales se distinguen a medida que se avanza en la edad, en donde la integración a la sociedad resulta más difícil en jóvenes de menos recursos y en las mujeres" (INJUV, 2012). Sin perjuicio de lo anterior, cabe tener presente que según la misma encuesta, un 84% de los jóvenes se considera feliz. Dentro de los factores que destacan los jóvenes como causantes de la felicidad, refieren el trabajo (32%) y la vida en familia (27%). Además, el 86% de los jóvenes piensa que estará mejor en los próximos cinco años.

En relación con otros derechos económicos, sociales y culturales, el INDH revisó en su Informe Anual 2012 la segregación del sistema educativo en razón del nivel socioeconómico de las familias, y su impacto en la igualdad de oportunidades de los y las jóvenes en el desarrollo del proyecto de vida.

En materia laboral, la OIT señala que, en América Latina y el Caribe, "[l]os y las jóvenes suelen enfrentar obstáculos especiales para su inserción laboral, lo que se expresa en altas tasas de desempleo —entre 2,3 y 5,5 veces superior a la de los adultos—, trabajo precario y bajos ingresos" (CEPAL-OIT, 2012). Chile no escapa a este diagnóstico, a pesar del incentivo al empleo de jóvenes otorgado por el gobierno a través de la Ley N° 20.338, que entrega un beneficio a los(as) trabajadores(as) jóvenes dependientes e independientes, mejorando sus sueldos²³. Indica la OIT que "[p]ara 2012, la tasa de ocupación de los chilenos entre 15 y 24 años fue de 31,1%, 0,6 puntos porcentuales (pp) por debajo de 2011. Esta tasa —que refleja la proporción de ocupados sobre el total de jóvenes— es la más baja en Sudamérica". La tasa de desempleo de los/as jóvenes (julio 2013) se ubicó en 12,1% según el INE; aunque ha mostrado una tendencia a la baja en los últimos años, sigue más alta que la tasa nacional de desempleo que bordea el 6%.

Respecto de la salud, en el año 2012 el INDH visibilizó el tratamiento desigual que distintas normas en salud dan a los y las jóvenes entre 14 y 18 años, el reconocimiento o limitación de su derecho de decisión autónoma y la confidencialidad de su atención de salud. En efecto, la norma en materia de regulación de la fertilidad respeta la confidencialidad de la consulta cuando se trata de mayores de 14 años y menores de 18 años; en cambio, la ley de derechos y deberes del paciente no hace mención específica a este rango etario dejando a criterio del/la médico/a el reconocimiento o negación de este derecho: "Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante (...), de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información (...) será dada

23 Tienen derecho al "subsidio al empleo aquellos empleadores respecto de sus trabajadores dependientes señalados en el inciso anterior que cumplan con los siguientes requisitos: a) Que el trabajador tenga entre 18 y menos de 25 años de edad; b) Que el trabajador integre un grupo familiar perteneciente al 40% más pobre de la población de Chile conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 10 de esta ley, y c) Que las remuneraciones brutas mensuales del trabajador sean inferiores a \$360.000" (art. 1, Ley N° 20.338).

a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre" (art. 10)²⁴. Dada la escasa conciencia que prevalece respecto de los derechos de los y las jóvenes, es necesario que las normas posean iguales directrices en cuanto al tratamiento y derechos de este grupo de población, a los fines de evitar vulneraciones a sus derechos en la práctica.

Parte importante de las preocupaciones y compromisos de los Estados en las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas y de las observaciones y recomendaciones que emanan de los comités de tratados de derechos humanos apuntan a fortalecer la visión de los y las jóvenes como un sujeto de derechos específicos y la necesidad de la acción concertada del Estado en función del respeto y garantía de ejercicio. Esta perspectiva está aún poco desarrollada en Chile.

24 Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud. Publicada el 24 de abril de 2012, e inicia vigencia el 1ero de octubre de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Comité Intergubernamental en Juventud. (2004). Chile se compromete con los jóvenes. Plan de acción en juventud. Santiago.
- Dávila, O. (2002). Políticas de juventud en Chile y su expresión en lo local. Santiago: OIT.
- Duarte, C. (julio de 2012). Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción. Última década, vol. 20(36).
- El Mostrador. (26 de octubre de 2010). Director del Injuv: "En Chile no hay una política pública de juventud". Santiago.
- Fundación Paz Ciudadana. (2013). Balance de la delincuencia 2012. Santiago.
- INDH. (2011). Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago.
- INDH. (2013). 2da Encuesta Nacional de Derechos Humanos. Santiago.
- INE-CEPAL. (2005). Chile. Proyecciones y estimaciones de población. Total país 1950-2050. Santiago.
- INE. (2010). Compendio Estadístico. Santiago.
- INJUV. (2012). 7ma Encuesta Nacional de Juventud. Santiago.
- INJUV. (2012). Cuenta Pública 2012. Santiago.
- INJUV. (julio de 2013). Boletín Área de Estudios. Recuperado el 23 de octubre de 2013, de INJUV: http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/2boletinestudios_viiencuesta92.pdf
- INJUV. (s.f.). Misión y visión. Recuperado el 24 de octubre de 2013, de INJUV: <http://www.injuv.gob.cl/portal/quienes-somos/mision-y-vision/>

- La Segunda. (26 de junio de 2013). Chile es uno de los países con más "jóvenes ni-ni" (que no estudian ni trabajan). La Segunda On line. Santiago.
- Mettifogo, D., & Sepulveda, R. (2004). La situación y tratamiento de los menores infractores de ley en Chile. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile.
- Ministerio de Salud. (2012). Orientaciones técnicas para el control de salud integral de los adolescentes. Control del joven sano.
- Morlachetti, A. (2007). Políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a adolescentes y jóvenes: un enfoque fundado en los de derechos humanos. Notas de población N° 85 Cepal.
- OIT. (2012). La crisis del empleo juvenil: un llamado a la acción. Resolución y conclusiones de la 101 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OMS. (1997). Actividades a favor de la salud de los adolescentes. Washington.
- Participa. (2004). Los jóvenes y su integración dentro de la sociedad actual. Santiago.
- Pavez, P. (2005). Juventudes en Chile: hacia una construcción del concepto de juventud. Revista Mapocho (57), 283-295.
- PNUD. (2010). Juventud, equidad e inclusión social en Chile: hacia la consecución de los ODM. Recuperado el 24 de octubre de 2013, de PNUD: <http://www.pnud.cl/proyectos/fichas/proyecto-jovenes.asp>
- Valenzuela, A. (2011). Crisis de representación y reforma política en Chile. Santiago: CEP - CIEPLAN.

3

PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS URBANOS



Fotografía: Enrique Cerdá

PUEBLOS INDÍGENAS EN CONTEXTOS URBANOS

ANTECEDENTES

Topater es una localidad de la ciudad de Calama en la que está emplazado un cementerio preincaico, calificado como uno de los sitios de mayor valor cultural y arqueológico de la Región de Antofagasta. Integrantes de la comunidad *likan antay* (atacameña) de Calama y Antofagasta, realizan allí habitualmente prácticas ancestrales de culto y reconocimiento de sus antepasados. Se trata de un espacio que contiene los vestigios de lo que en otros tiempos constituyó el *Ayllu*, que con posterioridad se transformó en la ciudad de Calama.

En las cercanías, una empresa dueña de los terrenos pretende construir un proyecto inmobiliario y, de esta manera, responder a la expansión demográfica de la ciudad de Calama. El 6 de noviembre de 2012, varios miembros de comunidades indígenas de la Región interpusieron una acción de protección fundando su pretensión, entre otras razones, en que el acto de remover material y construir un proyecto de esas características atenta contra la libertad de culto, el deber de consulta previa, el derecho de propiedad indígena, y que es además discriminatorio en razón del origen étnico de los eventualmente afectados por dichos trabajos. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechazó el recurso, lo que fue revertido por la Corte Suprema el 26 de septiembre de 2013. La Corte Suprema señaló que “[e]s el parecer de estos juzgadores que la intromisión desordenada, desautorizada e inconsulta de inversionistas que pretenden ejecutar un proyecto inmobiliario que, en lo físico, se ubicaría a no más de 35 metros de distancia del punto crítico donde se resguarda tal patrimonio, sumado al tráfico propio del hábitat en el que se desenvolvería la población que allí resida, perturba el derecho legítimo que

tienen las recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados, garantido para ellas y sus congéneres por el apartado 6° del artículo 19 de la carta fundamental, de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciaría, arbitrariamente, del resto de las personas que, no perteneciendo a la etnia de las actoras, no ven inconvenientes para el libre ejercicio de iguales prerrogativas, contrariándose de esa forma, además, la garantía de igualdad y no discriminación [...]”¹.

Este caso se refiere a una dimensión insuficientemente abordada, asociada al impacto del crecimiento y la expansión urbana en el ejercicio y goce sin discriminación de los derechos de los pueblos indígenas. Otro fenómeno asociado al impacto de la ciudad y los derechos de estos pueblos, está relacionado con los movimientos migratorios campo-ciudad y la consecuente tendencia a la urbanización de la población indígena, resultado de lo cual es que hoy la mayor parte de la población indígena reside en los centros urbanos.

El proceso que llevó al asentamiento de integrantes de pueblos indígenas en la ciudad, o el levantamiento de ciudades en lugares que correspondían a asentamientos indígenas precoloniales, abren interrogantes sobre los efectos que esta tiene en la mantención de la identidad y de la cultura, y en la forma que los derechos indígenas son amparados y ejercidos en este espacio.

El tema es relevante puesto que, conforme a la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) del año 2011, el 8,1% de la población nacional —equivalente a 1.369.563 personas— declaran autoidentificarse como

¹ Corte Suprema Rol 3010-2013, 26 de septiembre de 2013, Considerando 11.

indígenas. A su vez, el 73,4% de esta población habita en la ciudad, es decir, se trata de “indígenas urbanos”. De acuerdo con la medición de 1996, un 51,7% de la población indígena residía en centros urbanos, lo que constituye una evidencia de la tendencia a la urbanización observada.

En contraste con esta realidad, la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas solo contiene tres artículos que se refieren a los indígenas urbanos y migrantes. De acuerdo con esta ley, pertenecen a la categoría de indígenas urbanos los chilenos que, reuniendo los requisitos del artículo 2 de la misma, se autoidentifiquen como indígenas y cuyo domicilio sea un área urbana del territorio nacional (art. 75).

DISTRIBUCIÓN URBANO-RURAL DE LA POBLACIÓN INDÍGENA DE CHILE, POR PUEBLO, 2011

PUEBLO	ZONA	
	URBANA	RURAL
Aymara	85,8%	14,2%
Rapa Nui (Pascuense)	95,3%	4,7%
Quechua	91,6%	8,4%
Mapuche	71,6%	28,4%
Atacameño (Likán Antai)	69,9%	30,1%
Coya	94,6%	5,4%
Kawésqar (Alcalufes)	89,5%	10,5%
Yagán (Yámana)	100,0%	0,0%
Diaguita	84,6%	15,4%
Total	73,4%	26,6%

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

De acuerdo con los datos censales de 2002, en relación con la migración de los pueblos indígenas según regiones, se advierte que los lugares que cuentan con saldos migratorios negativos, es decir, localidades desde las que se desplaza población, son la Región del Biobío y La Araucanía. El saldo migratorio positivo, es decir, que recibe población, queda en la Región Metropolitana (INE, s/f). La Región Metropolitana y las ciudades de Arica, Tarapacá y Temuco concentran la mayor densidad de habitantes indígenas urbanos. Las comunas con mayor porcentaje de población indígena urbana

pertenecen en su totalidad a la Región Metropolitana, entre las que se destacan las comunas de La Pintana, Peñalolén y Cerro Navia (Ribotta, 2010).

En el presente apartado se analiza esta realidad y, en particular, el acceso y ejercicio de derechos de estos colectivos en condiciones de igualdad y no discriminación.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y NORMATIVA NACIONAL

La igualdad y no discriminación permea el derecho de los derechos humanos. En virtud de este principio, los Estados se ven compelidos a respetar y garantizar a todos los habitantes del territorio nacional el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales que hayan ratificado, “[s]in distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”². En la Constitución Política de la República se expresa similar principio, al declararse que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1°); y que “no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley” (art. 19 N° 2°).

Los instrumentos internacionales referidos a los pueblos indígenas, específicamente el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no establecen diferencias entre indígenas rurales y urbanos, entendiéndose que todos/as son destinatarios y titulares de los derechos que ellos contienen y consagran. El mismo criterio ha sido sostenido por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de Naciones Unidas, al señalar que “los miembros de los pueblos indígenas no deben ser divididos entre urbanos y rurales, sino como pertenecientes a un mismo pueblo [...]”³.

2 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Art. 2. El art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en similares términos establece el derecho a la no discriminación.

3 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Sexto período de sesiones. Nueva York, 14 a 25 de mayo de 2007. E/C.19/2007/CRP.8. pág. 2.

La constatación de que “[e]n muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”⁴, llevó a que en el seno de la OIT se adoptara el Convenio 169, estableciéndose un conjunto normativo que plasma, en la especificidad de los pueblos indígenas, derechos ya garantizados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Dentro de las obligaciones de garantía que este cuerpo impone está la de desarrollar, con la participación de estos sujetos de derecho, una “acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2.1). Ello requiere asegurar que dichos pueblos gocen y ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad en relación con los otros miembros de la comunidad (art.2.2), estableciéndose que deberán promoverse los derechos económicos, sociales y culturales, en la perspectiva de eliminar las diferencias socio económicas que puedan existir entre indígenas y el resto de la población (arts. 2.2 b. y c.). El instrumento agrega que se deben adoptar medidas en la dirección de proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales, lo que debe ser tenido en consideración a los fines de encarar los problemas que deban enfrentar dichos pueblos tanto colectiva como individualmente (art 5.a). Particularmente, se deberán adoptar medidas que permitan superar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y trabajo (art. 5.c).

Por último, el principio de igualdad y no discriminación recorre transversalmente todo el Convenio 169 en los ámbitos más específicos destinados a las condiciones de empleo; formación profesional; seguridad social; salud; y educación. En relación con cada uno de estos derechos, el Convenio llama a establecer condiciones de acceso, protección, seguridad y participación, todo ello en cooperación y participación de los pueblos interesados, y cuando corresponda, previa consulta, garantizando la igualdad y no discriminación.

4 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Preámbulo.

MIGRACIÓN CAMPO-CIUDAD E IDENTIDAD INDÍGENA

La migración campo-ciudad de los pueblos indígenas ha sido estudiada fundamentalmente para el caso del pueblo mapuche. El estudio de Carlos Munizaga sobre la migración de los mapuche a la ciudad de Santiago fue pionero (Munizaga, 1961). De acuerdo con dicho análisis, este proceso está asociado a las expectativas de acceso a servicios y prestaciones que la ciudad ofrece, y a la consecuencial mejora en la calidad de vida. Es decir, las condiciones de pobreza y marginalidad que la ruralidad de origen representa explican en gran medida este desplazamiento. En la Región de La Araucanía se han puesto de relieve las carencias y brechas socioeconómicas que en comparación a otras regiones, experimenta esta zona del país, estimulando la migración a la ciudad: “[I] a extrema pobreza, incluida la indigencia, alcanza en aquella región el doble, aproximadamente, del promedio del país. La mortalidad infantil llega al triple de la nacional. En comunas indígenas como Ercilla, Lumaco y Teodoro Schmidt, esta tasa es de 50 por mil nacidos vivos, la misma del país en su conjunto hace medio siglo. En el ámbito educacional, los datos son similares: en 1996, de la 44 peores escuelas de Chile, de acuerdo a mediciones efectuadas por el Simce, 26 de encontraban en la Araucanía profunda” (Gissi, 2004, pág. 3).

Sin embargo, estas condiciones son explicativas de cualquier movimiento migratorio. Un segundo factor identificado, y que está asociado exclusivamente a la condición étnica, es la “disminución y degradación de las tierras comunitarias, proceso generado por el sistema de tenencia de la tierra impuesto por el [E]stado chileno desde fines del siglo XIX⁵. Esta cuestión se ha transformado en un problema estructural pues la tierra –por diversas causas (expropiaciones, usurpaciones, ventas irregulares)– ha disminuido en forma regular en contraposición al crecimiento sostenido de la población, lo que ha significado la partida

5 Se trata de un sistema basado en la entrega de Títulos de Merced con los cuales el Estado reconocía una porción de tierra para el usufructo familiar. Estas entregas se hicieron sin considerar los territorios ocupados originalmente por los mapuche, los que fueron entregados a la colonización europea, los remates y las ventas. Las parcelas de tierras han sido promediadas entre 2 y 5 hectáreas por familia. El proceso de radicación se llevó a cabo entre los años 1883 y 1929, entregándose un total de 500.000 hectáreas, es decir, el 5% del territorio histórico [Nota del autor].

de miembros jóvenes de la comunidad [a la ciudad]" (Bello, 2002, p. 41).

De acuerdo con la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, el Estado reconoció —a través de la radicación mediante títulos de merced— tierras a poco más de dos tercios del total de la población mapuche de la época (77 mil de una población estimada en 110 mil), dejando al resto de ella sin tierras, obligándola a migrar a los centros urbanos (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003). La carencia o insuficiencia de tierras generó presiones adicionales que subsisten hasta hoy y que permiten comprender que, sumadas a las demás condiciones antes explicadas, el pueblo mapuche sea en promedio la población de origen indígena más expuesta a la migración campo-ciudad. Ello podría explicar que, según datos del censo 2002, "[a]l comparar la condición de migración, [...] las personas que declararon pertenecer a alguno de los pueblos indígenas migran con mayor frecuencia" (Aravena, Gissi, & Toledo, 2005, p. 121).

El proceso migratorio en la actualidad es diferente al experimentado en décadas pasadas (años 30-40 del siglo XX). En el caso de los pueblos indígenas del norte del país, en particular en el caso de los aymara, un factor determinante de la migración a contar de la década de los ochenta fue el de la apropiación, basándose en el Código de Aguas de 1981, de las aguas de propiedad ancestral de las comunidades, por parte de empresas mineras y sanitarias. La falta de agua en las comunidades andinas dificultó el desarrollo de las actividades agrícolas y pastoriles tradicionales, forzando a muchos a migrar a centros urbanos como Arica, Iquique y Calama (Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003). Otro factor que ha incidido en este proceso es el mejoramiento de la conectividad y de la infraestructura que favorece comunicaciones regulares y expeditas entre el campo y la ciudad. De esta manera, muchos indígenas viven en la ciudad y en sus comunidades al mismo tiempo (Bengoa, 2007; Bello, 2002). Es precisamente el caso de los indígenas *likan antay* del Alto Loa, que viven en la ciudad de Calama y mantienen un contacto permanente con sus comunidades (Cupo, Chiu Chiu, San Pedro, entre otras), o de los indígenas mapuche que habitan en Temuco o Padre Las Casas, y que mantienen con sus comunidades de origen vínculos regulares.

Para los indígenas urbanos, los impactos estudiados están centrados en las dimensiones de la identidad cultural y las eventuales afectaciones al acceso a los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad y no discriminación.

En relación con los aspectos identitarios, es un hecho que la ciudad plantea el desafío de la resignificación, esto es, la recreación de la condición indígena. Es decir, se trata de una identidad que "[y]a no puede basarse en el concepto de comunidad, de *lof*, de reducción. La población [indígena] contemporánea se ve dificultada de concebir la identidad desde un solo espacio, como tampoco resulta fácil concebir que uno de los dos lugares, rural o urbano, sea el definitivo. Suele haber una migración periódica a lo largo del ciclo anual hacia ambos lados, del sur rural hacia el centro metropolitano y viceversa, retroalimentándose las experiencias y conocimientos de unos y otros sobre la ciudad" (Gissi, 2004, pág. 6). Esas resignificaciones, sin embargo, no son lineales, dependen de factores como la distancia entre la comunidad de origen y la ciudad. De esta manera, no es lo mismo la vivencia de la condición de indígena en la Región Metropolitana que en Concepción o Temuco, por ejemplo, y que en esta perspectiva "[c]ambia definitivamente el sentido de la resignificación de la identidad étnica y de sus adscriptores, cualquiera que éstos sean. En efecto, se constata que mientras más cerca se está de las comunidades menos importante resulta resignificar la identidad. De tal manera que aquí no cabría hablar de 'recreación' identitaria" (Aravena, Gissi, & Toledo, 2005, p. 122).

Estos vínculos con el lugar de origen han permitido estrechar no solo distancias sino permear las vivencias en la ciudad, y viceversa, influir en la comunidad de origen. De esta manera, por ejemplo, se ha estudiado que los aymara han logrado estructurar relaciones comerciales que han "[p]ermitido dominar el mercado de productos frescos de la ciudad de Arica. Tienen un hábitat urbano-costero, donde realizan sus negocios (Arica), poseen campos de producción de hortalizas en los valles y el ganado en la habitación tradicional de la altiplanicie andina" (Bengoa, 2007, p. 53).

Sea como fuere que estos procesos migratorios se encaren, lo cierto es que se observa en relación con las identidades indígenas urbanas, lo que algunos estudiosos denominan

procesos de “re-etnificación” (Gissi, 2004), probablemente como consecuencia de múltiples factores, entre los cuales está la emergencia en el debate público de la temática indígena, el desarrollo normativo del derecho internacional que reclama establecer relaciones fundadas en el respeto y reconocimiento de derechos, y la propia intervención del Estado mediante transferencias de beneficios y el diseño y ejecución de políticas públicas específicas hacia dichos colectivos. Diversos estudios confirman lo dicho. La conclusión de Munizaga (1961), Aravena (1995, 1999) y Gissi (2001, 2004), “[e]s que la identidad indígena, lejos de desaparecer, en la ciudad se recrea. Es más, toma la forma de una ‘reivindicación de las particularidades distintivas’ y de una ‘explicación de la alteridad’ que conducen a la ‘formación de nuevas identidades urbanas’” (Rasse & Sabatini, 2013, pág. 185).

Esta resignificación de las identidades en la ciudad se puede observar, entre otras expresiones, en:

- a) La expansión y crecimiento de las organizaciones indígenas urbanas⁶, lo que se corrobora por el aumento de Asociaciones Indígenas urbanas registradas en CONADI (Aravena, Gissi, & Toledo, 2005, p. 122);
- b) La resignificación de espacios urbanos para la celebración de actividades religiosas, deportivas, culturales y la instalación de centros comunitarios en las principales comunas con presencia indígena. Estas experiencias se pueden constatar en comunas como Cerro Navia, La Pintana, Pudahuel, Lo Prado y Peñalolén, y en la Región Metropolitana, entre otras, pero también en ciudades próximas a comunidades indígenas como Likan Ray. En todas estas ciudades y comunas existen centros ceremoniales indígenas, espacios colectivos administrados por los propios indígenas.
- c) La irrupción de demandas indígenas propiamente urbanas, asociadas al ejercicio de derechos en la ciudad, como el caso reseñado al inicio del presente acápite.

6 “En la década de los 90, observamos un incremento sostenido de organizaciones mapuche urbanas (75%), constituyéndose en este período la gran mayoría de ellas. Esto coincide con hitos como la vuelta de la democracia en 1990, con el Censo de 1992 y la conmemoración de los 500 años de la conquista, con la promulgación de la Ley Indígena en 1993, y la creación posterior de la CEPI y CONADI, con la Oficina de Asuntos Indígenas (OAI) de Santiago, y el resurgimiento de los conflictos con las forestales en el sur de Chile” (Varas, 2005, pág. 58).

Otro ejemplo ilustrativo es la demanda de organizaciones mapuche de la comuna de Lo Prado por ser consultadas de conformidad al Convenio 169 de la OIT, por el proyecto de instalación de torres de alta tensión en el sector General Bonilla-Las Torres-General Buendía, a propósito de la extensión de la red del Metro de Santiago, al estimar que centros ceremoniales se verían afectados⁷.

- d) Como un correlato de la creciente importancia que los colectivos y personas indígenas adquieren a nivel de la ciudad, se puede mencionar la instalación de oficinas municipales de asuntos indígenas y la ejecución de planes específicos destinados a este sector de la población.

Con el objeto de conocer esta realidad, el INDH ofició a las municipalidades cuya población indígena es igual o superior al 30% del total de la población, de acuerdo con las cifras del censo 2002. Para abarcar la realidad indígena urbana se incluyó a las cinco comunas con más proporción de población indígena en la Región Metropolitana y a todas las capitales regionales. De las respuestas recibidas destaca la creciente preocupación de municipios eminentemente urbanos por este sector de la población. Entre otras acciones, se pueden señalar las emprendidas por la Municipalidad de Peñalolén. Esta repartición informa que desde el año 2010 cuenta con un Plan Operativo Anual dependiente de la Oficina de Pueblos Originarios⁸. Para este año 2013, dicho plan contempla como objetivos estratégicos “[f]omentar el ejercicio de derechos, de participación y desarrollo de las identidades indígenas en base al Convenio 169; potenciar el uso de espacios comunitarios, difusión y visibilización de los diversos pueblos originarios y las personas y/o comunidades indígenas de la comuna; y potenciar el área de fomento productivo de los pueblos originarios”⁹. A nivel de salud primaria municipal se informa que para el mismo periodo se ejecuta

7 Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía. Cámara de Diputados Oficio N° 675-2013 de 10 de octubre de 2013, dirigido al INDH en el que consulta sobre consecuencias que podría tener, a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la instalación de torres de alta tensión.

8 Municipalidad de Peñalolén. Ord. ALC. N° 200/4041 de 10 de octubre de 2013.

9 Ibidem.

un plan de salud intercultural, con fondos solicitados por organizaciones indígenas y financiados por el Servicio de Salud Metropolitano Oriente. Entre otras acciones está la atención en salud de machis en los Centros de Salud Familiar (CESFAM), dependientes del municipio o directamente en los sitios comunitarios –Ruka Folil mapu– gestionados por las organizaciones indígenas. En el caso de la comuna de San Ramón se informa que la Oficina de Asuntos Indígenas comenzó a funcionar en mayo de 2009 con el objeto de proporcionar “[a]tención y orientación respecto de subsidios y política pública orientada a los pueblos originarios”¹⁰, y apoyo a “[c]eremonias tradicionales y religiosas de los pueblos originarios”¹¹. En el caso de la comuna de La Pintana, desde el año 1997 cuenta con una Oficina de Asuntos Indígenas que tiene por objeto “[p]reservar la identidad cultural de los descendientes indígenas de La Pintana, a través de la realización de actividades culturales, la incorporación a becas y el potenciamiento de las organizaciones indígenas en el quehacer comunitario y social”¹². Solo en la comuna de La Pintana funcionan 13 asociaciones indígenas, nueve de las cuales participan en la mesa comunal indígena. En la actualidad se indica que existen dos asociaciones indígenas (Taiñ Adkim e Inchiñ Mapu) que “[d]esempeñan salud intercultural en consultorios, con aportes obtenidos del Ministerio de Salud”¹³. El año 2009 se creó la Oficina de Asuntos Indígenas de la ciudad de Puerto Montt, dedicada entre otras actividades a “[i]nformar de los derechos y beneficios existentes para las personas que tienen y acreditan la calidad de indígenas; recatar y promover la cultura e identidad indígena”¹⁴.

Se trata de experiencias que se corresponden con los obligaciones que el Estado de Chile ha contraído en materia de derechos de los pueblos indígenas, y que requieren ser alentadas y fortalecidas.

EJERCICIO DE DERECHOS SIN DISCRIMINACIÓN

Los procesos migratorios no solamente tienen un impacto en la identidad indígena, sino también en la discriminación que pudiera afectar a este sector de la población en el ejercicio y goce de derechos.

La evidencia indica que en materia de indicadores sociales (acceso a la salud, educación, previsión social y empleo, entre otros), la ciudad ofrece mejores condiciones de vida y, comparando la situación de la población indígena urbana con la de la población indígena rural, la primera cuenta con mejores indicadores de accesibilidad que la segunda (Espinoza & Rabi, 2013; Thiers, 2013; Bengoa, 2007). De ahí que se sostenga, por ejemplo, en relación con la educación, que “[l]a urbanización de las poblaciones indígenas ha sido acompañada también de un acceso mayor de los jóvenes indígenas a la educación estatal o formal, e incluso a la educación universitaria” (Bengoa, 2007, p. 53). Otro ejemplo es que mientras el 18% de los hogares mapuche sureño rural se ubica con ingresos sobre la media nacional, el 45% de los mapuche metropolitanos supera ese baremo. Otro tanto es posible de señalar respecto del acceso a servicios básicos como energía eléctrica y alcantarillado, en donde la ruralidad presenta mayores déficits en comparación a la realidad en la ciudad (Espinoza & Rabi, 2013).

Sin embargo, otro dato relevante son las brechas que exhiben los pueblos indígenas urbanos en materia de indicadores socioeconómicos (pobreza, salud, trabajo, etc.) en comparación con los habitantes no indígenas de la ciudad. Un interrogante importante, a los fines de determinar situaciones de discriminación en el ejercicio y goce de derechos, es evaluar –de acuerdo con los datos disponibles– en qué medida estas diferencias pueden explicarse basándose en la incidencia de la variable étnica.

El análisis de los indicadores de línea de pobreza, cobertura educacional y acceso a seguros de salud de la Encuesta Casen 2011 demuestran que en términos totales, la población indígena urbana se encuentra en peor situación en comparación con la población no indígena.

Si se observa la variable pobreza, se concluye que el 19,4 % de los indígenas urbanos viven bajo la línea de la pobreza, a diferencia del 14,7% de los no indígenas.

10 Municipalidad de San Ramón. Oficio N° 414 s/f, recepcionado por el INDH el 18 de octubre de 2013.

11 Ibídem.

12 Municipalidad de La Pintana Oficio Ord. N° 2500/597-4426 de 16 de septiembre de 2013.

13 Ibídem.

14 Municipalidad de Puerto Montt Ord. N° 436 de 1 de octubre de 2013.

SITUACIÓN DE POBREZA SEGÚN ETNICIDAD, POBLACIÓN URBANA, 2011

SITUACIÓN DE POBREZA EXCLUIDO S.D.PA	INDÍGENA	NO INDÍGENA
Pobres extremos	3,5%	2,7%
Pobres no extremos	15,9%	12,0%
No pobres	80,6%	85,3%
Total	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

La situación de escolaridad también exhibe brechas. Mientras el 12,9% de la población indígena urbana alcanzó educación superior, el 20,7% de la población no indígena alcanzó el mismo nivel.

NIVEL DE ESCOLARIDAD ALCANZADA SEGÚN ETNICIDAD, POBLACIÓN URBANA, 2011

NIVEL EDUCACIONAL ALCANZADO	INDÍGENA	NO INDÍGENA
Nunca Asistió	7,0%	6,0%
Preescolar	7,4%	4,3%
Otro	0,4%	0,5%
Básica (o equivalente)	33,5%	28,1%
Media (o equivalente)	38,8%	40,3%
Educación superior	12,9%	20,7%
Total	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

En materia de cobertura de seguros de salud existen diferencias de acuerdo con lo que evidencia la siguiente tabla.

SISTEMA DE SALUD SEGÚN ETNICIDAD, POBLACIÓN URBANA, 2011

SISTEMA DE SALUD	INDÍGENA	NO INDÍGENA
Fonasa	89,1%	79,6%
Isapre	7,0%	15,0%
Otro	3,9%	5,4%
Total	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2011.

El más reciente estudio¹⁵ relacionado con esta temática concluye que las desigualdades exhibidas son “multidimensionales”, es decir, no solo atribuibles a la variable étnica¹⁶ (Durstun, 2013). Es más, “[l]os hogares mapuche y aymara de Santiago, Temuco e Iquique muestran niveles de segregación menores o similares que los niveles de segregación de los hogares de estratos socioeconómicos bajos o populares” (Rasse & Sabatini, 2013, pág. 189). Las conclusiones de este estudio postulan que “[l]as formas de discriminación social reclamadas y el aislamiento social registrado tienen raigambre en las diferencias socioeconómicas más que en las étnicas; y, segundo, que los miembros de los grupos indígenas muestran altos grados de integración con personas no indígenas a nivel de relaciones cercanas e íntimas, al mismo tiempo que altos niveles de interacción con los miembros de su propia etnia” (Rasse & Sabatini, 2013, pág. 183). Sin embargo, el estudio desarrollado por Corporación Humanas en 2010 concluye que la discriminación experimentada por las mujeres indígenas en Chile sí tiene un componente étnico: las mujeres indígenas se consideran a sí mismas más discriminadas (99%) respecto de sus pares que no tienen ascendencia étnica, particularmente en ámbitos como la política, el trabajo y los medios de comunicación (Corporación Humanas, 2010).

La principal institución encargada de velar por el diseño e implementación de políticas públicas dirigidas a este sector de la población es la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). Su mandato legal a este respecto es débil, pues de acuerdo con el artículo 77 de la Ley N° 19.253 tan solo “[p]odrá impulsar y coordinar con los Ministerios, Municipios y oficinas gubernamentales planes y programas que tengan por objeto lograr mayores grados de bienestar para los indígenas urbanos y migrantes, asegurar la mantención y desarrollo de sus culturas e identidades propias, así

15 Iniciativa desarrollada en el marco del Programa Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para la Prevención y Gestión de Conflictos Interculturales en Chile que, entre los años 2010 y 2012, reunió el trabajo de seis agencias del Sistema de Naciones Unidas (OIT, FAO, UNESCO, UNICEF, OPS y PNUD) y el Gobierno de Chile.

16 Para estos efectos, el estudio consideró a los pueblos aymara y mapuche, comparando el posicionamiento socioeconómico de sus miembros con quienes no pertenecen a ellos. Los datos utilizados provienen de la Encuesta de Caracterización Nacional CASEN del año 2009, cuya cobertura y representatividad resultaban adecuadas para los fines del estudio.

como velar y procurar el cumplimiento del artículo 8º de esta ley”¹⁷. Atendida la importancia y el peso demográfico de la población indígena urbana, así como las obligaciones que dimanen del derecho internacional de los derechos humanos en esta materia, se requiere de una institucionalidad con la capacidad de abordar la realidad que se ha descrito de forma integral.

Al respecto, la CONADI informó al INDH¹⁸ que es a través del Fondo de Desarrollo Indígena (FDI) que se focalizan las políticas públicas del Estado dirigidas a este sector de la población. Dentro de los objetivos estratégicos destinados a los pueblos indígenas urbanos, destaca aquel que busca “[a]umentar las oportunidades para el desarrollo integral de familias y organizaciones indígenas urbanas, mediante la implementación de instrumentos que mejoren el acceso al crédito y/o subsidios orientados, preferentemente, al desarrollo productivo, comercial y sociocultural”¹⁹. La CONADI señaló que para la población indígena urbana, el Fondo de Desarrollo “ha financiado varias líneas programáticas focalizadas exclusivamente para ellos/as, entre otros “Generación de Micro emprendimientos”, “Incubadoras de Negocios”, “Ferias de Productos Étnicos”, definidas a partir de los lineamientos de la Dirección Nacional de CONADI y a través de los compromisos que establece cada Unidad Operativa con la población objetivo”²⁰. El presupuesto destinado a estas actividades representó el 1,78% del presupuesto total asignado a CONADI para el año 2012. Un aspecto de preocupación para el INDH es que los recursos del Fondo de Desarrollo Indígena (FDI) estarían beneficiando mayoritariamente a personas naturales o a las comunidades reconocidas por la ley, y en menor medida a las asociaciones indígenas u otras organizaciones que se constituyen en los centros urbanos.

Adicionalmente, la CONADI cuenta con recursos del Ministerio de Desarrollo Social para ejecutar una línea concur-

sable, dirigida a familias indígenas urbanas pertenecientes al Sistema Chile Solidario, cuyo objetivo es contribuir a mejorar las condiciones de ingreso y empleo de familias indígenas extremadamente pobres que habitan en sectores urbanos²¹.

Otra fuente de financiamiento de CONADI es el Fondo de Cultura y Educación (FCE), que mediante sus programas Subsidio a la Capacitación y Especialización de Indígenas, Difusión y Fomento de las Culturas Indígenas, Manejo y Protección del Patrimonio Indígena, Aplicación del Diseño Curricular y Pedagógico Intercultural Bilingüe, y Recuperación y Revitalización de las Lenguas Indígenas, financia las iniciativas priorizadas por cada Unidad Operativa dependiente de CONADI. Sin embargo, solo la Oficina de Asuntos Indígenas (OAI) de Santiago destina la totalidad de los recursos asignados al FCE a financiar las demandas de la población indígena urbana, principalmente del Pueblo Mapuche, Aymara y Rapa Nui²².

Se trata de esfuerzos significativos pero insuficientes, dada la proporción de la población indígena que vive en los centros urbanos. Dichos esfuerzos requieren ser fortalecidos tanto política como financieramente para poder abordar los principales problemas que afectan a la población indígena urbana. Adicionalmente, se requiere que el Estado atienda a esta realidad desde la especificidad étnica, no solo a efectos de dar respuesta cabal a los compromisos referidos a los pueblos indígenas, sino con el objeto de identificar y focalizar las políticas públicas de manera que estas sean pertinentes y eficaces.

Al respecto, se sugiere tener presente las recomendaciones del Informe de la Reunión Internacional de Expertos sobre Pueblos Indígenas Urbanos y migraciones, en particular en relación con la adopción de medidas para que los pueblos indígenas no sean objeto de ningún tipo de discriminación y/o exclusión en las zonas urbanas, garantizarles el derecho a una educación de alta calidad y culturalmente apropiada, asegurar la disponibilidad de una adecuada financiación para los indígenas urbanos y sus organizaciones, desarrollar estrategias en consulta con las organizaciones indígenas para la distribución de servicios sociales y públicos para poblaciones

17 El art. 8 señala que: “Se considerará falta la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura. El que incurriere en esta conducta será sancionado con multa de uno a cinco ingresos mínimos mensuales”.

18 Ordinario N° 566 del Director Nacional (S) de CONADI, de fecha 22 de octubre de 2013.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

altamente móviles, para los indígenas sin hogar y para los pueblos indígenas que viven en condiciones precarias; así como recolectar datos ajustados, tanto cualitativos como cuantitativos sobre las condiciones de vida y experiencias de los indígenas urbanos (ONU-Hábitat, ACNUDH, UNPFII, CELADE-CEPAL, & OIM, 2007).

BIBLIOGRAFÍA

- Aravena, A., Gissi, N., & Toledo, G. (2005). Los mapuches más allá y más acá de la frontera: Identidad étnica en las ciudades de Concepción y Temuco. *Sociedad Hoy* (8-9), 117-132.
- Bello, A. (2002). Migración, Identidad y Comunidad Mapuche en Chile: Entre utopismos y realidades. *Asuntos indígenas* (3-4), 40-47.
- Bengoa, J. (2007). Conferencia IntroductoriEmergencia indígena y la presencia de los indígenas en las ciudades de América Latina. *Pueblos Indígenas y Ciudadanía*. "Los Indígenas Urbanos" (pp. 41-63). La Paz: Fondo Indígena.
- Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. (2003). *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas*. Santiago.
- Corporación Humanas. (2010). *Percepciones de las mujeres indígenas y no indígenas sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2010*. Santiago.
- Durston, J. (Ed.). (2013). *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales*. Santiago: PNUD.
- Espinoza, V., & Rabi, V. (2013). La desigualdad social en las relaciones interétnicas en el Chile actual. En J. Durston (Ed.), *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales* (págs. 249-272). Santiago: PNUD.
- Gissi, N. (agosto de 2004). *Los Mapuche en el Santiago del Siglo XXI: Desde la ciudadanía política a la demanda por el reconocimiento*. Obtenido de Cultura Urbana: <http://cultura-urbana.cl/pdf/los-mapuches-en-el-santiago-del-siglo-xxi-gissi.pdf>
- Gissi, N. (marzo de 2004). Segregación Espacial Mapuche en la Ciudad: ¿Negación o revitalización identitaria? *Revista de Urbanismo* (9). Obtenido de http://web.uchile.cl/vignette/revistaurbanismo/CDA/urb_completa/0,1313,ISID%253D315%2526IDG%253D2%2526ACT%253D0%2526PRT%253D6418,00.html
- INE. (s.f.). *Estadísticas Sociales Pueblos Indígenas en Chile Censo 2002*. Obtenido de http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/pdf/info_etniascenso2002.pdf
- Munizaga, C. (1961). *Estructuras transicionales en la migración de los araucanos de hoy a la ciudad de Santiago de Chile*. Santiago: Universitaria.
- ONU-Hábitat, ACNUDH, UNPFII, CELADE-CEPAL, & OIM. (2007). *Informe de la Reunión Internacional de Expertos sobre Pueblos Indígenas Urbanos y migraciones*. Santiago.
- Rasse, A., & Sabatini, F. (2013). Alteridad étnica y socioeconómica en las ciudades chilenas. En J. Durston (Ed.), *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales* (págs. 183-209). Santiago: PNUD.
- Ribotta, B. (julio de 2010). *Diagnóstico Sociodemográfico de los Pueblos Indígenas de Chile. Documento de proyecto*. Obtenido de http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/0/40390/chile_julio2010.pdf
- Thiers, J. (2013). Los Mapuche en Santiago: algunos antecedentes empíricos. En J. Durston (Ed.), *Pueblos Originarios y sociedad nacional en Chile: La interculturalidad en las prácticas sociales* (pp. 153-158). Santiago: PNUD.
- Varas, J. M. (julio de 2005). *La construcción de la identidad étnica urbana: Etnificación y etnogénesis del movimiento mapuche urbano organizado en la ciudad de Santiago 1990-2000*. Tesis presentada para obtener el grado de Magíster en Antropología y Desarrollo. Obtenido de http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2005/varas_j/sources/varas_j.pdf

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES



Fotografía: Enrique Cerdá

DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES



ANTECEDENTES

El Poder Ejecutivo envió en agosto de 2013 un proyecto de ley sobre migración y extranjería al Congreso Nacional¹. El INDH valora la presentación de esta iniciativa de ley, con lo cual se acoge la recomendación hecha en tal sentido por el Comité de la Convención de los Trabajadores Migrantes y sus Familias y por el propio Instituto. La principal norma actualmente vigente corresponde a un decreto ley (DL 1094 de 1975), dictado en un contexto político donde la migración era mirada con sospecha y desde el paradigma de la seguridad nacional. El proyecto de ley abre la posibilidad de adecuar la legislación migratoria a la realidad actual de la movilidad humana en Chile y que su abordaje sea acorde a estándares de derechos humanos.

La necesidad de una nueva legislación y política pública migratoria se constata a diario dada la situación de vulneración de derechos que afecta a migrantes, solicitantes de refugio y refugiados/as en Chile². Estas vulneraciones están relacionadas con las debilidades de las normas vigentes, la discrecionalidad de las autoridades migratorias y las prácticas institucionales no siempre acordes a principios de derechos humanos. A pesar de los esfuerzos realizados por el Estado³, las dificultades que enfrentan determinados grupos de

migrantes para ingresar al país⁴, así como los largos trámites para lograr la estadía legal de aquellos/as que no residen en Santiago, los obstáculos en el acceso a salud y educación, y las precarias condiciones en que muchos/as viven dan cuenta del limitado impacto de la iniciativa estatal.

En mayo de 2013, el INDH realizó una misión de observación a Iquique y Colchane (INDH, 2013) en la que confirmó estos problemas, a lo que se agregan denuncias de organizaciones de migrantes y de otras organizaciones de la sociedad civil por rechazos en frontera a solicitantes de refugio, trato denigrante y discriminatorio de parte de los/as funcionarios/as hacia colombianos/as afrodescendientes, y arbitrariedades en la exigencia de requisitos poco claros para autorizar el ingreso al país –como los montos de solvencia o “bolsa de viaje”– a los/as migrantes en general y a ciudadanos/as de países del Mercosur, aun cuando estos/as últimos/as están exentos/as⁵. Las situaciones informadas dan cuenta de obstáculos al ingreso que tienen entre sus consecuencias el aumento de la migración irregular y del tráfico de migrantes⁶.

1 Boletín 8970-06.

2 El INDH ha revisado estas situaciones en sus Informes Anuales 2010, 2011 y 2012.

3 Ley N° 20.430 sobre la protección de los/as refugiados/as (2010) y su reglamento (2011), la Ley N° 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal (2011), y disposiciones sectoriales como el Ordinario N° 3.229 de 2008 del Ministerio de Salud, sobre la “Atención en salud de la población inmigrante en riesgo social y permanencia no regular” y Ordinario N° 7/1008 de 2005 del Ministerio de Educación.

4 La propia prensa del país reporta lo siguiente: “Estadísticas de la Jefatura Nacional de Extranjería y la Policía internacional de la PDI indican que entre enero y septiembre de 2013, un total de 12.655 ciudadanos de otros países no fueron admitidos en los distintos puestos fronterizos chilenos. Esto implica un aumento de 33,2% respecto de igual período de 2012, cuando 9.500 personas fueron devueltas. Esta cifra de no admitidos superó a los reembarcados en 2011 (7.936) y 2010 (4.833)” (Rodríguez & Díaz, 2013).

5 Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte y de Bolivia y Chile, suscrito en 2002.

6 De hecho, en octubre de 2013, el INDH presentó ante la Corte de Apelaciones de Arica un recurso de amparo en favor de siete ciudadanos/as colombianos/as a quienes se les ha negado el ingreso al país como turistas aun cuando cumplen con los requisitos legales pertinentes. Rol 44-2013, presentado el 16 de octubre de este año.

Durante 2013 se han conocido nuevos casos de trata de personas y tráfico de migrantes, y en agosto se produjo la primera sentencia condenatoria en el país por trata con fines de explotación laboral⁷, proceso que tuvo al INDH entre los querellantes⁸. El delito afectó a 63 ciudadanos bolivianos que, mediante engaño y aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, fueron trasladados a Chile y obligados a trabajar en condiciones de explotación y servidumbre en la instalación de torres de alta tensión en la comuna de Molina. En la sentencia, el Tribunal de Garantía indicó que “a las víctimas se las ha transformado en vías útiles para la consecución de determinados fines –la instalación de torres de alta tensión para el beneficio de los imputados–, sin importar los medios empleados o degradación sufrida por los trabajadores en el proceso, y que se reflejan en el no pago de sueldos pactados, malas condiciones de vida, horarios extensos y extenuantes, irregular situación migratoria, entre otros aspectos. En concreto, la actuación de los acusados afectó la libertad personal de las víctimas, su integridad física y psíquica y la libertad de trabajo, en el sentido de su protección y libre elección”⁹.

Los tiempos de detención de las personas extranjeras que esperan la ejecución de resoluciones de expulsión y las condiciones en que se ejecutan han estado en revisión durante el 2013, como consecuencia de recursos interpuestos por la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ) y el INDH. La

Ley de Extranjería dispone que la autoridad policial debe ejecutar la medida de expulsión dentro del plazo de 24 horas (art. 90). Sin embargo, los medios de comunicación informaron situaciones que excedían los márgenes establecidos por la ley y en condiciones contrarias a la dignidad humana¹⁰. La Corte de Apelaciones de Arica –que conoció uno de los casos– acogió el recurso del INDH y en su sentencia estableció la ilegalidad y arbitrariedad de la detención y, dada la gravedad de los hechos, dispuso la remisión de los antecedentes al Ministerio del Interior y Seguridad Pública y al Director de la Policía de Investigaciones de Chile, “a fin de establecer las eventuales responsabilidades administrativas, y dado que esta situación, como es de público conocimiento, no parece ser un caso aislado, se establezcan protocolos que permitan dar cumplimiento a los requerimientos administrativos dentro del marco de la legalidad vigente, a objeto de poner término y evitar que actos de idéntica naturaleza se reiteren”¹¹. Atendiendo a esta disposición, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública emitió un Protocolo de Actuación para la Expulsión de Extranjeros Infractores en marzo de 2013¹².

La legislación migratoria vigente, además de sus limitaciones y omisiones, entrega grados de discrecionalidad excesiva a las autoridades migratorias. De hecho, en julio de 2013 el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento de inconstitucionalidad del artículo 13 primer inciso de la actual legislación migratoria que precisamente refiere a la discrecionalidad del Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el

7 Juzgado de Garantía de Molina, sentencia en procedimiento abreviado causa RUC N° 1300463325-8, RIT N° 760-2013, de 27 de agosto de 2013. Además de este caso, en 2013 se informó a través de los medios de comunicación de la situación descubierta en el restaurante Jewels of India, actualmente en investigación por parte de la Fiscalía.

8 El INDH ha interpuesto querrela criminal en cinco casos: en septiembre de 2011 presentó la primera, cuando se conoció el caso de 34 ciudadanos/as paraguayos/as sometidos a explotación laboral por parte de un empresario agrícola (causa aún en proceso, RUC 1110028038-K); la segunda corresponde a un caso de tráfico de migrantes que afecta a 43 ciudadanos peruanos, respecto de la cual el tribunal oral en lo penal de Santa Cruz emitió sentencia condenatoria en marzo de 2013. Ruc 1200236968-9; la tercera corresponde a un caso de trata de ciudadanas de República Dominicana y constituye la primera condena por trata de personas en la que se aplicó la legislación adoptada en abril de 2011; la cuarta, en agosto del 2012, por trata de personas que afecta a ciudadanas colombianas que fueron trasladadas con engaño a Chile y obligadas bajo coacción y amenaza a prostituirse, sobre la cual el 24 de octubre de 2013 el 4to Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago dictó sentencia condenatoria (RUC 1200922694-8); la quinta, en 2013, por trata de personas y tráfico de migrantes respecto de ciudadanos bolivianos, referido antes en este informe.

9 Juzgado de Garantía de Molina, op. cit., Considerando Octavo.

10 Un caso se refiere a 17 migrantes que fueron privados ilegalmente de su libertad, en dependencias del Cuartel Policial de calle General Borgoño de la Policía de Investigaciones de Chile. En sentencia Rol N° 351-2013, 9 de marzo de 2013, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de amparo en favor de estas personas presentada por la Corporación de Asistencia Judicial, que fueron puestas en libertad. El segundo caso afecta a una ciudadana colombiana, detenida en enero de 2013 en Arica y que recobró su libertad el 14 de marzo luego de que la Corte de Apelaciones acogiera favorablemente un recurso de amparo presentado por el INDH (ROL 1802-13, 18 de marzo de 2013). Ver Diarios The Clinic <http://www.theclinic.cl/2013/03/07/video-asi-trata-la-pdi-a-los-inmigrantes-que-esperan-ser-expulsados-de-chile/>, del 7 de marzo 2013, y EMOL <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/03/26/590319/suprema-ordena-investigar-la-detencion-de-17-inmigrantes-en-cuartel-de-la-pdi.html>, del 26 de marzo 2013.

11 ROL 1802-13, 18 de marzo de 2013. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia (Rol N° 1346-13 de 1ero de abril de 2013).

12 Oficio 18442 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública al INDH, 4 de septiembre de 2013.

otorgamiento y prórroga de visas y concesión de permanencia definitiva¹³. Actualmente, su potestad discrecional se aplica “atendiéndose en especial a la convivencia o utilidad que reporte al país su concesión”, lo que resulta en la práctica en arbitrariedades contrarias a los principios de derechos humanos¹⁴. El pronunciamiento da respuesta a un recurso interpuesto en 2012 contra una resolución de expulsión de la autoridad migratoria, en la cual el INDH presentó un *amicus curiae*¹⁵. El Instituto opinó a favor de la declaración de inaplicabilidad del artículo mencionado, pues “vulnera el derecho a la no discriminación arbitraria al establecer una diferencia no justificada en razón de la nacionalidad, entre personas chilenas y extranjeras, en relación con el derecho a residir en el territorio nacional. Dicha norma establece que la residencia está sujeta a la “conveniencia o utilidad” de la concesión, imponiendo un requisito no exigido a las personas de nacionalidad chilena”¹⁶.

La crítica realidad de los/as migrantes en Chile, en particular de origen latinoamericano, motivó la preocupación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, el que en su Informe de este año sobre Chile señaló:

El Comité reitera su preocupación porque los migrantes, particularmente los de origen latinoamericano, continúan enfrentándose a discriminación y obstáculos en el ejercicio de sus derechos. Además nota con preocupación que ciertos medios de comunicación califican a los migrantes con prejuicios y estereotipos. Con respecto a los trabajadores migratorios en situación irregular en Chile, preocupa al Comité que el principio de *jus soli*

no se aplique a sus hijos, lo que en algunos casos, podría conllevar a niños y niñas apátridas (arts. 2 y 5).

El Comité reitera su recomendación al Estado parte de tomar las medidas necesarias y efectivas, incluyendo de orden legislativo, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos por la Convención a los migrantes (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 17). Además, recomienda que el Estado parte tome las medidas de educación y sensibilización necesarias y efectivas para combatir cualquier tendencia a estereotipar o estigmatizar a los migrantes. El Comité alienta al Estado parte a que el anteproyecto de reforma de la Ley de migraciones actualmente en curso asegure que los trabajadores migratorios en situación irregular puedan optar por la nacionalidad chilena para sus hijos en caso de carecer de nacionalidad y lo alienta a su pronta adopción. Por otra parte, el Comité alerta al Estado parte sobre la necesidad de implementar plenamente la Ley N° 20.507 que tipifica el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas¹⁷.

En el presente apartado se revisa el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo a la luz de los problemas aquí señalados, desde la perspectiva de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos de los y las migrantes, refugiados/as y solicitantes de refugio, y de las víctimas de trata de personas.

PROYECTO DE LEY SOBRE MIGRACION Y EXTRANJERÍA

El proyecto presentado en agosto de 2013 propone una ley para “regular el ingreso, la estadía, la residencia y el egreso de extranjeros al país. Asimismo, esta ley regulará materias relacionadas con la vinculación y retorno de chilenos en el exterior...” (art. 2). Se compone de XVI títulos, en donde se establecen, entre otros, el ámbito de aplicación (Título I); los principios (Título II); las normas de ingreso y egreso (Título III), las categorías migratoria (Título IV) y un título específico a solicitantes de asilo (Título V); las infracciones y sanciones migratorias (Título VII), la expulsión y el retorno asistido

13 Rol N° 2273-12-INA, “Alerte Daniel con Ministerio del Interior y Seguridad Pública” en relación con el Decreto Ley N° 1.094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, promulgado el 14 de julio de 1975.

14 El artículo 13 inciso primero del DL N° 1.094 dispone: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiendo en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”.

15 Causa Rol N° 2273-12-INA. El Tribunal no acogió el requerimiento respecto de los artículos 13, inciso segundo, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, porque se produjo un empate de votos; no se alcanzó el quórum constitucional necesario para ser acogido.

16 INDH, *amicus curiae* Rol N° 2273-12.

17 CERD/C/CHL/CO/19-21, párr. 18.

(Título VIII) y los recursos administrativos y judiciales de reclamación (Título X); y el modo de fortalecer la institucionalidad migratoria (Título XIV). El proyecto propone que la política migratoria se formule periódicamente —a través de la definición de las subcategorías de residencia temporal— en función de la realidad económica y social del país, y de la experiencia de las políticas que la preceden¹⁸.

El INDH valora que el proyecto de ley incorpore de forma explícita derechos de la población migrante, así como las disposiciones sobre reunificación familiar y el reconocimiento de la condición de conviviente en el otorgamiento de visas, entre otras materias. Con ello, se subsanan déficits de la norma migratoria adoptada en 1975. Al mismo tiempo, el INDH considera que el proyecto contiene disposiciones que es necesario reconsiderar o precisar para el pleno reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes.

El Mensaje indica que los objetivos de la ley son “aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país”. La legislación a adoptar se concibe como una “herramienta capaz de atraer talento y fuerza laboral en sectores y lugares determinados”. Para ello se propone la integración como eje de la reforma, la cual se promueve con incentivos a la regularidad migratoria y haciendo difícil la permanencia en condiciones de irregularidad. Adicionalmente, el proyecto postula que “[l]a migración regular permite también asegurar un adecuado control, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria”¹⁹. El proyecto de ley tiene un marcado énfasis en la migración de carácter laboral, que se inserta de manera formal al mercado del trabajo en aquellos nichos en que se requiere conocimiento, experiencia y/o mano de obra, de lo cual el país carece o tiene déficit. En estas condiciones, el Estado podría garantizar la igualdad de derechos entre extranjeros/as y nacionales.

El INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy requiere que la legislación del país

prevea los distintos escenarios en que la migración ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, la falta de previsión de dichos escenarios puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello incentivar la migración irregular que es precisamente lo que se quiere evitar. A nivel mundial se reconoce que a la magnitud que han alcanzado los procesos de movilidad, se debe agregar la complejidad que los caracteriza —al punto que los paradigmas respecto de países de origen y destino han debido ser modificados para dar cuenta de las múltiples posiciones que un país puede tener en el circuito migratorio— y los cambios que provoca en las sociedades que expulsan y/o atraen población²⁰. Chile no está al margen de esta realidad.

DE LOS DERECHOS

La regulación de los flujos migratorios es una tarea necesaria y hacerlo en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes constituye una obligación del Estado de Chile. Si bien se reconoce que, en el ejercicio de su soberanía, los Estados gozan de la potestad de diseñar sus políticas migratorias, esta tiene los límites que impone la protección de los derechos humanos de las personas migrantes. La Asamblea General de Naciones Unidas, los órganos que vigilan el cumplimiento de los tratados de derechos humanos y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) reconocen la particular situación en la que se puede encontrar la población migrante²¹. En opinión de la Corte IDH, “[g]eneralmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una

18 Boletín 8970-06. Mensaje, II. Fundamentos, 3. Una política migratoria bajo permanente análisis.

19 Ibídem. Mensaje, III. Contenido el proyecto, 1. Objetivos de la ley.

20 Los/as migrantes son cerca de 214 millones de personas, es decir, una de cada 33 personas en el mundo es un o una migrante. Organización Internacional para las Migraciones. Informe sobre las migraciones en el mundo 2011, pág. 53.

21 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000. Entre otros, ver la Observación General N° 20 (2009) sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales del Comité DESC.; y la Observación general N° 30 (2004) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sobre los derechos de los no ciudadanos.

condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”²². Por ello la comunidad internacional en forma explícita incluye la igualdad y la prohibición de discriminación por nacionalidad en los instrumentos de derechos humanos, y se ha dotado de tratados específicos que protegen los derechos de las personas migrantes. En razón del carácter universal e inalienable de los derechos humanos, el hecho de no ser nacional de un Estado no justifica la negación o el trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales.

El proyecto de ley propone como camino la integración total que se lograría con el deber que les cabe a los/as migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, sin embargo, no es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes y prácticas discriminatorias que se producen en Chile. El propio proyecto de ley utiliza un lenguaje poco adecuado a la luz del afán de integración que se busca alcanzar: el migrante es siempre extranjero —es decir, “que es o viene de país de otra soberanía”, según la RAE, por tanto puede o no quedarse, puede o no interactuar con la comunidad— y pertenece a una cultura foránea. Para el INDH resulta de suma importancia que la legislación incluya disposiciones dirigidas a los distintos estamentos y servicios públicos en función de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación. En consonancia con los tratados de derechos humanos, el INDH ha indicado que la igualdad y no discriminación hacia las personas

migrantes, así como el reconocimiento de su calidad de sujetos de derechos, sea cual fuere su estatus migratorio, son imperativos para el abordaje del fenómeno migratorio en el ámbito normativo nacional²³.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMT) reconoce un amplio catálogo de derechos, con independencia de la condición migratoria de las personas, entre los que se incluyen la libertad de tránsito (art. 8), el derecho a la vida (art. 9), a no ser objeto de torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a no ser objeto de esclavitud, servidumbre ni trabajos forzosos (art. 11), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12), a la libertad de opinión y de expresión (art. 13), a la vida privada (art. 14), a la libertad y seguridad personal y a la protección efectiva del Estado (art. 16), al acceso a la justicia (art. 18), a la educación (art. 30), al trabajo y derechos laborales (arts. 25 y 26), a la seguridad social (art. 27) y a la salud (art. 28), entre otros. Sobre el abordaje del fenómeno migratorio, la Convención establece las condiciones que los Estados deben cumplir a los fines de abordar adecuadamente la movilidad humana con apego a los derechos humanos. En particular, promover condiciones equitativas y dignas para la migración²⁴; abordar integralmente de las necesidades de las personas migrantes (entre estas, las sociales, económicas y culturales)²⁵; y la generación de servicios apropiados para la migración, entre estos, la formulación de políticas, la colaboración entre Estados, y el suministro de información y

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N° 18/03. La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre de 2003, párr. 112.

23 INDH, Informes Anuales 2010, 2011 y 2012. Ver capítulos sobre derechos de las personas migrantes y refugiadas.

24 “Los Estados Partes interesados se consultarán y colaborarán entre sí, según sea apropiado, con miras a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional de trabajadores y sus familiares” (art. 64.1, CMT).

25 “A ese respecto, se tendrán debidamente en cuenta no solo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios y sus familiares, así como las consecuencias de tal migración para las comunidades de que se trate” (art. 64.2, CMT).

asistencia apropiada a la población migrante²⁶. Por su parte, la Corte IDH —en la opinión consultiva antes referida— señala que “[l]os objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (supra párrs. 84, 89, 105 y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”²⁷.

El INDH valora que la promoción de derechos sea un principio inspirador del proyecto de ley de migración y extranjería. Al mismo tiempo, es necesario mencionar que la promoción de derechos es solo uno de los componentes de la obligación de garantía que le cabe al Estado respecto de los derechos humanos. Las obligaciones incluyen deberes de respeto de los derechos humanos, es decir, la abstención de parte del Estado de realizar acciones que puedan vulnerarlos, y de garantía, que se refiere a los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar. La Corte IDH señala que existe “un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”²⁸, y agrega que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la

igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, incluidas las de carácter migratorio”²⁹. En tal sentido, el INDH considera que la ley migratoria debe hacer mención expresa a los tratados internacionales ratificados y vigentes en el país. El contenido actual del proyecto de ley se circunscribe a las obligaciones consagradas en la Constitución y las leyes, y las disposiciones de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Sin desmerecer la importancia de esta ley, el INDH hizo ver en su oportunidad las limitaciones de esta norma en materia de prevención de la discriminación así como las dificultades que entraña “el conflicto entre derechos que plantea la norma al considerar razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental...”³⁰. En sentido similar, el Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la Erradicación de toda forma de Discriminación Racial reiteró este año a Chile su recomendación de “tomar las medidas necesarias y efectivas, incluyendo de orden legislativo, para garantizar en igualdad los derechos reconocidos por la Convención a los migrantes”³¹.

Por otro lado, el INDH recomienda incluir el interés superior del/la niño/a y la reunificación familiar entre los principios orientadores del proyecto de ley. En la revisión de la situación de las personas migrantes y durante las misiones de observación desarrolladas por el INDH, se ha podido constatar que muchas veces tiene prelación una dificultad administrativa (un sello consular) por sobre los derechos de niños y niñas a no estar separados de sus padres/madres³². La propia Corte Suprema ha acogido recursos que apelan a procesos de expulsión en casos en que las personas afectadas tienen niños/as de nacionalidad chilena, precisamente en consideración a las disposiciones de la Convención sobre

26 “Los Estados Partes mantendrán servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares. Sus funciones serán, entre otras: a) La formulación y la ejecución de políticas relativas a esa clase de migración; b) El intercambio de información, las consultas y la cooperación con las autoridades competentes de otros Estados Partes interesados en esa clase de migración; c) El suministro de información apropiada, en particular a empleadores, trabajadores y sus organizaciones, acerca de las políticas, leyes y reglamentos relativos a la migración y el empleo, los acuerdos sobre migración concertados con otros Estados y otros temas pertinentes; d) El suministro de información y asistencia apropiada a los trabajadores migratorios y sus familiares en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes” (art. 65.1). Asimismo, “[l]os Estados Partes facilitarán, según corresponda, la provisión de servicios consulares adecuados y otros servicios que sean necesarios para atender a las necesidades sociales, culturales y de otra índole de los trabajadores migratorios y sus familiares” (art. 65.2, CMT).

27 Corte IDH, *op. cit.*, párr. 168. En el párrafo 84, la Corte establece la diferencia entre distinción y discriminación; en el párrafo 89, la Corte se refiere a las consecuencias del trato diferenciado; en el párrafo 105 indica que los Estados solo pueden establecer distinciones objetivas y razonables; en el párrafo 119, la Corte establece que los Estados no puede discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes.

28 *Ibidem*, párr. 85.

29 *Ibidem*, párr. 101.

30 INDH, Informe Anual 2012.

31 CERD/C/CHL/CO/19-21, del 30 de agosto de 2013, párr. 18.

32 INDH, Misión de Observación a Iquique y Colchane, *op. cit.*

Derechos del Niño³³. El ejercicio discrecional de la autoridad migratoria bien entendido debiera permitir resolver este tipo de situaciones y evitar que los niños y las niñas queden desprotegidos/as y en situaciones de vulnerabilidad. La Convención de los Derechos del Niño indica: “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares” (art. 10, 1).

Respecto de los extranjeros habitantes de la Zona Fronteriza, el proyecto establece que “[p]odrán ingresar en calidad de Habitante de Zona Fronteriza los nacionales y Residentes definitivos de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional, siempre y cuando residan en una zona fronteriza definida por un convenio bilateral acordado por el Ministerio de Relaciones Exteriores previa consulta al Ministerio de Defensa Nacional, y cumplan los requisitos allí establecidos”. Preocupa al INDH que esta norma pueda afectar la circulación de personas que actualmente existe en las regiones fronterizas dado que no queda claro cuáles serán los mecanismos para acreditar la nacionalidad. Se sugiere además que dichas normas se complementen con la obligación que establece el Convenio 169 de la OIT para poblaciones indígenas, en particular el artículo 32 de este tratado internacional: “Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”.

33 Rol 3057-13. En este caso, la Corte Suprema argumentó que de manera que “de ejecutarse la expulsión ciertamente transgrede el interés superior de la menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales, el proyecto de ley reconoce de manera específica la igualdad de derechos y obligaciones; derechos laborales; acceso a la salud; acceso a la seguridad social y beneficios de cargo; acceso a la educación; reunificación familiar; y envío y recepción de remesas. El Instituto expresa su preocupación por la gradación propuesta en el articulado que distingue entre derechos de extranjeros y de extranjeros residentes, y asocia el goce de prerrogativas al grado de arraigo logrado —a partir de su propio esfuerzo y capacidad— por la persona misma.

En materia laboral, el proyecto reconoce los derechos laborales en condiciones de igualdad entre nacionales y migrantes, independientemente de su condición migratoria. Al mismo tiempo, mantiene la disposición del Código Laboral que obliga a que al menos 85% de los trabajadores de una empresa que ocupe a 25 trabajadores o más sean chilenos/as; solo excluye de este límite a aquellos “extranjeros cuyo permiso de residencia o permanencia tenga un plazo de estadía de menos de un año y no permita postular a una residencia definitiva”³⁴. El proyecto de ley mantiene una barrera al acceso al mercado laboral de la población migrante; al respecto, el INDH y el Comité de Derechos de las Personas Migrantes han recomendado revisar esta disposición pues podría implicar un trato discriminatorio hacia la población migrante, sin perjuicio de aquellos rubros en que excepcionalmente se justifican tales barreras (INDH, 2011)³⁵.

En materia de prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal, el acceso solo se otorga a aquellos residentes que hayan permanecido en el país por dos años en forma continua. Este plazo no está fundamentado y por tanto puede resultar arbitrario e injustificado negar, sobre la base del número de años de residencia, a una residente legal los beneficios del pre y posnatal o el acceso a la asignación familiar a una familia migrante que tiene residencia legal y vive en condiciones de extrema pobreza.

34 Boletín 8970-06. Mensaje, III. Contenido el proyecto, 16. Límite de trabajadores extranjeros, pág. 33.

35 CMW/C/CHL/CO/1, 23 de septiembre de 2011, párrs. 44 y 45.

En materia de salud, a quienes tengan permanencia transitoria o irregular, el proyecto de ley garantiza acceso únicamente a atención de emergencia, mujeres embarazadas y niñas/os menores de dos años. El INDH ha podido constatar que en ocasiones se exige el pago de la atención en salud, aun cuando las personas no tengan los medios para ello³⁶; se hace homologación a una consulta privada y no a una atención a persona indigente como sería el caso de un/a nacional sin recursos económicos³⁷. La distinción, en estos casos, lesiona los derechos humanos de las personas afectadas. El INDH hace presente que deben cumplirse las obligaciones que, respecto de los/as usuarios/as del sistema público de salud, establecen las leyes 18.469 (especialmente sus arts. 2 y 17) y 20.584 (art. 2).

Los estándares de derechos humanos reconocen al Estado la posibilidad de diferenciación siempre y cuando esta sea razonable, objetiva, proporcional y no lesione derechos humanos. Los artículos en materia de derechos laborales, acceso a la salud y a la seguridad social del proyecto de ley requieren ser revisados para evitar diferenciaciones que pudieran constituir discriminaciones arbitrarias.

DE LA TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO DE MIGRANTES

En sus Informes Anuales anteriores, el INDH ha señalado que Chile se ha convertido gradualmente en un país de origen, tránsito y destino de trata de hombres, mujeres, niñas y niños con fines específicos de explotación sexual y trabajo forzado. En respuesta, se valora y destaca el funcionamiento de la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas y el plan de acción para 2013-2014. No obstante, tratándose de un tema relativamente nuevo y recientemente considerado por el Estado, subsisten problemas que requieren ser urgentemente abordados.

El acceso a la salud de las víctimas de trata no ha sido debidamente resuelto (en la actualidad se aplican las mismas dis-

posiciones que para las personas en permanencia transitoria o en condición migratoria irregular). Tal y como lo señalan los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, el Estado debe “cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y a atención psicológica”³⁸. El INDH considera necesario garantizar a las víctimas de trata, independientemente de su colaboración en los procesos criminales, el acceso a programas de salud física y psicológica.

Si bien el proyecto de ley otorga un permiso de residencia temporal por seis meses a las víctimas de trata y permite solicitar residencia definitiva en casos en que estén en grave peligro su integridad física o psíquica en sus países de origen debido a las circunstancias del delito, resulta indispensable que se incorpore, como en otros países, la posibilidad de que las víctimas de trata que decidan permanecer en Chile puedan reunirse con sus familias.

Los casos de trata que han llegado a la justicia ponen en evidencia los desafíos respecto de la adecuada atención a las víctimas. El INDH considera indispensable que exista personal especializado en este tipo de delitos que pueda aclarar a los tribunales los procesos a que son sometidas las víctimas que, entre otros las lleva a retractarse de sus declaraciones, además de garantizar los recursos financieros que posibiliten la adecuada protección y apoyo a las personas afectadas (entre estos, servicios de traducción).

DERECHO A NACIONALIDAD DE LOS NIÑOS/AS DE PADRES/MADRES EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR

El proyecto de ley establece que el/la hijo/a de un/a extranjero/a transeúnte nacido/a en Chile que no tenga derecho a nacionalidad alguna podrá optar a la nacionalidad chilena (art. 166). A los efectos, el proyecto define como transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular.

36 Los casos conocidos por el INDH en Iquique y Colchane dan cuenta que mujeres migrantes irregulares y/o en situaciones de pobreza se han visto obligadas a firmar pagarés para acceder a la atención y a la documentación que emite el centro hospitalario para la inscripción del bebe nacido.

37 INDH, Misión de Observación a Iquique y Colchane, *op. cit.*

38 Consejo Económico y Social, E/2002/68/Add.1, 20 de mayo de 2002. Directriz 6: Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas, párr. 2.

A los efectos, el proyecto define como transeúnte a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición migratoria irregular. El INDH estima que esta disposición tiene la naturaleza de una ley interpretativa de la Constitución y que, por lo mismo, su aprobación debe cumplir con el quórum requerido por la Carta Fundamental. En cuanto al fondo, el INDH considera que la norma interpretativa debe ajustarse, en todo caso, al significado natural y obvio de la palabra transeúnte y al principio según, si la persona no tiene derecho a nacionalidad alguna, ella debe acceder a la nacionalidad chilena.

El derecho a la nacionalidad forma parte de los derechos reconocidos por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 20) y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 7), entre otros. El INDH ve con preocupación que el proyecto de ley pueda establecer una diferencia injustificada y desproporcionada entre los hijos/as de los/as extranjeros nacidos en Chile en razón de su condición migratoria. En efecto, a quienes son hijos/as de padres en condición irregular, el proyecto permite optar por la nacionalidad chilena a condición que no tenga ninguna otra nacionalidad (art. 166, 2º párrafo). Los/as hijos/as de migrantes regulares, en cambio, pueden optar por la nacionalidad chilena sin tener que acreditar que puedan o no acceder a otra.

RESPECTO DE LAS PROHIBICIONES DE INGRESO

El proyecto de ley distingue entre prohibiciones imperativas y facultativas (arts. 26 y 27). Entre las primeras se incluye a “quienes posean antecedentes acreditados de conformidad con la legislación de sus respectivos países o de la Organización Internacional de Policía Criminal” (núm. 1); y “Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria ha determinado que constituyen causal de impedimento de ingreso a Chile” (núm. 2). Entre las facultativas, “[r]ealicen o hayan realizado actos que puedan alterar las relaciones bilaterales...” (núm. 1); “... Hayan sido condenados en los últimos 5 años por actos que la ley chilena califique de simple delito...” (núm. 2); “Registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad policial...” (núm. 3). Las condiciones aquí des-

tacadas, por imprecisión o desproporcionalidad, dejan además un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad a efectos de determinar la autorización o negación del ingreso al país.

Sobre el particular, la sentencia de julio de 2013 del Tribunal Constitucional aporta consideraciones de derechos humanos respecto del uso de esta discrecionalidad de la autoridad migratoria que debieran ser consideradas en el debate del proyecto de ley presentado. El Tribunal estimó que hoy “existe la necesidad de establecer reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país. Estas reglas se configuran por el nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional...”³⁹. Ese estándar indica que el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en el ejercicio de estas atribuciones “no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los artículos 25 y 13, de dicho Pacto, y artículo 2º de la Ley N° 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y psíquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”⁴⁰.

39 Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-12- INA, 4 de julio de 2013, considerando Cuadragésimonoveno.

40 Ibídem. Considerando Quincuagésimo.

RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE EXPULSIÓN

El proyecto de ley propone causales para la expulsión de personas con permanencia transitoria y residentes, e incluye varias consideraciones que la Subsecretaría del Interior tendrá en cuenta al momento de resolverlas. Entre estas últimas, tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile (art 120 núm. 5), e hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva (núm. 6). Estas disposiciones constituyen un aporte a la ponderación caso a caso de las resoluciones de expulsión, tal como ha recomendado el INDH⁴¹, y están en línea con sentencias de la Corte Suprema que han revocado órdenes en tal sentido en razón de los vínculos con el país de las personas afectadas⁴².

Al mismo tiempo, el INDH considera oportuno revisar las disposiciones respecto de los recursos judiciales a los que pueden acceder las personas afectadas por órdenes de expulsión. El proyecto de ley establece que la reclamación la podrá hacer “el afectado por dicha medida por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la notificación de la resolución respectiva” (art. 134). La Corte fallará breve y sumariamente, en única instancia, dentro de un plazo de cinco días. La interposición del recurso suspenderá la orden de expulsión “y durante su tramitación, se mantendrá vigente la medida de privación de libertad en los casos en que hubiere sido decretada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126” (inciso

segundo). Aun cuando es positivo que los recursos estén alojados en un tribunal superior, el hecho de que se trate de una instancia única sin apelación limita las posibilidades de las personas afectadas en la reclamación de la medida. En segundo lugar, el proyecto de ley no establece la obligación de poner a disposición del reclamante apoyo letrado para la interposición del recurso, aun cuando se establece que este debe ser fundado. La Corte IDH ha indicado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, entendiendo que tal proceso existe cuando “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [...] El desarrollo histórico del proceso, consecuentemente con la protección del individuo y la realización de la justicia, han traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de un abogado, que hoy figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”⁴³. Agrega la Corte IDH que “el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”⁴⁴.

En tercer lugar, preocupa la vigencia de la privación de libertad dada la disposición propuesta: “En todo caso, el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejando en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridos cinco días desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión en un plazo máximo de 48 horas” (art. 126). Aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa para la privación de libertad por un periodo de 5 días, sin poner a las personas a disposición del juez, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es que a las 48 horas máximo. No existe norma legal alguna que permita, en este caso, a las fuerzas de orden y seguridad o a la policía de control migratorio (según se establece en el proyecto

41 INDH, Informe Misión de Observación a Iquique y Colchane, op. cit.

42 Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3057-13: “... en el presente caso la decisión ministerial revisada, sin perjuicio de lo expuesto en el motivo 3°) *ut supra*, no satisface tampoco las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria, al desatender completamente las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y cuatro hijos de nacionalidad chilena, uno de ellos menor de edad –según certificados de nacimiento que se adjuntan al expediente–. Sobre esto último, ya ha tenido oportunidad esta Corte de manifestar y explicar la importancia de la conformación de una familia en este país como elemento a ponderar al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero, por imperativos constitucionales, así consagrados en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, como provenientes de los diversos tratados internacionales suscritos por Chile, especialmente de los artículos 3, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. SSCS Rol N° 3867-10 de 08.06.2010, Rol N° 7018-2012 de 14.09.2012, Rol N° 66-13 de 09.01.2013, Rol N° 4466-13 de 11.07.2013, y Rol N° 6366-13 de 03.09.2013)”. Otras sentencias de la Corte Suprema de 2013 son Rol N° 6649-13 y Rol N° 400-13.

43 Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, op. cit., párr. 121.

44 *Ibidem*, párr. 124.

de ley), mantener detenida a una persona por más de 24 horas sin control judicial. El artículo propuesto no se ajusta completamente a las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19.7 CPR), especialmente en lo que se refiere a los lugares de detención. Sobre el particular, la Corte IDH ha indicado: “[...]la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención a partir de las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo (...) inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”⁴⁵.

Respecto de los plazos para impugnar la declaración de expulsión, el INDH estima insuficientes las 48 horas. Se recomienda ampliarlo, basar su cálculo en días y respetando el artículo 25 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

SOBRE LA INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA MIGRATORIA

El proyecto propone fortalecer la institucionalidad vigente que atiende los asuntos migratorios y la configuración del Consejo de Política Migratoria con la función de suscribir la política y asesorar al Presidente en su formulación. El Consejo está integrado por los Ministros de Interior, Relaciones Exteriores y Hacienda. El INDH valora el fortalecimiento de la institucionalidad migratoria, hoy en día superada por

la realidad de la movilidad humana en el país⁴⁶. Al mismo tiempo, el Instituto hace notar que los ámbitos donde se produce gran parte de los problemas de derechos humanos son educación, salud, vivienda y trabajo, así como en los discursos y prácticas que reiteran prejuicios y reproducen comportamientos xenófobos y discriminatorios. El Instituto recomienda que se exprese la necesidad de tomar en cuenta estas situaciones y que se establezca un mecanismo para que las organizaciones de migrantes y otras de la sociedad civil que defienden sus derechos puedan presentar al Consejo los problemas que esperan que la política migratoria atienda.

En sus Informes Anuales anteriores, misiones de observación, y recursos judiciales y querellas, el INDH ha identificado realidades de discriminación y entornos de vulnerabilidad, entre otros, en las precarias condiciones de vida, la vulneración de derechos laborales, las desiguales oportunidades educativas para niños/as y jóvenes, y los obstáculos para acceder a atención de salud y vivienda adecuada. Estas situaciones no están suficientemente abordadas en el proyecto de ley en términos de establecer claramente las obligaciones del Estado para prevenirlas, sancionarlas y repararlas.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C N° 218, párr. 107.

⁴⁶ La realidad migratoria en el país ha cambiado en sus características y magnitud. La institucionalidad actual fue concebida para otra migración, de los años setenta, y otro escenario político. Se agrega que los medios de comunicación han registrado el gran número de personas que acuden a las gobernaciones para resolver asuntos de migración, y en muchos casos se reporta de largas colas desde el día anterior para garantizar ser atendidos/as.

BIBLIOGRAFÍA

INDH. (2011). *Situación de los derechos humanos en Chile 2011*. Santiago.

INDH. (2013). *Misión de observación a Iquique y Colchane*. Santiago.

Rodríguez, S., & Díaz, F. D. (13 de octubre de 2013). Extranjeros devueltos a sus países en pasos fronterizos aumentan 33% en el último año. *La Tercera*.

5

DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS



Fotografía: Enrique Cerdá

DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS



ANTECEDENTES

Las personas trans han sido en el pasado, y siguen siendo en la actualidad, víctimas de abuso, discriminación y persecución. En los últimos años se ha generado un movimiento a nivel global y regional, impulsado tanto por organizaciones de la sociedad civil como por organismos internacionales, que busca visibilizar la violencia, el odio y exclusión que sufren estas personas. La discriminación contra ellas se ha identificado como una de tipo estructural, esto es, "que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población está en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente de la adopción de medidas especiales de equiparación" (Abramovich, 2009).

Dado que la mayoría de las sociedades están estructuradas bajo la distinción de sexo entre hombre y mujer, la protección de los derechos de las personas trans que, por diversas circunstancias no se reconocen en ellas, constituye un desafío. Esta situación ha sido abordada por los Estados de manera gradual y en los últimos años se observa el desarrollo de nuevas normas que buscan incorporar una noción más amplia del género con el propósito de otorgar un efectivo reconocimiento y protección. Es el caso de Alemania, por ejemplo, que a partir del 1 de noviembre de 2013 es el primer país europeo en implementar además de masculino y femenino, un "tercer sexo" o categoría "indeterminado/a", admitiendo que los bebés cuya genitalidad no esté definida al momento de nacer no sean inscritos bajo ningún género. Por su parte, en mayo de 2012, Argentina promulgó la Ley de identidad de género con el propósito de reconocer el derecho de toda persona al libre desarrollo de su identidad, consagrando el derecho a rectificar el sexo registral

y el cambio de nombre cuando estos no coincidan con la identidad de género autopercebida. En el 2011, por su parte, Australia, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Oficina de Pasaporte, habilitó la opción "X" aparte de las categorías "femenino y masculino" para la identificación de las personas, indicando que la "iniciativa va de acuerdo con el compromiso del Gobierno australiano de erradicar la discriminación con motivo de orientación sexual o sexo e identidad de género"; remarcando que "la política quita obstáculos innecesarios a la identificación del género preferido de una persona en su pasaporte"¹. Lo anterior llevó a los servicios de Salud a remover las referencias de género en sus formularios, centrándose específicamente en las necesidades biológicas de los pacientes en lugar del sexo o género legalmente reconocido.

En Chile, durante el 2013 han tenido lugar hechos relacionados con el respeto y garantía de los derechos de las personas trans. El primero dice relación con el proyecto de ley sobre identidad de género presentado el 7 de mayo de 2013², que viene a dar respuesta a la falta de reconocimiento del género de su preferencia. Otro hecho relevante en este ámbito ha sido la implementación de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación (también conocida como "Ley Zamudio"³). El mandato general consagrado en el Art. 1 de la ley señala que "[c]orresponderá

1 Ver CNN, <http://mexico.cnn.com/salud/2011/09/16/hombre-o-mujer-indeterminado-la-nueva-opcion-del-pasaporte-australiano>

2 Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señoras Pérez San Martín y Rincón y Señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, Boletín 8924-07.

3 Este año comenzó el juicio oral por la muerte de Daniel Zamudio ocurrida el 4 de marzo de 2012. El juicio comenzó el día 23 de septiembre con las declaraciones de dos de los imputados, las cuales reflejaron la violencia del crimen.

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”. En este marco, se considera la identidad de género y la orientación sexual una categoría sospechosa de discriminación.

En años anteriores, el INDH revisó algunos aspectos de la situación de los derechos de las personas trans, en el marco del análisis de los derechos de las personas de la diversidad sexual, como el derecho a la salud y la violencia de que son objeto. Este año, el Instituto concentra su análisis en el derecho a la identidad y su implicancia para un efectivo respeto y garantía de los derechos de las personas trans.

CONCEPTOS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Una mirada integral a los derechos de las personas trans supone tomar en cuenta ciertos conceptos, en especial aquellos relativos a la orientación sexual e identidad de género. En esta materia, la Unidad LGTBI (lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex) de la CIDH⁴ desarrolló en 2012 un estudio en el cual se ofrecen un conjunto de definiciones que pretenden contribuir a entregar mayor claridad en la materia. Corresponde mencionar que las taxonomías y definiciones identitarias no son permanentes y muchos de los conceptos a los cuales se alude aún se encuentran en construcción⁵.

En este trabajo se entiende por “sexo”, de acuerdo con dicha instancia, a las características biológicas de una persona. El “género” en cambio, alude a la identidad y a los atributos contruidos socialmente en función de ser mujer, hombre,

intersex⁶, travesti, trans, dos espíritus⁷, etc., incluyendo el significado social y cultural (Cabral & Leimgruber, 2012). La “orientación sexual” de una persona es “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”⁸. Es en relación con la orientación sexual que se afirma que una persona es heterosexual, lesbiana, gay o bisexual.

Respecto de la “identidad de género”, la Unidad LGTBI la define —recogiendo los Principios de Yogyakarta⁹— 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), y otras expresiones de género,

4 Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

5 Para efectos ilustrativos se hará referencia a las definiciones desarrolladas en el informe citado.

6 Los conceptos de intersexualidad e intersex aluden a “términos biomédicos, vigentes desde comienzos del siglo XX en su sentido actual. La intersexualidad designa al conjunto de variaciones que pueden producirse en la bioanatomía de una persona —en particular los genitales—, respecto de la corporalidad masculina o femenina culturalmente estándar. Estas variaciones son muy diversas entre sí e incluyen, por ejemplo, micropenes, clitoris virilizados, ausencia de vagina, etcétera. Los niños y niñas intersex son por lo general sometidos/as a cirugías que buscan ‘normalizar’ la apariencia de sus genitales. Estas cirugías son denunciadas por el movimiento internacional de personas intersex como mutilaciones genitales infantiles intersex” (Cabral & Leimgruber, 2012).

7 Categoría identitaria proveniente de las culturas originarias de América del Norte; señala la convivencia del género masculino y el género femenino en la misma persona, integrados en una única identidad.

8 Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012.

9 Documento elaborado por un grupo de especialistas en noviembre de 2006 y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en 2007, que no ha recibido sanción oficial. Entre sus integrantes estuvo Mary Robinson, ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, expertos independientes de la ONU e integrantes de los órganos que dan seguimientos a los tratados, jueces/zas, académicos/as y activistas por los derechos humanos. Los Principios de Yogyakarta son lineamientos orientadores que en su preámbulo observan “que la legislación internacional de derechos humanos afirma que todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos; que la aplicación de los derechos humanos existentes debería tener en cuenta las situaciones y experiencias específicas de personas de diversas orientaciones sexuales e identidad de género”, y “...que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres, y observando que la comunidad internacional ha reconocido el derecho de las personas a decidir libre y responsablemente en asuntos relacionados con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, sin sufrir coerción, discriminación, ni violencia”.

incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. Esta categoría incluye en general al transgenerismo o trans, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido en forma tradicional asignada a este¹⁰. Las personas trans pueden construir su identidad de género independientemente de la opción que hagan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia físico-biológica a su realidad psíquica, emocional, espiritual y social. Se pueden identificar a personas trans mujer (cuyo sexo biológico de nacimiento fue identificado como masculino) y personas trans hombre (cuyo sexo biológico de nacimiento fue identificado como femenino).

El derecho a la identidad está reconocido en el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño. En virtud de una interpretación conjunta del principio de igualdad y no discriminación y del derecho a la vida privada, los organismos internacionales de protección han reconocido el contenido y alcance del derecho a la identidad para todas las personas, el cual tiene características específicas cuando se refiera a las personas trans.

Respecto del principio de igualdad y no discriminación este se erige como un fundamento del sistema internacional de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH en su Opinión Consultiva sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” afirmó que “...el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”¹¹. En efecto, se encuentra reconocido en los diversos instrumentos internacionales, si bien en su formulación no contienen referencia explícita a las categorías de orientación sexual y a la identidad de género¹². Sin embargo, en todas existe una

mención a “cualquier otra condición”, la cual constituye una cláusula abierta que permite ampliar a otras distinciones o categorías no señaladas expresamente que dan lugar a tratos y prácticas discriminatorias.

El Estado de Chile ya ha sido condenado por realizar distinciones discriminatorias en virtud de la orientación sexual en el caso Karen Atala y niñas. En dicho fallo, la Corte IDH determinó que “[t]eniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo I.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párr. s. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención”¹³. Por lo tanto, los Estados no deben adoptar normas, mantener legislación o prácticas discriminatorias basadas en la identidad de género de las personas. Esta obligación se extiende a todas las autoridades estatales y a los particulares, los cuales no podrán restringir los derechos de las personas de modo alguno por su identidad de género¹⁴.

El Sistema de Naciones Unidas se ha pronunciado en el mismo sentido. Tanto el Comité de Derechos Humanos¹⁵ como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶, han sostenido que “la orientación sexual y la identidad de género son fundamentos prohibidos de discriminación con

10 Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en cumplimiento de la resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, 23 de abril de 2012

11 Corte IDH, OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 101.

12 A excepción de la recientemente adoptada, pero aún no ratificada, Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, la cual se analiza más adelante en el documento.

13 Corte IDH, caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de febrero de 2012, párr. 91.

14 Ello, sin perjuicio de que como reconoce la Ley N° 20.609, esa categoría no podrá invocarse para justificar conductas contrarias a la ley o el orden público y, al mismo tiempo, que no podrá considerarse discriminación la distinción que se encuentra justificada en el ejercicio de otro derecho fundamental. Al respecto, cabe señalar que, en materia de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, la doctrina mayoritaria ha afirmado que, en los casos en que el valor o bien jurídico protegido entra en colisión con otros valores o bienes jurídicos, debe buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro.

15 Comité de Derechos Humanos, “Caso Young vs Australia”, Comunicación CCPR/C/78/D/941/2000, Párr. 10.4; “Caso X vs Colombia”, Comunicación CCPR/C/89/D/1361/2005, Párr. 9.

16 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, O.G. N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos sociales y culturales”, párr. 32.

arreglo al derecho internacional” (Naciones Unidas, 2012). Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas señaló que “el principio de no discriminación exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”¹⁷. Se suman a esta tendencia los informes de los relatores especiales quienes han destacado la prohibición de discriminación por orientación sexual e identidad de género¹⁸.

Por su parte, el derecho a la vida privada está compuesto por distintas dimensiones, entre ellas, el derecho a la autonomía. El artículo 17 del PIDCP reconoce el derecho a la vida privada y el artículo 11 de la CADH consagra el derecho a la protección de la dignidad y vida privada, señalando que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia¹⁹. Respecto del concepto de dignidad, la Corte IDH ha destacado²⁰ lo dicho por la Corte Suprema de México, que ha considerado que “de la dignidad humana [] deriva, () el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende [] su libre opción sexual”²¹. En relación con la vida privada, tanto la Corte IDH como la

Corte Europea²² han entendido que “es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas”²³. La Corte IDH²⁴ se ha remitido al Tribunal Europeo, para señalar que “el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo”²⁵. También ha establecido que la vida privada “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo (...) la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales”²⁶. Es decir, el derecho a la identidad está en directa vinculación con el respeto al derecho a la vida privada.

El derecho a la identidad se encuentra expresamente reconocido en la Convención sobre los derechos del Niño, que establece que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Esta norma ha sido utilizada por la Corte IDH para precisar el derecho a la identidad definiéndolo “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en

17 ONU, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22 de diciembre de 2008, Párr. 3.

18 Visto en Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 38. En el mismo sentido: Informe de la Relatora Especial sobre la libertad de religión o de creencias, A/HRC/6/5, 20 de julio de 2007, párr. 28; Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, E/CN.4/2006/16/Add.3, 28 de febrero de 2006, párr. 40; Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: violencia contra la mujer, Interrelaciones entre la violencia contra la mujer y el VIH/SIDA, E/CN.4/2005/72, 17 de enero de 2005, párr. 27 y 58; Informe de la Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los defensores de los derechos humanos, E/CN.4/2001/94, 26 de enero de 2001, Párr. 89. g); Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 17 a 25; y Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 7/2002 (Egipto), E/CN.4/2003/8/Add.1, 24 de enero de 2003, párr. 72, Párr. 28.

19 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 febrero de 2012, párr. 161.

20 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 febrero de 2012, párr. 137.

21 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 263.

22 T.E.D.H. Costello-Roberts vs. Reino Unido, Sentencia del 25 de Marzo de 1993, Párr. 36.

23 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de febrero de 2012, párr. 162.

24 Ibídem, párr. 135.

25 T.E.D.H.: “Caso Pretty vs. Reino Unido”, sentencia de 29 de abril de 2002, párr. 61; “Caso Schalk y Kopf vs. Austria”, Sentencia de 24 de junio de 2010, párr. 90; “Caso Dudgeon”, Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 41; “Caso Burghartz vs. Suiza”, Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 24; “Caso Laskey, Jaggard y Brown”, Sentencia de 20 de Enero de 1997, párr. 36.

26 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 143.

el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez [...]”²⁷. En definitiva, si bien el derecho a la identidad no está expresamente consagrado en la CADH, la Corte IDH ha destacado la necesidad de hacer una interpretación evolutiva, señalando específicamente que “el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana”. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Al respecto, la Corte ha utilizado las “Normas de Interpretación” de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa”²⁸.

A la fecha existen un conjunto de referencias específicas en el ámbito internacional de los derechos humanos sobre identidad de género y las orientaciones de los Estados en la materia, si bien no todas son vinculantes. En el ámbito universal destacan los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género²⁹. Estos principios, que constituyen orientaciones para los Estados, a partir de la reafirmación de las normas legales que todos los Estados deben cumplir en relación con el principio de igualdad y no discriminación³⁰, abordan la situación de las personas trans y su protección jurídica. En relación con sus derechos, destaca particularmente el Principio 3º referente al

derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y en el cual se hace énfasis en que la definición de la identidad de género de cada persona es parte integral de su personalidad, y uno de los aspectos más básicos de la autodeterminación y la dignidad.

Los mecanismos de Naciones Unidas han documentado en las últimas dos décadas la afectación a los derechos humanos experimentada por las personas trans, en el marco de sus estudios sobre la situación del grupo LGBTBI³¹. Las vulneraciones que se han reportado incluyen asesinatos, abusos sexuales y físicos, torturas, detenciones arbitrarias, la negación al derecho a reunirse, a expresarse e informarse, discriminación en el trabajo, salud y educación, y en el acceso a bienes y servicios, entre otros³². Así, el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la primera resolución en que expresó “su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo que se cometen contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”³³. En ella solicitó a la Alta Comisionada para los Derechos Humanos la realización de un estudio a nivel mundial sobre las leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. El estudio da cuenta de un patrón de violencia y de la necesidad de que los Estados adopten medidas efectivas para contrarrestar las prácticas discriminatorias en materia de salud, empleo, educación, la derogación de leyes discriminatorias, y prevenir y sancionar la

27 Corte IDH, caso *Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 123.

28 Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 112.

29 Ver nota al pie 9.

30 Declaración Universal Art. 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 1.1, 2 y 24.

31 Entre ellos la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, los Órganos de Tratados de Derechos Humanos, Relatores Especiales, Grupos de Expertos, además de otros expertos designados por el Consejo de Derechos Humanos y su antecesor.

32 Observación General No. 2 CAT párr. 21 y 15 CAT/C/GC/2; Observaciones Finales del CAT de Estados Unidos (CAT/C/USA/CO/2), párr. 32 y 37; Ecuador (CAT/C/ECU/CO/3), párr. 17; y Argentina (CAT/C/CR/33/1), párr. 6 (g); Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Togo (CCPR/C/TGO/CO/4), párr. 14; Uzbekistán (CCPR/C/UZB/CO/3), párr. 22; Granada (CCPR/C/GRD/CO/1) párr. 21; Chile (CCPR/C/CHL/CO/5), párr. 16; Observaciones Finales del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Chipre (E/C.12/1/Add.28), párr. 7; Observaciones Finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de Uganda (CEDAW/C/UGA/CO/7), párr. 43-44; y Kirguistán (AG A/54/38/Rev.1), párr. 127-128; y Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño de Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párr. 29; Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria informe sobre Camerún (A/HRC/4/40/Add.1) y Egipto (A/HRC/13/30/Add.1).

33 Resolución A/HRC/RES/17/19, de 14 de julio 2011.

violencia³⁴. En la guía “Nacidos Libres e Iguales”, elaborada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos basada en dicho informe, se destaca sobre los derechos de las personas trans la violencia de la cual son objeto y como esta se expresa en múltiples formas: “puede ser física (asesinato, golpizas, secuestros, violación y abuso sexual) o psicológica (amenazas, coerción y privación arbitraria de la libertad, entre otras). Esos ataques constituyen una forma de violencia basada en el género motivada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas sobre género” (Naciones Unidas, 2012). El estudio de la Alta Comisionada antes referido, señala que en cuanto al reconocimiento de género en muchos países las personas trans no logran el reconocimiento legal de su género preferido, ni la modificación del sexo y nombre en los documentos de identidad expedidos por los Estados, y las consiguientes dificultades que ello representa para el ejercicio de otros derechos como trabajo, vivienda, crédito y otras prestaciones estatales. Por ello, el estudio concluye recomendando que se facilite el reconocimiento legal y se disponga la expedición de documentos de identidad sin conculcar otros derechos humanos³⁵.

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, por su parte, en el 2013, la Asamblea General de la OEA resolvió “Condenar todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de sus sistemas a que eliminen, allí donde existan, las barreras que enfrentan las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, trans e intersex (LGTBI) en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, así como evitar interferencias

en su vida privada”³⁶. De este modo se confirman las preocupaciones abordadas por este organismo en resoluciones anteriores respecto de prácticas discriminatorias, la situación de defensoras y defensores de derechos humanos de personas LGTBI y los hechos de violencia que los han afectado³⁷.

A la labor de la Asamblea General de la OEA se suma el trabajo desarrollado por la Comisión IDH y la Unidad para los derechos de las personas LGTBI³⁸. En su último período de sesiones, del 7 al 22 de marzo de 2013, la Comisión llevó a cabo las tres primeras audiencias regionales sobre la situación de derechos humanos de las mujeres lesbianas, la situación de derechos humanos de las personas intersex³⁹, y la situación de derechos humanos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex (LGTBI) de diversidades ancestrales⁴⁰. Asimismo, manifestó su preocupación por la información recibida respecto de

34 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19º período de sesiones, A/HRC/19/41. Utilizando como base dicho informe, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos elaboró la guía “Nacidos libres e iguales” en la que define las obligaciones legales de los Estados miembros y sienta las bases para la campaña global del mismo nombre lanzada el 2013.

35 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, fue aprobado el 17 de noviembre de 2011, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 19º período de sesiones, A/HRC/19/41, párr. 71 y 84 h).

36 AG/RES. 2807 (XLIII-O/13) aprobada el 6 de junio de 2013. Otros antecedentes son: Resoluciones de la Asamblea General de la OEA AG/2435 (XXXVIII-O/08) aprobada el 3 de junio de 2008; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) aprobada el 4 de junio de 2009; AG/RES. 2600 (XL-O/10) aprobada el 8 de junio de 2010; AG/RES. 2653 (XLI-O/11) aprobada el 7 de junio de 2011; AG/RES. 2721 (XLII-O/12) aprobada el 4 de junio de 2012.

37 Las cinco resoluciones que la precedieron se titulaban “Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”; esta última se titula “Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género” (el destacado es propio). Producto de esta nueva nomenclatura, diversos países de la zona del Caribe manifestaron su imposibilidad de sumarse al consenso por estimar que era un concepto “vago y no definido ni aceptado en el derecho internacional de los derechos humanos”.

38 Comisión IDH, Comunicado de Prensa No. 115/11, “CIDH crea Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersex”, 3 de noviembre de 2011.

39 La Comisión IDH manifestó su preocupación por los antecedentes recibidos sobre la situación de niñas y niños intersex que se ven sujetos a intervenciones médicas, sin su consentimiento informado o el de sus padres o madres, la mayoría de carácter irreversible y dirigidas a “normalizar” sus genitales en un intento por hacerlos parecer “más femeninos” o “más masculinos”. La Comisión IDH hizo un llamado a los Estados en aras a adoptar medidas urgentes para revisar estas intervenciones médicas a personas menores de 18 años, a la luz del derecho de toda persona a la integridad personal, la dignidad, la privacidad, la identidad, la autonomía, el acceso a la información, los derechos sexuales y reproductivos y la salud.

40 En dicha audiencia se analizó información respecto de las diversas sexualidades de las personas indígenas y las violaciones a los derechos humanos que enfrentan. Específicamente sobre el impacto negativo de la colonización sobre las sexualidades y espiritualidades ancestrales de las personas indígenas. De acuerdo con la información presentada, la colonización ha dado como resultado la supresión de las sexualidades no heteronormativas de los pueblos indígenas, con consecuencias devastadoras, como la falta de aceptación, suicidio y autolesiones. Esta situación ha generado la afectación de los derechos humanos de las personas indígenas que son LGTBI y con sexualidades ancestrales diversas en relación, por ejemplo, con la protección contra la violencia y la falta de acceso a información en servicios de salud.

violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos que experimentan las personas intersex, simplemente porque sus cuerpos varían de los cuerpos de hombres y mujeres⁴¹.

En junio de 2013, la Asamblea General de la OEA adoptó la “Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia”⁴², la que aún no ha sido ratificada por ningún país y, por tanto, no ha entrado en vigor. Se reafirma en dicho instrumento el principio de igualdad y se reconoce que “la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general”, además de establecer el convencimiento que las actitudes discriminatorias “representan una negación de los valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías previstos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, entre otros instrumentos.

El texto jurídico destaca porque incorpora las definiciones de discriminación e intolerancia en todas sus manifestaciones –individual, estructural e institucional–, incluyendo los conceptos de discriminación indirecta y discriminación múltiple o agravada. En cuanto a las obligaciones de los Estados, allí se indica la adopción de medidas de acción afirmativa y políticas especiales a favor de personas o grupos que son discriminados tanto en la esfera pública como privada. En particular, esta Convención incorpora la orientación sexual, identidad y expresión de género como categorías sospechosas de discriminación⁴³. Hasta ahora ningún tratado in-

corporaba expresamente tales categorías, si bien debían en razón de la interpretación evolutiva, entenderse incluidas en las cláusulas generales de no discriminación presentes en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos⁴⁴. Destaca también la obligación de los Estados en relación con prevenir, eliminar y sancionar la discriminación e intolerancia que se expresa a través de los diversos medios de comunicación, incluyendo internet.

Hasta ahora el Estado de Chile no ha firmado la Convención en consideración a que “...el procedimiento de consultas jurídicas internas no ha finalizado”⁴⁵. Esta situación originó un debate en el país, en el cual hay voces que plantearon que esta Convención afectaría derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas⁴⁶.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República consagra en su artículo primero que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, reforzando el principio de igualdad y no discriminación reconocido como un fundamento del derecho de los derechos humanos. En igual sentido, el artículo 19 N° 2 reconoce en favor de todas las personas el principio de igualdad ante la ley, protegiendo formalmente, a nivel constitucional, una esfera que incluye a las personas trans. Por su parte, la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación contempla la identidad de género y la orientación sexual como categoría sospechosa.

41 Anexo al Comunicado de Prensa emitido al culminar el 147 Período de Sesiones disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/023A.asp>

42 AG/RES. 2804 (XLIII-O/13) aprobada el 5 de junio de 2013.

43 Artículo 1.1 “Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”. (destacado propio)

44 Sin perjuicio de la interpretación extensiva que se ha realizado de los tratados internacionales vigentes para incorporarlas dentro de la frase “cualquier otra condición social”. A modo de ejemplo ver Caso Karen Atala y niñas vs. Chile, 24 de Febrero de 2012 párrafos 83 a 93.

45 OEA Asamblea General, 5 de junio, AG/RES. 2805 (XLIII-O/13). La Convención entrará en vigor cuando sea ratificada por dos Estados Miembros. A la fecha de elaboración de este informe Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Uruguay ya la habían firmado, sin ratificaciones a la fecha.

46 Respecto de la firma y ratificación de la Convención, el Arzobispo de Santiago, Ricardo Ezzati, envió una carta al Presidente de la República, Sebastián Piñera, en la cual solicitaba no ratificarla por estimar que era innecesaria, que excede el derecho chileno vigente y que importa un riesgo directo a la libertad religiosa. Ante la misiva existió una respuesta por parte de organizaciones de la sociedad civil, que afirmaron que la Iglesia no podía ni debía interferir en un Estado laico y que las expresiones contenidas en la misiva constituían una forma de perpetuar la situación de discriminación que afecta a diversos grupos.

A nivel sectorial, es posible encontrar normativa explícita dirigida a garantizar los derechos de las personas trans. En relación con el derecho de acceso a la salud de estas personas se emitió en un primer momento la Circular 34 del Ministerio de Salud (INDH, Informe Anual 2011, pág. 236) que reglamentaba la atención de salud referente a la identificación de la persona, el registro en ficha clínica y la hospitalización. La Circular señalaba que las personas trans sufrían de un “trastorno de la identidad sexual”, abordando la situación de estas personas como una patología, y reforzando los prejuicios y estereotipos que se encuentran en base de las situaciones de discriminación que afectan a esta población. Además, el documento estaba redactado en términos facultativos señalando que los funcionarios de los servicios de salud debían “considerar en lo posible el nombre social”. Por ello, el 14 de junio de 2012, el Ministerio emitió la Circular 21 que dio la instrucción sobre la atención de personas trans en la red asistencial con términos imperativos, mencionando la necesidad de dar un trato digno e informado conforme al nombre social y el género con el cual cada persona se identifica. Se destaca asimismo, que al momento del registro, si bien se deja consignado el nombre legal, la identificación verbal durante la atención debe ser el nombre social. Por último, se considera la necesidad de tener resguardos específicos sobre los antecedentes quirúrgicos o de tratamientos hormonales a efectos de otorgar una atención médica adecuada.

El INDH valora esta nueva normativa por estar orientada a garantizar el acceso a la salud de las personas trans a través de un trato digno y respetuoso de sus derechos humanos. De este modo, el Estado está dando cumplimiento a los estándares internacionales, específicamente al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que consagra el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) fijando el alcance de dicho derecho ha señalado que la salud “...no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”⁴⁷. Cabe destacar que el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud, obligación que ha sido desarrollada por el Comité DESC, señalando explícitamente a la identidad de género como un motivo prohibido de discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁸. Igualmente, el Principio 17 de los Principios de Yogyakarta, referente al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, exige a los Estados adoptar medidas con el fin de asegurar que los establecimientos y servicios de salud garanticen un trato no discriminatorio por razones de identidad de género.

Por su parte, el Servicio Médico Legal modificó sus protocolos para el examen de personas trans e intersex, a partir de un trabajo conjunto con la Organización de Transexuales por la Dignidad de la diversidad (OTD), basado en la Ley Zamudio y a normas internacionales, instruyendo el cumplimiento de la “Guía Técnica pericial de sexología forense para casos de personas trans e intersex”⁴⁹.

DERECHO A LA IDENTIDAD

Para las personas trans el reconocimiento de su identidad es relevante para el efectivo ejercicio de todos sus derechos. Como se desarrolló en estas páginas, el derecho a la identidad ha sido conceptualizado por la doctrina y consagrado tanto en la normativa internacional como nacional. Por su parte, el juez de la Corte IDH Ventura Robles, en voto disidente ha expresado que “el derecho a la identidad es un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten

47 Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr.8, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.

48 Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr.32, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

49 Ver Ordinario Circular N1297/2012.

individualizar a cada persona como única. Se deben tomar en cuenta elementos que componen a la identidad como (la) verdad biológica, familiar y social de una persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad. La identidad expresa lo más personal que hay en cada ser humano, proyectándolo en sus relaciones con sus semejantes y con el mundo exterior”⁵⁰.

En la Constitución Política, el derecho a la identidad se considera incorporado en virtud del art. 5 inciso segundo, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional al afirmar que “...aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”⁵¹.

En efecto, el derecho a la identidad está estrechamente relacionado con el derecho al nombre del cual todas las personas son titulares. El nombre es una derivación integral del derecho al desarrollo de la personalidad de cada ser humano, que mirado desde una perspectiva jurídica, se materializa como la facultad del individuo de proclamar su singularidad.

Ante la ausencia de normas específicas en este ámbito en particular, las personas trans han utilizado para ejercer su derecho a la identidad la Ley N° 17.344 que autoriza el cambio de nombres y apellidos bajo ciertas causales y modifica la Ley N° 4.808 sobre registro civil⁵². Para fundamentar las solicitudes se ha invocado, en particular, la causal referida a que cualquier persona podrá solicitar el cambio de nombres cuando estos sean ridículos, risibles o la menoscaben

moral o materialmente⁵³, y también la que dice relación con que las personas pueden cambiar su nombre “[c]uando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios”⁵⁴. Para ello, la persona solicitante debe presentar tres testigos que lo acrediten, a lo que se suma una serie de publicaciones legales en el Diario Oficial a objeto de verificar que no exista oposición. Asimismo, el/la solicitante debe someterse a exámenes ante el Servicio Médico Legal para acreditar su calidad de trans y, en ocasiones, el tribunal solicita su opinión al registro civil por medio de oficios.

Dado que la interposición de las solicitudes de cambio de nombre de personas trans se ha basado en una interpretación extensiva de la normativa existente, las decisiones de los tribunales han sido disímiles y, por regla general, desfavorables para estas. En algunas oportunidades se ha rechazado de plano la demanda aludiendo la falta de normativa específica⁵⁵ y en otras se les ha denegado en virtud de que no presentaban intervenciones quirúrgicas o que no se habrían sometido a los tratamientos hormonales “pertinentes”, los cuales a juicio de la magistratura eran determinantes para acceder a la petición. Asimismo, se identifican casos en los cuales solo se ha accedido al cambio de nombre, pero no al sexo registral⁵⁶. Por último, hay casos en los cuales se accedió al cambio de nombre y sexo registral⁵⁷, destacando que los jueces son más proclives a conceder ambas solicitudes cuando se han sometido a algún tipo de intervención quirúrgica⁵⁸.

50 Voto disidente del Juez Juan Manuel E. Ventura Robles en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 14 y siguientes.

51 Tribunal Constitucional, Rol 1340-2009, sentencia 29 de septiembre de 2009.

52 El primer fallo pronunciado a favor del cambio de nombre de un/una persona trans fue en la causa “Zúñiga Olivares” conocida por el Cuarto Juzgado de Letras en lo Civil de Antofagasta, Rol N° 995-2005. El segundo fallo, que se pronunció en favor del cambio de nombre y también permitió la modificación del sexo registral, fue dictado en la causa “Rivera Duarte”, conocida por el Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Rancagua. Ambas sentencias emitidas el año 2007.

53 Ley N° 17.344, art. 1 a.

54 *Ibidem*, art. 1 b.

55 Cuarto Juzgado de Letras Civil de Santiago, Rol V-91-2007; Vigésimo segundo Juzgado de Letras Civil de Santiago V-87-2007; Vigésimo segundo Juzgado de Letras Civil de Santiago V-88-2007.

56 Tercer Juzgado de Letras Civil de Santiago, Rol V-138-2010.

57 Sexto Juzgado de Letras Civil de Santiago, Rol V-235-2011; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 204-2012; Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 949-2013.

58 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2451-2009; Tercer Juzgado de Letras Civil de Talca, Rol 19-2010.

En virtud de que se está utilizando una normativa no pensada para efectos del reconocimiento legal del género preferido, la exigencia de ser conocida por más de cinco años con un nombre distinto al de la partida genera para las personas trans exponerse por ese tiempo a una serie de situaciones discriminatorias, tanto en aspectos laborales, de participación política, como en materia de salud y en el caso de personas trans privadas de libertad⁵⁹, entre otras. Algunos tribunales exigen a los solicitantes la realización de exámenes médicos ante el Servicio Médico Legal⁶⁰, para efectos de formar su convencimiento y acceder al cambio de nombre y sexo registral. En efecto, dependerá del caso concreto la documentación necesaria para fundarla. En un comienzo los exámenes se desarrollaron sin ningún tipo de protocolo, y luego, según Memorándum 16/08 del 11 de abril del 2008⁶¹. Esto dio lugar a la realización de pericias atentatorias contra la dignidad de las personas al realizarse exámenes físicos completos, incluyendo revisión anal y vaginal con escalpelo, además de la toma de fotografías de genitales y revisión directa de los mismos con el fin de acreditar el sexo

biológico⁶². Ante esta realidad, y como resultado del trabajo de la organización de la sociedad civil Organización de Transsexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD), se acordó con el Servicio Médico Legal un protocolo con el fin de garantizar un trato digno a las personas trans al momento de realizarse exámenes en el marco de solicitudes de cambio de nombre y sexo registral ante el servicio⁶³.

PROYECTO DE LEY SOBRE IDENTIDAD DE GÉNERO

En relación con este asunto, el INDH destaca la presentación del proyecto de ley sobre identidad de género el 7 de mayo de 2013⁶⁴. La iniciativa legislativa consta de once artículos y establece una acción civil específica que será conocida por los Juzgados de Familia para el efectivo reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans. De acuerdo con una especialista en la materia, “el objeto que se pretende con esta ley es establecer una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales

59 El informe EPU de la sociedad civil 2013 señala: 28. Mujeres trans son encarceladas en establecimientos de hombres, siendo frecuentemente víctimas de abusos y violencia. No ha habido esfuerzos ni medidas concretas para abordar el problema de la carencia de normas internas en los centros de reclusión relativos a la protección de las personas LGBTI, lo que pone en riesgo la integridad física y psíquica de dichas personas. El INDH manifestó su preocupación sobre la situación de las personas LGBTI privadas de libertad en el Informe Anual 2012 pág. 152 y 153.

60 El Servicio Médico Legal consignó que las pericias registradas de transgénero en el período 2006-2012 con motivo de cambio de nombre y sexo fueron 72 solo para la Región Metropolitana. No informó sobre regiones dado que allí se contabilizan las pericias, pero no se registra el tipo de procedimiento que involucran. Oficio N° 990 de fecha de 7 de octubre de 2013, en respuesta INDH.

61 En la parte del examen pericial decía lo siguiente: “Las personas Transgéneros que soliciten cambio de nombre, que llegan al Servicio Médico Legal con una orden judicial, son sometidas a un examen que consta de: a) Anamnesis próxima; b) Anamnesis remota; c) Examen físico extra-genital; d) Examen físico genito-anal, en el cual es necesario, para el examen del ano, solicitarle a estas personas que adopten la posición genupectoral, con lo que se logra una mejor observación de la región anal. Los exámenes de la región genito-anal, se efectúan bajo visión colposcópica. El examen genito-anal, debe ser cuidadoso, por cuanto se debe descartar, entre otras patologías, malformaciones y enfermedades de transmisión sexual o sus secuelas”.

62 Relato de Andrés Rivera: “Fui al SML con el oficio del Tribunal, me hicieron pasar a un box de atención, el Doctor apenas me miró, puso su atención en el oficio del tribunal, cuando levanta la vista me dice que me desnude totalmente, me indicó me subiera en la camilla ginecológica, el médico hizo pasar a su secretaria, la cual no llevaba delantal, pero sí tenía en sus manos una cámara fotográfica, (...) el doctor me estimuló manualmente el clitoris para ver el crecimiento, me tomó los labios vaginales y los estiraba luego me hizo tacto anal, para ver si era virgen, su secretaria registraba fotográficamente cada situación. El doctor sin preguntarme nada, me introduce el espéculo en mi vagina, brutalmente, provocándome una herida interna y sangramiento, me fotografiaron, después el médico consignó en un informe lo que me hizo. Me sentí humillado, vejado y violado. Salí llorando del SML, seguí llorando en la calle y llegué llorando al Tribunal, le pregunté a la Jueza ¿Por qué me había enviado a eso?, ¿que buscaba?, que si ese era el costo para ser reconocido hombre, YO NO QUERÍA SERLO”. Paciente Andrés Ignacio Rivera Duarte, Servicio Médico Legal de Rancagua, Doctor Bernardo Benjamín Barlaro Fuentealba. Testimonio disponible en Prensa OTD <http://transexualesdechile.org/?p=7493>

63 Con el apoyo del Director del Servicio Médico Legal, Patricio Bustos Streeter, y del Jefe del Departamento Jurídico del SML, Ignacio Suárez, el día 9 de noviembre de 2012 se concretó el trabajo realizado junto a OTD durante un año y siete meses. Según consta en Ordinario Circular N° 1297/2012 que instruye el cumplimiento de la “Guía Técnica pericial de sexología forense para caso de personas trans e intersex”.

64 Moción parlamentaria iniciada por los/as Honorables Senadores/as Señoras Pérez San Martín y Rincón y Señores Escalona, Lagos y Letelier, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, boletín 8924-07. Su formulación y presentación tienen como base la labor realizada por organizaciones de la sociedad civil, en especial por la Organización de Transsexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) apoyada por Fundación Iguales.

e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y al nombre de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género de quien lo solicita, contando así con un cuerpo legal adecuado que ponga término al uso indebido de otras normativas y cumpliendo de paso con estándares internacionales de derechos humanos que obligan a Chile” (Gauché, 2013). Sin embargo, también existen voces críticas sobre el proyecto, entre otras cosas, respecto de cómo la solicitud de cambio de nombre y sexo registral podría, de facto, constituirse en una vía para reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Evidentemente, el debate sobre la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo es distinto y requiere ser abordado en forma separada de la discusión en torno a una legislación como la propuesta por el proyecto, que se refiere específicamente al derecho a la identidad de las personas trans. Sin perjuicio de que se trata de una observación legítima, cabe destacar que no cualquier persona podrá acceder al cambio de nombre y sexo, sino solo aquellas personas que acrediten ante el tribunal la incongruencia entre el sexo asignado en el registro y el nombre, la apariencia, y la vivencia física del cuerpo. Por otra parte, el propio proyecto contempla normas y sanciones dirigidas a evitar un mal uso de la normativa; por ejemplo, el artículo 8° del proyecto, en sus incisos segundo y cuarto, señala que no se alterarán los derechos y obligaciones jurídicas que correspondan a la persona con anterioridad (inciso segundo), y la utilización fraudulenta del nuevo nombre para eximirse de obligaciones contraídas con anterioridad será sancionado (inciso cuarto).

Así, el proyecto de ley consagraría, de aprobarse, un mecanismo de solicitud de cambio de nombre y sexo registral efectivo. El artículo 4 inciso séptimo del proyecto de ley, por su parte, establece que en ningún caso podrá el tribunal decretar de oficio que se realicen exámenes ante el Servicio Médico Legal u otra institución de salud para formar su convencimiento sobre la solicitud.

En definitiva, la práctica desarrollada por los tribunales en la actualidad de exigir intervenciones quirúrgicas o tratamien-

tos hormonales es contraria a los estándares de derechos humanos⁶⁵, dado que una persona trans no tiene la obligación de someterse a ningún tipo de intervención quirúrgica ni hormonal a menos que ella así lo desee, y sea resultado de una decisión personal e informada. En ningún caso puede constituir un requisito para el efectivo reconocimiento de su identidad. Es necesario señalar que este reconocimiento legal se encuentra actualmente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos a nivel de recomendación, instando porque los Estados los reconozcan y tomando nota de aprobación de las legislaciones que lo permiten.

En virtud de lo señalado, el INDH destaca el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil, que logró que senadores presentaran una moción, e instaló el debate sobre este tema, si bien el proyecto se mantiene todavía a nivel de personas mayores de 18 años, sin que exista una reflexión sobre la situación de los menores de edad. Se debiera evaluar la posibilidad de que los y las jóvenes trans puedan hacer uso del mecanismo judicial en discusión. Este tema importa muchas aristas, ya que involucra normas internacionales referidas al interés superior del niño⁶⁶ en este caso, en relación con el desarrollo progresivo de niños, niñas y adolescentes y el derecho a ser escuchados⁶⁷ en el marco de actuaciones legales que podrían llegar a afectarles, y que dicen directa relación con su sexualidad e identidad de género y al derecho de los padres sobre la educación y formación de sus hijos.

CANDIDATURAS DE PERSONAS TRANS

El reconocimiento efectivo de los derechos de las personas trans tiene incidencia en materia de participación política. Los Principios de Yogyakarta destacan el derecho a la participación en la vida pública indicando que “[t]odas las personas que sean ciudadanas gozarán del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho

65 Como el principio de igualdad y no discriminación (Art. 1.1 y 24 CADH; 26 PIDCP), el derecho a la integridad personal (Art. 5 CADH; Art. 7 PIDCP) y el derecho a la vida privada específicamente el derecho a la autonomía (Art. 11 CADH; 17 CADH).

66 Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

67 Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 “El derecho del niño a ser escuchado”, 20 de julio de 2009, CRC/C/CG/12.

a postularse a cargos electivos, a participar en la formulación de políticas que afecten su bienestar y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, incluso en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”⁶⁸. De esto se desprende el deber que tienen los Estados de garantizar la participación en la vida pública a todas las personas sin discriminación de ningún tipo.

Al respecto, el año 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebró una reunión regional sobre participación política de personas LGTBI donde se discutió la relación entre la discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género y la escasa o nula representación en cargos de elección popular de estas personas en la región. Específicamente sobre la discriminación y exclusión de las personas trans, se concluyó que enfrentan obstáculos en las distintas manifestaciones de la participación política, tanto al momento de votar y elegir a sus representantes como al minuto de ser candidatas a cargos de elección pública (CIDH, 2012).

En las pasadas elecciones municipales, celebradas el 28 de octubre de 2012 en 346 comunas del país, se presentaron cinco mujeres⁶⁹ trans como candidatas a Concejales, dos de las cuales resultaron electas por votación popular⁷⁰. En todos los casos, la ausencia del reconocimiento del género de su preferencia en la cédula electoral conllevó una serie de obstáculos para sus candidaturas, pues a pesar de su imagen y expresión de género femenina, en las papeletas de votación y en las campañas publicitarias aparecieron sus nombres legales masculinos y no su nombre social.

68 Principios de Yogyakarta, principio 25 sobre el derecho a participar en la vida pública.

69 Alejandra González, quien desde el año 2004 es Concejala por la comuna de Lampa y la primera mujer trans en llegar a un cargo de elección popular en América Latina, siendo reelegida con 1.097 votos (9,38%); Zuliana Araya, quien postuló a Concejala por Valparaíso apoyada por el Partido por la Democracia (PPD), fue electa con 2.556 votos (4,31%) y obtuvo la octava mayoría comunal; Pepa Flores Campos, candidata al Concejo Municipal de San Clemente, fue apoyada por Renovación Nacional (RN) y obtuvo 412 votos (2,49%); Tatiana Sepúlveda, candidata a Concejala de Talca por el Partido Regionalista Independiente (PRI), quien obtuvo 236 votos (0,50%); y Alexandra Bravo, quien representó al Partido Progresista (PRO) en la comuna de Cerro Navia y obtuvo 127 votos (0,32%).

70 Alejandra González en Lampa y Zuliana Araya en Valparaíso.

Este año, en el marco de las elecciones parlamentarias, nuevamente se evidenció la discriminación en materia de participación política que afecta a las personas trans. Este fue el caso de Valentina Verbal, quien al inscribir su candidatura a Diputada por el Distrito 19 (Independencia y Recoleta) para competir en el proceso de primarias de la lista Alianza por Chile solicitó al SERVEL que se reconociera y utilizara su nombre social, en tanto se reconoce como mujer trans. Dicha petición fue rechazada y le fue impuesto el uso del nombre con el cual fue registrada al nacer, el cual no coincide con su identidad de género, porque el SERVEL carece de facultades legales para hacer otra cosa. Ante ello se realizó un reclamo ante el Tribunal Calificador de Elecciones (TRILECEL) contra la resolución del SERVEL con el fin de permitir que la inscripción de la candidatura contemplara su nombre social. Sin embargo, la petición fue declarada inadmisibles por cuestiones procesales manteniéndose firme la decisión del SERVEL⁷¹.

Si bien los estándares internacionales no obligan a los Estados a contar con una ley de identidad de género, sí les obliga a garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación en razón de la identidad de género. Al respecto, es importante señalar que el criterio de respeto del nombre social ya es utilizado por órganos públicos en Chile, específicamente por el Ministerio de Salud. Esta entidad, como se indicó precedentemente, por medio de la Circular N° 21 del 14 de junio de 2012, instruye sobre la atención de personas trans en la red asistencial y releva la necesidad de que —aun cuando el nombre legal sea incorporado en los registros administrativos— se brinde un trato digno e informado conforme al nombre social y el género con el cual cada persona se identifica.

En este sentido, es importante recalcar la importancia de la utilización del nombre de género en el trato social, pues se relaciona directamente con el deber de respetar la identidad de las personas, situación que cobra particular relevancia cuando se trata de un grupo que experimenta una discriminación estructural en razón de su identidad de género. En relación con este punto, la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos muestra que un 39,6% de la población

71 Oficio N° 336 del Tribunal Calificador de Elecciones, de fecha 2 de septiembre de 2013.

considera que los derechos de las personas trans no son respetados en Chile (INDH, en prensa).

Ante el escenario descrito, Valentina Verbal renunció a su candidatura por lo que considera un desconocimiento de su derecho a la identidad. Además, el pasado 17 de octubre presentó una acción antidiscriminación⁷² en virtud de la Ley N° 20.609, con el objeto de sentar un precedente en la materia⁷³.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de Derechos Humanos. *Sur Revista Internacional de derechos humanos*, 6 (11), 7 - 39.
- Cabral, M., & Leimgruber, J. (2012). *Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos*. Recuperado el 7 de octubre de 2013, de <http://www.convencion.org.uy/lang/es/un-glosario-en-construccion-mauro-cabral-y-javier-leimgruber>
- CIDH. (2011). *Orientación sexual, identidad de género y expresiones de género: algunos términos y estándares relevantes*.
- CIDH. (4 de diciembre de 2012). *CIDH celebra reunión regional sobre participación política de personas LGBTI*. Obtenido de CIDH Prensa: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/142.asp>
- Gauché, X. (2013). Algunas reflexiones sobre las razones que justifican una ley de identidad de género para Chile y una mirada al proyecto de ley ingresado el 7 de mayo de 2013 al Congreso Nacional. *Revista Electrónica Semestral del Programa de Mujeres, Género y Derechos Humanos*, 2 (1), 49 - 58.
- INDH. *Informe Anual 2011*. Santiago de Chile.
- INDH. (en prensa). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Santiago.
- Naciones Unidas. (2012). *Nacidos Libres e Iguales*. Nueva York-Ginebra.

72 Patrocinada por la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

73 A la fecha de elaboración de este Informe la acción se encuentra en tramitación.

