



2

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

I N T R O D U C C I Ó N

La diversidad es parte esencial de la condición humana en la medida que todos los seres humanos son únicos y, por tanto, diferentes entre sí. Estas diferencias se inscriben en un complejo mecanismo de elaboración social que define cuáles son significativas socialmente y cuáles no. A partir de elementos adscritos irreductibles, como la raza y la etnia, y de otras diferencias que si bien no son inamovibles son difícilmente modificables —como la condición social y la nacionalidad—, las sociedades construyen y reproducen sistemas de convivencia basados en jerarquías y órdenes sociales a partir de los cuales se distribuyen los bienes sociales.

La igualdad, en cambio, es una construcción conceptual; un parámetro ético, político y jurídico que concreta o materializa una noción de justicia social entendida como *“la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”*¹. La igualdad es el horizonte normativo en el que se han movido nuestras sociedades políticas, y una guía para los Estados en términos de cómo se manejan las diferencias o distinciones en sus sociedades de manera que no se conviertan en privilegios.

La igualdad ha sido un concepto en continuo desarrollo.

En un primer momento, se trató de una igualdad formal, es decir, *“conferir un estatuto jurídico que se traduzca en una igualdad de trato de las personas en el derecho y ante el derecho. El principio de igualdad exige tratar a las personas como iguales (...) esto es, con igual consideración y respeto”*². Esta aproximación tuvo gran importancia en la universalización de los derechos civiles y políticos, por ejemplo, al otorgar a todas las personas el derecho a sufragio sin importar su condición social, económica o política. El mecanismo privilegiado de esta igualdad ha sido la equiparación: *“A partir de esta categoría, se puede comprender que el principio de igualdad exigirá en ciertos casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas y/o situaciones distintas, con el objetivo de otorgar una igualdad de trato (Igualdad por Equiparación)”*³.

No obstante lo anterior, la transformación de las sociedades y el propio desarrollo de los derechos humanos han mostrado los límites de la igualdad formal para dar un trato igualitario. Se ha requerido de una igualdad sustancial, de facto o positiva, que excede el espacio de la generación de normas y que pone su acento en la redistribución de recursos y poder⁴. Para dar trato igualitario *“puede ser necesario para el derecho tener en cuenta las diferencias que existen*

1 Rawls (2010, p. 20).

2 Figueroa (2000, p. 7).

3 Ibídem, p. 8. El autor señala como ejemplo que ricos y pobres son diferentes y la forma de igualar el trato ha sido que mediante la equiparación, ambos tienen derecho a voto.

4 Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 25.

entre la gente y consecuentemente abandonar la igualdad legal formal"⁵. Es lo que ha sucedido con los pueblos indígenas y las mujeres, quienes a pesar de gozar de una igualdad política no tienen acceso a las mismas oportunidades que el resto de la sociedad.

La igualdad sustantiva da lugar a las acciones afirmativas, es decir, *"políticas inclusivas, que pueden ser entendidas como formas de universalización de los derechos civiles, políticos y sociales tuvieron su máxima expresión en el ámbito de los Estados nacionales, asociadas al desarrollo político y jurídico de una ciudadanía moderna. Su meta es el combate a todas las formas de discriminación que impiden alcanzar una mayor igualdad de oportunidades. Estas políticas se asocian a los conceptos de igualdad y universalización, promoviendo la reducción de la desigualdad social. En lo concerniente al derecho a la diferencia (donde se entremezclan el género, la etnia y el origen social), las políticas inclusivas asumen un carácter focalizado"*⁶.

En efecto, tratar de manera igualitaria a quienes no lo son puede traer como consecuencia la discriminación. A la vez, resulta insuficiente que las leyes reconozcan que todas las personas son iguales; se requiere, además, de acciones concretas de parte del Estado que se encaminen a lograr la igualdad sustantiva. Estas acciones o medidas pueden suponer tratar en forma distinta a quienes se encuentren en situaciones de desventaja. Es decir, la igualdad debe perseguir modificar los sistemas sociales que mantienen la discriminación y desigualdad. Para alcanzar este objetivo debe procurarse, tanto de parte del Estado como la sociedad, una redistribución de elementos como los recursos económicos, el poder político y el conocimiento, entre otros, que constituyen fuentes de creación o mantención de las inequidades sociales.

Los Estados deben propender hacia la igualdad a través de medidas efectivas e impedir todo acto de discriminación, esto es, prohibir toda diferenciación basada en fundamentos arbitrarios o absurdos que afecten el acceso al goce y ejercicio de derechos.

En el derecho internacional de los derechos humanos la prohibición de discriminación es una piedra angular y ha

sido reconocida como una norma de jus cogens⁷. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principales tratados internacionales de derechos humanos consagran el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el respeto y garantía de los derechos humanos. Los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional si no cumplen con su obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

A pesar de la formulación general de los derechos, en la práctica los órganos de control de los tratados no solían relevar las situaciones de discriminación que afectaban a extensos colectivos de personas, como las mujeres, los indígenas o los trabajadores/as migrantes y sus familias. Fue necesario contar con tratados internacionales que definieran la discriminación, la prohibieran y reconocieran derechos para los colectivos discriminados⁸. Este proceso fue el resultado de las reivindicaciones de los y las propios/as sujetos. Así, desde la práctica social se empuja la universalización de los derechos humanos, desde el pleno respeto a la dignidad humana en todas las formas que esta se exprese.

Discriminación es, en el campo de los derechos humanos, toda distinción, exclusión o restricción basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual e identidad de género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, impedimento físico o discapacidad, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra

5 Olsen (2009, p. 491).

6 Seoane (2006, p. 49).

7 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N°. 18.

8 En esta evolución se ubica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención sobre los Derechos del Niño (1984), Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

esfera⁹. El Estado para invocar estas u otras categorías tiene que contar con una justificación objetiva y razonable que permita calificar dicha distinción como legítima y no como discriminatoria.

La discriminación es el producto de una intencionalidad que se manifiesta en la voluntad explícita de los órganos del Estado, o es el resultado de la adopción o aplicación de una medida a una realidad determinada, pero que no tiene en su origen la intención de producirla. En la actualidad, esta última suele ser la que se presenta con mayor frecuencia.

La obligación de poner en un pie de igualdad a quienes se encuentran en desventaja demanda de los Estados adoptar medidas que reconozcan las situaciones particulares en las que se encuentran personas y grupos. Estas acciones son permanentes en el tiempo de manera de asegurar el pleno goce, sin discriminación, de los derechos humanos y en particular del propio derecho a la igualdad.

Los Estados cuentan además de las acciones permanentes, con “medidas especiales de carácter temporal” o “acciones afirmativas”¹⁰ destinadas a realizar un trato diferenciado para superar la situación de discriminación en la que se encuentra determinado grupo de personas. Son medidas esencialmente temporales, pues se adoptan y mantienen mientras subsistan las inequidades que las motivaron. Abarcan una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de orden legislativo o reglamentario, de recursos, de contratación, trato preferencial y sistema de cuotas, entre otras.

La igualdad y la prohibición de discriminación son elementos de la esencia de las Constituciones Políticas en las sociedades modernas. En Chile, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación ha tenido un lugar central desde los inicios de la república. En 1811 se dictó la denominada

“libertad de vientre” y el 24 de julio de 1823 se abolió la esclavitud. La actual Constitución Política, en su primer artículo, indica que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Más adelante, el texto constitucional indica que ésta asegura: “*La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”; y, “*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (...)*” (artículo 19, N° 2 y 3 respectivamente).

No obstante que el derecho a la igualdad está consagrado tanto en la Constitución como en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, la aplicación de estos preceptos no ha sido un tema pacífico en la sociedad chilena, a pesar de su carácter vinculante. Los proyectos de ley actualmente en debate ante el Congreso no necesariamente recogen los estándares internacionales e interamericanos sobre no discriminación, a pesar que las principales recomendaciones planteadas por el Grupo de Trabajo del EPU a Chile dicen relación con situaciones de discriminación largamente extendidas.

9 Esta definición encuentra su antecedente en artículos de las Convenciones citadas supra, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

10 El artículo 4 de CEDAW regula estas medidas indicando que: “*La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria*”.



Los derechos humanos de las mujeres han sido preocupación del Estado, y en consecuencia en las últimas décadas se ha reformado la legislación, promulgado leyes e implementado políticas públicas dirigidas a garantizar el pleno ejercicio de titularidades. Las más recientes se han encaminado a cerrar la brecha salarial entre hombres y mujeres, y a sancionar el femicidio. Los avances reportados se han debido, en gran parte, a la movilización de las organizaciones de mujeres que han demandado ante los poderes del Estado y activado los mecanismos internacionales de protección de sus derechos, cuando así se ha requerido.

Al mismo tiempo se mantienen los obstáculos que discriminan a las mujeres en el mercado laboral y en la participación política. Respecto del primero, el país sigue mostrando índices bajos en relación al contexto regional, a lo que se agrega que un porcentaje importante de la vinculación laboral de las mujeres se produce en el trabajo informal, precario y mal remunerado. Las dificultades para aumentar los índices de participación también se ligan a aspectos culturales, en particular, que el trabajo reproductivo y de cuidado de la familia sigue siendo responsabilidad principal de las mujeres. En relación a la participación política, Chile no ha adoptado medidas para hacer efectiva la representación equilibrada de hombres y mujeres en la política. La experiencia de los países de la región es contundente en

tal sentido: aquellos que han concretado la voluntad política en normas y medidas de política pública, el número de mujeres candidatas y elegidas ha crecido de manera sustancial.

Respecto de la violencia contra las mujeres, el Estado aún no produce información y estadísticas que permitan conocer la magnitud del problema del país —de hecho los femicidios se contabilizan a partir de información de prensa—, y las medidas de protección han resultado insuficientes para proteger su integridad física y su vida. En relación a los derechos sexuales y reproductivos, persisten normas y políticas que no cumplen con los estándares con los cuales el país se ha comprometido y que se expresan en las dificultades de las mujeres para decidir autónomamente sobre la sexualidad y la reproducción, el acceso a anticonceptivos y anticoncepción de emergencia, y los altos índices de embarazo adolescente.

El Estado de Chile, a pesar de sus avances, aún no cumple con los estándares fijados por los tratados internacionales y la propia Constitución sobre igualdad y no discriminación. El camino recorrido hasta ahora debe dar pie para abordar los aspectos estructurales que reproducen en la legislación, la política pública y también en la cultura el lugar de subordinación de las mujeres.

I. DERECHOS DE LAS MUJERES COMO DERECHOS HUMANOS

1. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO EN DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Los derechos humanos son universales, sin embargo, a lo largo de la historia las mujeres no siempre fueron consideradas como sus titulares. Las primeras Constituciones Políticas no les reconocían la posibilidad de votar y ser elegidas, y la legislación civil y penal limitaba significativamente su autonomía. Un problema similar presentaba el derecho internacional de los derechos humanos; si bien las normas no establecían diferencias entre hombres y mujeres, en la práctica los órganos llamados a supervisar las obligaciones

de los Estados no identificaban ciertas conductas que lesionaban los derechos humanos de las mujeres como violaciones a sus derechos¹¹.

La movilización de las mujeres ha logrado que la comunidad internacional adopte tratados específicos a sus derechos; los tratados generales se lean desde su realidad y particular situación de discriminación; y, los Estados promulguen leyes y deroguen normas en la perspectiva de garantizar igualdad y no discriminación para ellas. A nivel universal, en 1979 se adoptó la Convención sobre la Eliminación de todas las For-

¹¹ Charlesworth (1997, p. 55-80).

mas de Discriminación contra la Mujer CEDAW¹², y en el plano regional, en 1994, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

Hoy, muchas situaciones que en el pasado no eran consideradas como violaciones a los derechos humanos de las mujeres, y menos aún un problema del Estado, son ahora parte de la preocupación central de la comunidad internacional.

Aun cuando la situación de las mujeres en el mundo se ha transformado, la evidencia también muestra que la vigencia efectiva de la igualdad y no discriminación para ellas está lejos de ser una realidad. En todos los países del mundo sus derechos se vulneran, su autonomía personal y económica está sujeta a tuteladas indebidas, y su participación y acceso a los espacios de poder y de toma de decisiones no cumple con los estándares establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

82

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

En torno a los derechos humanos de las mujeres, los nudos problemáticos identificados y las observaciones y recomendaciones que el Estado de Chile recibió del Grupo de Trabajo para el Examen Periódico Universal¹³ pueden ser agrupadas en autonomía económica, derechos sexuales y reproductivos, participación política y acceso al poder, y violencia contra las mujeres. Como una recomendación transversal se señala al Estado de Chile ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁴.

En relación a la autonomía económica, se recomendó al Estado de Chile formular y aplicar medidas: (i) legislativas y administrativas apropiadas para dar iguales oportunidades de empleo a hombres y mujeres y superar la disparidad salarial;

(ii) mejorar la insuficiente representación de mujeres en el mercado del trabajo; (iii) adoptar medidas eficaces para eliminar los numerosos obstáculos que impiden a las mujeres ingresar al mercado laboral; (iv) incorporar en la legislación el principio de “a igual trabajo, igual remuneración” y que existan mecanismos para velar porque éste sea cumplido escrupulosamente por los empleadores¹⁵. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló preocupaciones similares al Estado, a propósito de la presentación del informe de cumplimiento del Pacto en noviembre de 2004¹⁶, como también el Comité de la CEDAW¹⁷ y el Comité de Derechos Humanos¹⁸.

Otro ámbito de preocupación es la mantención del régimen de sociedad conyugal, régimen explícitamente discriminatorio para las mujeres, materia que ha sido observada por el Comité de Derechos Humanos¹⁹, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰ y el Comité de la CEDAW²¹. El Estado de Chile tiene pendiente el cumplimiento de una solución amistosa sobre el particular ante la Comisión de Interamericana de Derechos Humanos²². Por su parte, la Comisión de Expertos de la OIT desde hace unos años ha solicitado al Estado de Chile “*la modificación del artículo 349 del Código de Comercio que establece que para que una mujer casada que no está bajo el régimen de separación de bienes pueda celebrar un contrato de sociedad, necesita la autorización especial de su marido*”²³.

12 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. Con anterioridad a esta Convención se habían adoptado otros instrumentos como la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres (1952), la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer Casada (1957) y la Convención sobre el Consentimiento, Edad Mínima y Registro de Matrimonio (1962), entre otros.

13 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009. II. Conclusiones y recomendaciones, párrafo 18, punto 3.

14 Ibídem, párrafo 25.

15 Consejo Económico y Social. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile. E/C.12/1/Add.105, 26 de noviembre de 2004, párrafo 37.

16 CEDAW. Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. CEDAW/C/CH/CO/4, párrafo 11.

17 Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del pacto, observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 Abril 2007, párrafo 18.

18 Ibídem, párrafo 17.

19 E/C.12/1/Add.105, Op. Cit., párrafos 21 y 45.

20 CEDAW/C/CH/CO/4, Op. Cit., párrafo 10.

21 Sonia Arce Vs. Estado de Chile. Petición 07/01 del 1 de octubre de 2003. CIDH, Informe de Admisibilidad 51/03.

22 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo Consejo de Derechos Humanos. Doc. No. 62007CHL111 del año 2007, párrafo 2

23 Para revisar el contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos ver: Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos (2010); Cook, Dickens y Fathalla (2003); y, Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo, 1994, El Cairo, y su Programa de acción.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos²⁴, materias de preocupación particular han sido el embarazo adolescente²⁵ y la ausencia de servicios de salud reproductiva adecuados para esta población²⁶, los mayores costos asociados a la atención de salud en la etapa reproductiva en el sistema privado²⁷, y la penalización del aborto en toda circunstancia²⁸. Ante el Grupo de Trabajo del EPU, el Estado de Chile aceptó la recomendación de garantizar estos derechos a las mujeres²⁹, pero no aceptó aquellas referidas al aborto.

En relación a la participación política, el Comité CEDAW ha expresado su preocupación por la escasa representación de mujeres en el Parlamento, los municipios y el servicio exterior; y la necesidad de reformar el sistema electoral binominal, especificando este último que el sistema *“era desfavorable para la representación política de la mujer”* y que debían adoptarse medidas a fin de incrementar la participación de las mujeres en la vida política³⁰. El Grupo de Trabajo para el EPU destacó la necesidad que el Estado adoptara normas que garantizaran la igualdad entre hombres y mujeres³¹.

La violencia contra las mujeres ha sido una preocupación constante de parte de los órganos internacionales. Al respecto, el Grupo de Trabajo para el EPU indicó que era necesario mejorar la situación de la mujer y aplicar disposiciones legislativas específicas sobre la violencia contra ellas. Particularmente, exhortó al Estado chileno a aprobar y aplicar *“leyes eficaces para prevenir y eliminar la discriminación contra la mujer y combatir la violencia doméstica”*; *“hacer nuevos esfuerzos y fijar metas específicas para reducir el número de casos de violencia doméstica, en particular por medio de mecanismos e instituciones que protejan a la mujer contra este tipo de vio-*

lencia”, y *“difundir esta legislación entre la ciudadanía; registrar todos los casos de violencia e investigar sin demora todas las denuncias”*. Además, indicó que era necesario que el Estado cooperara con las organizaciones no gubernamentales en aras a crear programas de *“formación para los agentes del orden, los jueces y otros sobre la violencia doméstica”* que permitieran que el grave problema de la violencia doméstica se visibilizara y se resolviera por los órganos judiciales³².

24 Esta preocupación ha sido formulada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el Comité de la CEDAW, citados supra, y por el Comité de la Convención de los Derechos del Niño, documento CRC/C/CHL/CO/3 del 23 de abril de 2007.

25 Preocupación del Comité de la Convención de los Derechos del Niño, citado supra.

26 Preocupación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citado supra.

27 Preocupación señalada por todos los Comités referidos previamente, a los que se agregan el Comité de Derechos Humanos –documento CCPR/C/CHL/CO/5, del 17 de abril de 2007– y el Comité de la Convención contra la Tortura, documento CAT/C/CR/32/5 del 14 de junio de 2004.

28 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 N° 22.

29 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 N° 14.

30 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96 N° 21.

31 Ibídem, párrafo 96, N° 23.

32 Ibídem, párrafo 96 N° 24

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1. AUTONOMÍA ECONÓMICA

La autonomía económica es un requisito indispensable para el pleno goce de derechos. Al efecto, el Servicio Nacional de la Mujer SERNAM ha reconocido que *“las mujeres corren mayor peligro de caer en situaciones de pobreza, porque se valora menos su trabajo, tienen menos relaciones sociales y suelen depender de otros para su subsistencia”*³³. Según el Informe de Desarrollo Humano sobre Chile del PNUD, un 92% de los hombres tiene una inserción laboral de tipo permanente, en cambio, del total de las mujeres *“sólo un 32% presenta una inserción laboral de tipo permanente; otro 24% se integra tardíamente, alrededor del 11% se retira transitoriamente en la edad media, otro 10% se retira prematuramente y un 21% no se incorpora en ningún período al mercado laboral. Hay un 2% que no califica en ninguna de las categorías anteriores”*³⁴.

84

Como un avance del período destaca la entrada en vigencia de la Ley N° 20.348 que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, sin que el sexo sea un factor de discriminación³⁵. A la fecha no se conoce el impacto de la disposición sobre la brecha salarial.

En relación a la tasa de participación laboral de las mujeres, el Consejo Asesor Presidencial sobre Trabajo y Equidad Social constató que *“el aumento del empleo de las mujeres en el primer quintil ha sido en parte empleo formal, pero la mayoría ha sido empleo informal: por cuenta propia o asalariado sin contrato”*. Las dificultades en el acceso al empleo son múltiples, y entre otros factores destacan *“aspectos culturales y arreglos domésticos significativos que inciden en la valoración del rol de la madre en la crianza y los quehaceres del hogar, incluso si comparten con sus parejas el rol de proveedores. Otros factores incluyen la presencia de niños y adultos mayores y la dificultad para delegar su cuidado, los bajos sueldos y el costo del transporte. Adicionalmente, el acceso a la información de oportunidades laborales, las distancias físicas*

*y la necesidad del cuidado de la propiedad también afectan la decisión de las mujeres de incorporarse de manera plena al mercado laboral”*³⁶.

En atención a preocupaciones similares, el Presidente Sebastián Piñera creó la Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad, que en su diagnóstico constató que *“la baja participación laboral afecta más gravemente a las mujeres más vulnerables y menos educadas de nuestro país, cuya participación laboral no supera el 25%. Cerca de 7 de cada 10 mujeres pertenecientes a los niveles socioeconómicos más bajos no perciben ningún tipo de ingreso, lo que les impide aportar económicamente a sus familias, romper círculos de violencia, o salir de la pobreza”*. La Comisión funcionó entre mayo y agosto de 2010, con el mandato presidencial de desarrollar *“una propuesta integral en base a la cual modernizar la actual legislación laboral de protección a la maternidad”*, orientada a alcanzar tres objetivos: desligar el costo de la maternidad de la contratación de mujeres, permitiendo su real integración al mundo del trabajo remunerado formal; garantizar el mejor cuidado de los/as hijos/as; e incentivar una mayor corresponsabilidad en el cuidado y la crianza para facilitar una mayor conciliación entre familia y trabajo para los hombres y mujeres en nuestro país³⁷.

La Comisión trabajó sobre el presupuesto que *“el trabajo remunerado de la mujer y la maternidad son bienes sociales que interesa promover, sin que uno se convierta en un obstáculo para el otro”*. Se apela al hecho que muchas mujeres renuncian a la maternidad para dar prioridad a la vida laboral. Al mismo tiempo, se reconoce que el actual subsidio maternal ampara al 66% de las mujeres vinculadas al mercado labo-

33 SERNAM, Plan de igualdad de oportunidades PIO 2000-2010

34 PNUD (2010).

35 Ley N° 20.348 que incorpora al Código del Trabajo el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que ejecuten las mismas labores. Publicada en el Diario Oficial el 19 de junio de 2009.

36 Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad (2008, p. 29, 92 y 93). El 23 de agosto de 2007, la ex Presidenta Michelle Bachelet creó este Consejo que durante ocho meses discutió un conjunto de propuestas para dar respuesta a los desafíos de la política social, el mercado del trabajo y las relaciones laborales.

37 Comisión Asesora Presidencial Mujer, Trabajo y Maternidad (2010, p. 1 y 3).

ral³⁸. A fin de ampliar la cobertura, se sugiere “extender el subsidio maternal a todas aquellas mujeres que han ejercido alguna actividad laboral acreditada durante un período mínimo en el año anterior a producirse el embarazo”. El beneficio es únicamente para aquellas trabajadoras vinculadas al mercado laboral formal, restricción que se sustenta en el objetivo deseable de una mayor formalización de las relaciones de trabajo. En relación al pre y postnatal, la Comisión se propone varias medidas para flexibilizar sus tiempos, de manera que este último pueda extenderse si la madre lo estima conveniente. Igualmente, sugiere introducir un permiso parental como mecanismo optativo para ampliar el tiempo de permanencia de la madre o el padre con el/la recién nacido/a, una vez terminado el periodo postnatal de la madre³⁹.

El Ejecutivo ha anunciado que enviará un proyecto de ley al Congreso con el objetivo de modernizar la legislación laboral de protección a la maternidad, sobre la base de las propuestas de la Comisión. En el marco de los objetivos planteados, sería oportuno revisar las medidas sugeridas de manera que éstas no reproduzcan el actual esquema que coloca en la mujer la responsabilidad y los costos asociados a la reproducción. Las organizaciones de mujeres y de trabajadores/as han presentado preocupaciones sobre los efectos que las propuestas de la Comisión pudieran tener sobre derechos adquiridos⁴⁰. De hecho, las medidas reiteran la exclusividad del rol materno durante el postnatal, y solo incorporan al padre a través del permiso parental, de carácter optativo y sujeto a la voluntad materna, reproduciendo la discriminación que afecta a las mujeres en su acceso al trabajo.

38 Ibídem, p. 10. La Comisión hace una relación entre el número de nacimientos (235.365) y el total de subsidios de reposo postnatal (83.997) para el año 2009. En esta relación, el subsidio maternal cubre 35,7% del total de los nacidos ese año. Si la relación se hace con el porcentaje de mujeres en edad fértil en el mercado laboral, la cobertura alcanza el 66%.

39 Ibídem, p. 24. Este permiso podrá ser tomado por la madre o por el padre, alternativamente. La Comisión señala que “el padre podrá hacer uso de este permiso, sólo si la madre hizo uso del permiso postnatal maternal, salvo que el padre esté sólo a cargo del hijo/a recién nacido. El padre y madre decidirán de común acuerdo cómo distribuirse entre ellos este permiso y por cuánto tiempo hacer uso del mismo. En caso de no existir acuerdo, primará la opción de la madre para tomarlo ella”.

40 Entre ellas, ver Centro de Estudios de la Mujer CEM (2010) y declaraciones a los medios de comunicación de la CUT, “CUT pide ampliar cobertura de postnatal a seis meses”, en www.lanacion.cl del 16 de abril 2010.

Por otro lado, la propuesta restringe el subsidio maternal y la prolongación del postnatal a las trabajadoras que cuentan con vinculación formal al mercado laboral lo que plantea un problema de equidad y justicia social respecto de aquellas –la mayoría– que no están en esas condiciones. La eliminación de la segregación en el mercado laboral y la disminución del alto porcentaje de mujeres en trabajos precarios es una obligación del Estado en su rol de garantizar y respetar de manera igualitaria los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres.

Por su parte, la discriminación en recursos y poder que conlleva el régimen patrimonial de sociedad conyugal es explícita en la ley: “el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer” (Código Civil, artículo 1.749). Tal como lo señalaron organizaciones de la sociedad civil ante el EPU, el Estado de Chile no ha cumplido con el compromiso adquirido en 2007 ante la CIDH de modificar esta norma⁴¹.

2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

En Chile, 48% de las madres adolescentes pertenece al sector socioeconómico bajo el nivel de pobreza y el 74% de ellas, a los dos quintiles de menores ingresos⁴². Del mismo modo, los nacimientos se dan de la siguiente forma: 146,9 por mil nacidos vivos en La Higuera, 127,7 en Palena y 120,9 en Taltal, frente a 6,8; 8,1 y 14,4 en Vitacura, Las Condes y Providencia respectivamente⁴³.

La reducción del embarazo adolescente fue objetivo sanitario para el período 2000-2010, con la meta de disminuir a 46 por mil nacidos vivos la tasa de fecundidad de las jóvenes entre 15 y 19 años, y a 0, la de niñas entre 10 y 14 años⁴⁴. La evaluación de cumplimiento muestra que para 2007, la de las jóvenes se mantenía en 53,4 por mil nacidos vivos y

41 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/WG.6/5/CHL/3, 19 de febrero de 2009, párrafo 17.

42 Normas Nacionales. Sobre Regulación de la Fertilidad, Consultado en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada. 2006-10-03.7146246056/mas-documentos-sobre-embarazo-adolescente/NormasFertilidad%20MINSAL.pdf, p. 122.

43 Díaz y Schiappacasse (2009).

44 Ministerio de Salud. Objetivos Sanitarios 2000-2010. Disponible en www.epi.minsal.cl Al comienzo de la década las tasas eran 65,4 y 1,7 por mil nacidos vivos, respectivamente.

la de niñas no bajó más de 1,2 por mil nacidos vivos. En la discusión en curso sobre el Plan Nacional de Salud para el Logro de los Objetivos Sanitarios 2011-2020, la reducción del embarazo adolescente se ha mantenido como una de las metas⁴⁵. El cumplimiento de este objetivo exigirá del Estado la puesta en marcha de un conjunto de estrategias, entre ellas, programas de salud sexual y reproductiva para la población adolescente, orientación y acceso a métodos anticonceptivos y programas de educación sexual en el sistema educativo.

Un avance del período es la promulgación, en febrero de 2010, de la Ley N° 20.418 que Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad. Su adopción zanja un largo debate sobre la anticoncepción de emergencia y respecto de la edad límite de acceso autónomo de las adolescentes a la píldora⁴⁶. La ley establece que *“toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial”* (artículo 1). Entre los anticonceptivos autorizados se incluye la anticoncepción de emergencia, con una salvedad respecto de las adolescentes menores de 14 años: *“en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale”* (artículo 2, inciso segundo).

A pesar de la legislación, las mujeres siguen enfrentando problemas en el acceso a anticonceptivos, y a la anticoncepción de emergencia en particular. La ley no ha sido reglamentada y, por lo tanto, la acción de las distintas reparticio-

nes públicas sigue con altos niveles de discrecionalidad en relación a su distribución gratuita, afectando el ejercicio de los derechos allí garantizados. Se debe recordar que el largo proceso judicial sobre la anticoncepción de emergencia estuvo marcado por hitos que oficiaron acciones en sentidos diversos y contrarios a los servicios de salud y otras reparticiones públicas. Si bien esta norma constituye un avance significativo, su concreción en la política pública se beneficiaría con una regulación de las acciones de las reparticiones y servicios públicos, y de entes privados relacionados.

Abona a esta preocupación la dificultad que recientemente ha producido un instructivo de la autoridad sanitaria de la Región de Coquimbo que impide a las matronas prescribir métodos anticonceptivos y, en particular, anticoncepción de emergencia. La disputa —radicada en la interpretación del Código Sanitario y la normativa relacionada en leyes e instructivos del Ministerio de Salud— tiene efectos sobre el acceso de las mujeres a la planificación familiar; dado que son estas/os profesionales de la salud quienes preferentemente atienden las necesidades de las mujeres de menores ingresos⁴⁷.

Resulta determinante para el efectivo goce y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos el acceso oportuno e informado a métodos anticonceptivos. El Estado debe poner a disposición de la comunidad los recursos económicos y técnicos para el ejercicio de estos derechos, particularmente el acceso a la anticoncepción de emergencia. La voluntad del Ministro de Salud⁴⁸ y el ingreso de un proyec-

45 Ministerio de Salud. Objetivos estratégicos en salud, documento borrador de consulta. Revisión Final, 10 de noviembre 2010.

46 Las Normas de Regulación de la Fertilidad permitieron su distribución en la red asistencial pública a solicitud de las mujeres que la necesitaran; luego, la resolución del Tribunal Constitucional (ROL 740-07-CDS) derogó la prestación y limitó su entrega a situaciones de violencia sexual. A continuación, el Ministerio de Salud dejó a discreción de las autoridades municipales —como órganos autónomos a cargo de los servicios de salud de su jurisdicción— facilitarla en otras situaciones. Posteriormente, la Contraloría dictaminó que los municipios no tenían esta facultad (Dictamen N° 31.356 del 16 de junio de 2009). Finalmente, la Ley N° 20.418 repone la prestación y permite su distribución en los servicios de salud a requerimiento de las mujeres.

47 La disposición del SEREMI de Salud de la Región de Coquimbo está contenida en el Instructivo Ordinario 1139 de esa repartición. El Colegio de Matronas, gremios de la salud, organizaciones privadas especializadas en salud reproductiva, organizaciones de mujeres y parlamentarias han argumentado que la facultad está otorgada por los artículos 117 y 124 del Código Sanitario y por la Ley N° 19.536 de 1997 que modificó este Código y estableció que las actividades de planificación familiar —que incluyen la prescripción de todos los métodos anticonceptivos— ya no son una función delegada del médico, sino de la propia matrona. A propósito de la controversia, el Colegio de Matronas de Chile ha señalado que *“el 100 % de las mujeres de los tres quintiles de menor ingreso, es vista en materia de salud sexual y salud reproductiva por las matronas y matrones de nuestro país”*. Declaración pública del 28 de septiembre de 2010. Disponible en: www.colegiodematronasdechile.cl

48 En declaraciones a la prensa, el Ministro de Salud Sr. Jaime Mañalich avaló el instructivo de la SEREMI de Coquimbo sobre la base de una indicación que hizo la subsecretaría de salud pública durante el gobierno anterior. Señaló el Ministro que *“las matronas no están autorizadas para extender una receta de anticonceptivo de emergencia”*; sin embargo, en las mismas declaraciones aclaró que *“estamos totalmente llanos a reevaluar esa posibilidad”*. *Lanacion.cl*, jueves 30 de septiembre 2010. Disponible en: www.lnd.cl

to de ley⁴⁹ abren la posibilidad de superar las dificultades en la prescripción de anticonceptivos y anticoncepción de emergencia por parte de las matronas, y proteger el derecho de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos/as tener, en particular de aquellas con menos recursos económicos. Con ello se previene la ocurrencia de embarazos no deseados y eventuales abortos.

En otro orden de cosas, el Grupo de Trabajo del EPU señaló su preocupación respecto del costo diferenciado por sexo de los planes privados de protección de la salud. El Tribunal Constitucional recientemente falló la inconstitucionalidad de esta disposición de las ISAPRES al señalar: “Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”⁵⁰. El pronunciamiento del Tribunal mantuvo el procedimiento de tabla de factores, dejando al poder legislativo la tarea de establecer una nueva norma que no discrimine a las mujeres por el solo hecho de serlo.

Aun cuando el Estado de Chile no aceptó las recomendaciones del Grupo de Trabajo del EPU dirigidas a modificar la penalización del aborto, el debate sobre el problema se ha manifestado en varias coyunturas y a través de casos particulares en la prensa. De hecho formó parte de los temas abordados en la última campaña electoral –particularmente en torno a la reposición del aborto terapéutico derogado en 1989–. En el parlamento se han presentado varios proyectos de ley que proponen reformas a la legislación sobre la materia. El Ministerio de Salud ha señalado que “el embarazo no deseado, condición que predispone a la realización de un aborto provocado, se asocia a la ignorancia de la propia fisiología reproductiva de la mujer y el no uso, o uso inadecuado de métodos anticonceptivos eficaces. Este aspecto sigue siendo

importante en el país, tanto desde la perspectiva de la salud pública como de la salud personal, dado el elevado número de abortos provocados (estimados en 100 a 150 mil casos cada año); embarazos en adolescentes (16% sobre el total de nacimientos), e hijos no deseados, abandonados o maltratados”⁵¹. Es importante que el país aborde un debate serio e informado sobre el aborto, donde se expresen todas las voces, con miras a buscar nuevos acuerdos que se plasmen en la legislación y la política pública.

En abril de 2009, la autoridad sanitaria emitió el instructivo “Confidencialidad y Aborto” que elimina la práctica de interrogar a las mujeres que llegan a los hospitales con abortos en curso: “aun cuando el aborto es una conducta ilegal (...) no corresponde extraer confesiones a las mujeres que requieren atención médica como resultado de un aborto, sobre todo cuando dicha confesión se solicita como condición para la prestación de salud requerida, pues con ello se vulnera la norma contenida en el artículo 15° (...) de la Convención Contra la Tortura, así como el derecho esencial a la protección de la salud, asegurado tanto en el artículo 19 N° 9 de nuestra Constitución Política, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12 N°s 1 y 2 letra d)”⁵². La confidencialidad entre médicos/as y pacientes es determinante para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, y el instructivo del Ministerio avanza en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia. Es fundamental la difusión de esta medida a todo el personal de salud y a las mujeres que concurren a los servicios, y que su incumplimiento sea sancionado.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante que el Estado garantice la confidencialidad médico/a-paciente; sobre el particular se han presentado tres proyectos de ley, dos de los cuales fueron archivados y uno se mantiene en trámite legislativo⁵³ sin avances hasta la fecha.

49 Boletín N° 7245-11, Modifica el Código Sanitario con el objeto de facultar a las matronas para recetar anticonceptivos.

50 Rol 1710-10-INC.

51 Ministerio de Salud. Gobierno de Chile. Los objetivos sanitarios para la década 2000-2010. p. 11.

52 Ministerio de Salud. Instruye directrices sobre asunto que indica. 24 de abril de 2009.

53 Los proyectos archivados trataban sobre el derecho a la muerte digna y sobre los derechos de los pacientes. El proyecto aún en trámite es el que corresponde al Boletín 4398-11, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

3. PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y ACCESO AL PODER

La participación igualitaria en las decisiones públicas fue identificada por el propio Estado de Chile ante el Grupo de Trabajo del EPU como un motivo de preocupación. Conforme con la información aportada por la sociedad civil, *“Chile mantiene uno de los más altos niveles de subrepresentación de las mujeres en los espacios de toma de decisión pública de América del Sur (...) en términos de representación parlamentaria, las mujeres no superan el 15% en la Cámara Baja y el 5,3% en el Senado; en el ámbito municipal sólo un 23% de mujeres ocupan concejalías y un 12% las alcaldías, al 2008”*⁵⁴.

Sobre esta situación, el PNUD registró *“1.412 mujeres y 6.991 hombres en los más altos puestos de poder en Chile. Estas cifras (...) dan cuenta de una distribución desigual del poder, puesto que las mujeres no superan el 23% de los puestos en ninguno de los campos observados político, económico, simbólico y social”*⁵⁵. La siguiente tabla ilustra cómo ha evolucionado esta situación en los últimos 15 años:

DISTRIBUCIÓN DE HOMBRES Y MUJERES POR CAMPO DE PODER AÑOS 1995-2005-2009 (NÚMEROS ABSOLUTOS)

TIPOS DE PODER / ÁREA	1995		2005		2009	
	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES	HOMBRES	MUJERES
Político	2.916	385	3.516	810	3.516	982
Económico	1.508	51	1.968	82	2.383	130
Simbólico	679	98	633	121	986	275
Social*	-	-	-	-	190	40

* Para poder social solo hay datos de 2009.

El gobierno de la ex Presidenta Michelle Bachelet se inauguró con un gabinete paritario; el actual gobierno ha designado mujeres en el 30% de los Ministerios. El avance sostenido hacia la representación política equilibrada de mujeres y hombres requiere voluntad política y de mecanismos de acción positiva que la concreten. La gran mayoría de los paí-

ses de la región los han adoptado, y sus resultados muestran incrementos importantes tanto en el número de candidatas como de elegidas⁵⁶. En Chile, aún cuando todos los sectores políticos se han pronunciado a favor de una mayor participación de las mujeres en cargos de responsabilidad política y de elección popular, la evidencia muestra que este propósito está lejos de ser alcanzado sin mecanismos institucionales que aseguren su participación. El último proyecto de ley dirigido a superar esta brecha fue presentado a trámite legislativo en el año 2007, y no reporta a la fecha avances significativos⁵⁷.

4. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Las denuncias por violencia contra las mujeres han aumentado sostenidamente en los últimos años. El Ministerio del Interior da cuenta de 60.769 denuncias de violencia intrafamiliar en 2001 y 113.487 en 2008; alrededor del 90% de ellas corresponde a agresiones contra las mujeres, porcentaje que se ha mantenido constante en el lapso de esos años⁵⁸. Por su parte, el Ministerio Público reporta 115.100 causas por violencia intrafamiliar ingresadas el año 2009; el 32,83% por amenazas, 57,32% por lesiones y 6,56% por maltrato habitual. Este incremento no ha tenido como correlato un aumento proporcional en el número de sanciones, pues solo un 9,26% termina en sentencia condenatoria⁵⁹.

Sobre la gravedad y magnitud de la violencia contra las mujeres en Chile, la Primera Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior arrojó los siguientes resultados:

56 En América Latina y el Caribe, once países han adoptado legislaciones para promover la participación de las mujeres; el primero fue Argentina en 1991. Un estudio de FLACSO (2006) muestra que *“al analizar 18 países de la región, 11 con leyes de cuotas y siete sin este mecanismo, Flacso constató que en los primeros, la presencia de las mujeres en los respectivos parlamentos creció en 9,5 puntos porcentuales entre 1995 y 2004, mientras que en los segundos lo hizo sólo en 2,9 puntos”*.

57 Boletín 5553-06, proyecto de ley que establece política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular.

58 Ministerio del Interior, División de Seguridad Pública. En www.seguridadpublica.gov.cl

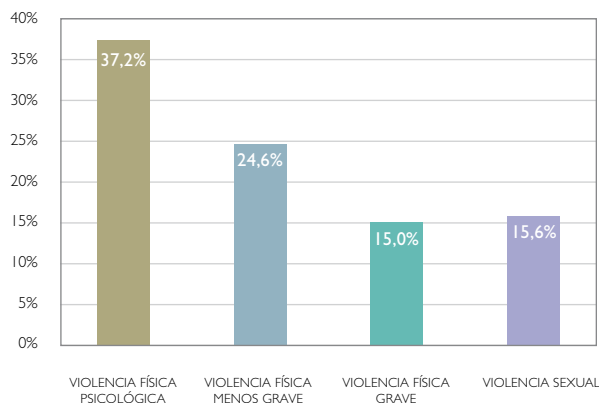
59 Ministerio Público. Boletín Estadístico. En: <http://www.fiscaliadechile.cl/>

54 A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit., párrafo 37.

55 PNUD (2010, p. 220).

POBLACIÓN DE MUJERES

PREVALENCIA DE TIPOS DE VIOLENCIAS⁶⁰



En la década se han producido más de 500 femicidios. En los 55 asesinatos de mujeres cometidos el 2009 se repiten los patrones identificados en años anteriores: la mayoría fueron cometidos por la pareja o ex pareja de las víctimas, ocho de ellos pololos; ocho mujeres fueron violadas antes de ser asesinadas (en cuatro casos, el agresor era un desconocido, y en los restantes, pertenecían a su círculo afectivo cercano); ocho mujeres habían denunciado y cuatro de ellas, disponían de medidas cautelares; uno de los femicidas venía saliendo de la cárcel, cumpliendo condena por asesinato de una mujer⁶¹.

En el año 2009, la Comisión Interamericana como resultado de una visita al país emitió el Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política. Allí expresó “su preocupación frente a la brecha que existe entre la gravedad y magnitud de los actos de violencia y discriminación que afectan a las mujeres chilenas en la esfera familiar y la calidad de la respuesta judicial ofrecida. (...) La actual sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Familia en Chile, así como problemas generales respecto de su funcionamiento que genera retrasos en la tramitación de causas y solicitudes de protección cautelar ante actos de violencia inminentes. En la esfera penal, sólo un porcentaje reducido de casos de violencia

contra las mujeres llega a etapa de juicio en Chile, y un porcentaje aún menor resulta en sentencia condenatoria del agresor. Dichos problemas dejan a las víctimas, quienes generalmente son mujeres, en una situación de indefensión ante los hechos sufridos. Asimismo, se genera un clima de desconfianza frente a la capacidad que tienen las instancias judiciales de remediar los hechos denunciados”⁶².

A pesar de que Chile cuenta con un marco normativo para abordar la violencia intrafamiliar –Ley N° 20.066– éste se ve afectado por graves problemas de implementación en el sistema judicial, lo cual repercute en el procesamiento de un gran número de las denuncias interpuestas. Situación particular se presenta en torno al delito de maltrato habitual. La calificación de las conductas que constituyen este delito dilata los procesos y, tal como lo manifestó la Comisión, “mientras no se resuelve el conflicto de competencia o la devolución de antecedentes entre jueces y fiscales, las víctimas permanecen en un estado de indefensión y su derecho a acceder a un remedio judicial efectivo se ve obstaculizado”⁶³.

Si bien están pendientes algunos trámites para la entrada en vigencia del proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora a la legislación el delito de femicidio, la reciente aprobación por parte del Congreso debe ser destacada como un avance sustantivo en materia de reconocimiento de la gravedad de la violencia contra las mujeres en Chile⁶⁴. Esta legislación debe marcar un punto de partida para las acciones que adopte el Estado para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. No obstante presenta desde el inicio una limitación cual es que la tipificación del femicidio excluye los asesinatos de mujeres cometidos por pololos, y clientes o desconocidos que las abusan sexualmente y las matan.

La CIDH constató que existen dentro de los organismos del Estado formas disímiles de contabilizar los casos de vio-

60 Ministerio del Interior, División de Seguridad Pública (2009). Primera Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales. Porcentaje sobre el total de mujeres de la muestra que han tenido alguna relación de convivencia. En: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/>

61 Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (2009). Dossier de Prensa de la Campaña ¡Cuidado. El Machismo Mata! Disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl

62 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 63 del 27 marzo 2009, párrafo 93.

63 Ibídem, párrafo 76.

64 Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, para sancionar el ‘femicidio’, y aumentar las penas aplicables a este delito y modificar las normas sobre parricidio. Numero de boletín: 4937-18 Refundido con: 5308-18. Actualmente, el proyecto de ley está a la espera de aprobación presidencial.

lencia contra las mujeres y destacó la necesidad de crear un registro único a efectos del diseño y ejecución de medidas eficaces para combatir la violencia en contra de la mujer⁶⁵. La observación ha sido varias veces reiterada por la sociedad civil al Estado y es parte de los informes alternativos presentados ante los órganos de vigilancia de los tratados y el EPU⁶⁶. La legislación que sanciona el femicidio constituye un buen punto de partida para contar por primera vez con una cifra oficial sobre su magnitud en Chile.

A pesar que la violencia contra las mujeres ha sido colocada como un problema de derechos humanos y de democracia desde los inicios de la década de los años noventa, el Estado chileno no ha logrado disminuir su ocurrencia y debe por tanto, redoblar sus esfuerzos para avanzar en su erradicación. Esta afirmación encuentra sustento en el informe de la Comisión y en los varios estudios realizados por organismos como la CEPAL, la academia y la sociedad civil⁶⁷. La autoridad política debe profundizar los esfuerzos por garantizar que las mujeres afectadas reciban atención adecuada a sus necesidades y protección efectiva a su vida e integridad física. Al mismo tiempo fortalecer las acciones de prevención –como la introducción del problema en los currículos educativos y la realización de campañas públicas de largo aliento que afirmen el derecho de las mujeres a una vida sin violencia– que son las que aportan a transformar los sustentos culturales que están a la base de su ocurrencia.

65 OEA/Ser.L/V/II.134, Op. Cit., párrafo 84.

66 A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit., párrafo 22.

67 Entre ellos ver: CEPAL (2006) y Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (2009).

PUEBLOS INDÍGENAS

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT, representa uno de los hechos más significativos en la consagración y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

La implementación efectiva de este instrumento requiere del esfuerzo del Estado para armonizar la legislación interna de manera dar cumplimiento a todos los derechos reconocidos en el Convenio, entre ellos los de participación, consulta, derecho a tierras y territorios, recursos naturales y derecho al desarrollo.

Existen decisiones contradictorias por parte del Poder Judicial, fundamentalmente en relación al derecho a la consulta y

participación de los pueblos indígenas, a pesar que el Tribunal Constitucional definió como normas autoejecutables del Convenio, es decir, disposiciones de carácter vinculante que surten plenos efectos jurídicos desde el momento de la vigencia del Tratado.

El desafío expuesto adquiere mayor relevancia en circunstancias que se ha aplicado legislación excepcional, como las referidas a la Justicia Militar y la Ley Antiterrorista, a hechos vinculados a las movilizaciones sociales, particularmente del pueblo mapuche, con ocasión de demandas y reivindicaciones territoriales y políticas de reconocimiento.

I. PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS

1. EL CONVENIO N° 169 DE LA OIT Y LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha consolidado el reconocimiento de la dignidad de la persona en tanto individuo y como titular de una identidad y pertenencia a determinados colectivos o grupos sociales. En esta perspectiva, la comunidad internacional ha realizado esfuerzos para abordar la especificidad de la identidad de las personas, en la promoción y protección de sus derechos⁶⁸. Para el caso de los pueblos indígenas, esta evolución se inscribe en la protección de la diversidad y la prohibición de la discriminación, y también en la constatación de una historia de marginalidad social, política, económica y cultural que transgrede los derechos colectivos, las formas tradicionales de vida, la preservación de la identidad y la existencia en tanto pueblos.

⁶⁸ Convenio N° 107 de la OIT, primer instrumento internacional vinculante, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes (1957); continúa con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); y la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990).

En el Convenio N° 169 de la OIT⁶⁹, “por primera vez a nivel internacional, se utilizó el concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano”⁷⁰. El sujeto de derecho es definido “en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de autoidentificación”⁷¹.

El ex Relator Especial de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, en relación al proceso de construcción y adopción del Convenio explica que “(...) se fue perfilando la perspectiva que si bien los indígenas como individuos tiene todos los derechos humanos individuales ya garantizados a nivel internacional (y en la mayoría de las legislaciones nacionales), estos no pueden ser plenamente disfrutados si no son reconocidos los pueblos indígenas como entes colectivos con identidad propia y con

⁶⁹ Convenio sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado el 27 de junio de 1989, en la 76 sesión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–. Entrada en vigor internacional el 5 de septiembre de 1991. Decreto Promulgatorio N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

⁷⁰ Gómez (2006, p. 135).

⁷¹ Ibídem, p 136.



derechos colectivos que históricamente les habían negado”⁷². Agrega el actual Relator Especial James Anaya que “estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres (...) el Convenio realiza una substancial innovación en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha sido articulado de otra manera en los Instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva”⁷³.

En el Convenio se estipulan un conjunto de derechos en la mira de preservar, proteger y garantizar el respeto a su identidad como pueblos, lo que incluye sus costumbres, tradiciones e instituciones, y la plena efectividad de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, sin discriminación de ninguna especie, lo que exige por parte de los Estados el despliegue de acciones coordinadas y sistemáticas para asegurar la implementación de todos los derechos contemplados en el Convenio N° 169 de la OIT (artículos 1, 2, 3 y 4).

El establecimiento de mecanismos institucionalizados que permitan garantizar la participación efectiva en la toma de decisiones, en todos aquellos asuntos que incidan o puedan afectar sus derechos o intereses, es un derecho establecido en el Convenio. El Estado, frente a toda medida de carácter administrativo o legislativo susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, deberá realizar previa consulta y participación, de buena fe, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, con el fin de lograr un acuerdo o consentimiento (artículos 6 y 7). El derecho a la consulta y la participación deberá garantizarse respecto de ciertas áreas especialmente sensibles, entre las que se encuentran las concesiones de prospección o explotación de los recursos del subsuelo de los territorios indígenas (artículo 15.2); la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17); la reubicación, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento

de causa (artículo 16); la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22) y las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma (artículo 28).

La protección de las instituciones tradicionales incluye que la aplicación de la legislación nacional respete las normas fundadas en la costumbre de los pueblos indígenas, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos humanos reconocidos en la legislación nacional o internacional y, en el orden penal, tener en cuenta el valor de dar “preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (artículos 8, 9 y 10).

Sobre tierras y territorios, el Convenio hace un especial llamado a que los gobiernos respeten “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13). Se establece la obligación de reconocer el “derecho de propiedad y de posesión sobre tierras que tradicionalmente ocupan” debiéndose tomar las medidas “para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (artículo 14). Para estos efectos, se deben instituir los marcos jurídicos adecuados para solucionar, oportuna y eficazmente, conflictos generados con ocasión de la reivindicación de tierras y territorios. En la misma línea de protección, se estipula el derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras y territorios, lo que comprende el derecho de estos pueblos a la utilización, administración y conservación de dichos recursos y al de ser indemnizados por cualquier daño ocasionado con motivo de concesiones de explotación de esos recursos naturales (artículo 15). La garantía sobre tierras y territorios se extiende al derecho de transmisión, y a la obligación de impedir que terceros se aprovechen de sus costumbre o el desconocimiento de las leyes para adquirir la propiedad, siendo obligatorio establecer sanciones adecuadas contra “toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas” (artículos 17 y 18).

72 Stavenhagen (2006, p. 26).

73 Anaya, James (2006, p. 33-34).

El Convenio consagra un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales, entre estos, adoptar “*disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas*” (artículo 28). Es obligación de los Estados institucionalizar las instancias de coordinación y planificación, con recursos económicos apropiados, para asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos en el Convenio.

El 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁷⁴ donde queda establecido que estos son titulares y destinatarios de derechos: “*los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos*” (artículo 1). Los derechos reconocidos en este instrumento constituyen el mínimo obligatorio para garantizar la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas en el mundo (artículo 43), y deben guiar a los Estados en el diseño y aplicación de políticas públicas en estas materias. Asimismo, los Estados deben promover el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la Declaración y velar por su eficacia (artículo 42).

2. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN A LA POBLACIÓN INDÍGENA

Diversas instancias internacionales órganos de control, relatorías especiales del sistema de Naciones Unidas y sentencias internacionales, se han pronunciado sobre la situación de los pueblos indígenas y los déficits institucionales que el Estado de Chile presenta en esta materia.

La entrada en vigencia del Convenio N° 169 de la OIT impone al Estado significativos desafíos, existiendo preocupación de la comunidad internacional por la implementación efectiva de este instrumento y la materialización del deber de consulta y participación a los pueblos indígenas. Dichas observaciones han sido expresadas por el Comité de Dere-

chos Humanos⁷⁵, el Comité de los Derechos del Niño⁷⁶ y el propio Relator Especial⁷⁷. Este último señala que es obligación del Estado “*desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos*” y en materia de institucionalización del mecanismo de consulta indicó la necesidad de llevar a cabo “*una consulta sobre la consulta*” para determinar el procedimiento estable y definitivo, de conformidad a los estándares internacionales en esta materia⁷⁸.

El Estado de Chile se comprometió a dar efectividad a la aplicación del Convenio N° 169 en consulta con los pueblos indígenas y en “*particular asegurar la participación de los pueblos indígenas en la esfera política*”⁷⁹, y a “*aumentar las consultas con las comunidades indígenas antes de conceder licencias para la explotación económica de las tierras en litigio*”⁸⁰.

El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido otro aspecto presente en la agenda de derechos humanos referida a Chile. Desde el año 2004 a raíz de los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso Huentao Beroiza y otras Vs Chile)⁸¹ está pendiente dicho reconocimiento. En relación a esta reforma constitucional, la comunidad internacional en el EPU, advierte que el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y la naturaleza multicultural de la nación chilena hasta la fecha no

75 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 19.

76 CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Párrafo 74 e).

77 Derechos humanos y cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión. E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003. Adición, párrafo 67.

78 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. James Anaya. A/HRC/12/34/Add, Adición, párrafos 10 y 11 respectivamente.

79 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12° período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafo 96, N° 66.

80 Ibídem.

81 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 30/04. Solución Amistosa Mercedes Julia Huentao Beroiza y Otras Vs Chile, 11 de marzo de 2004. Caso referido a lo que en ese entonces constituía el Proyecto Central Hidroeléctrica Ralco de la empresa ENDESA SA, y el traslado de familias integrantes del pueblo Mapuche Pehuenche del sector Alto Bio-Bio, que ocupaban tierras ancestrales que iban a ser inundadas por el proyecto energético en curso.

74 Resolución Asamblea General de Naciones Unidas A/61/295, adoptada en la 107 sesión plenaria y distribuida con fecha 2 de octubre de 2007.

ha podido materializarse, y recomendó al Estado “completar el proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas en su Constitución, aplicar las recomendaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y reconocer la contribución de los indígenas a la identidad del pueblo chileno”⁸². El Relator Especial señaló a Chile que “es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”⁸³. Los plazos y mecanismos deben ser adecuados a la materia objeto de consulta a fin de garantizar la participación lo más amplia posible y de manera informada de los pueblos indígenas. Los órganos de tratado también han formulado recomendaciones en esta dirección; así se pronuncian el Comité de Derechos del Niño⁸⁴ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial⁸⁵.

El Relator Anaya agregó que la consulta sobre el proyecto de reforma constitucional requiere de un consenso mínimo acerca del procedimiento a utilizar y advierte que: “Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad”⁸⁶. La Consulta en esta perspectiva, al favorecer un diálogo de buena fe respecto de aquellos asuntos relevantes para los pueblos indígenas no supone un veto o un privilegio, sino una herramienta que contribuye a prevenir conflictos sobre la base de acuerdo consensuado con los pueblos interesados.

En relación al conflicto intercultural, con ocasión de las demandas y reivindicaciones sobre tierras antiguas o ancestrales y el reconocimiento de derechos políticos particularmente del pueblo mapuche, las observaciones y recomendaciones se orientan a la necesidad de revisar la legislación y estatutos especiales, específicamente la competencia de la justicia militar y la Ley Antiterrorista, advirtiéndose

dose que ésta se ha aplicado preferentemente a este sector de la población nacional. Estos motivos de preocupación fueron extensamente representados en el EPU y reiteran aquellas ya expresadas por el Comité de Derechos Humanos⁸⁷, el Comité contra la Tortura⁸⁸, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁹, el Comité contra la Eliminación de la Discriminación Racial⁹⁰, así como del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas⁹¹.

La Justicia Militar ha sido objeto de severos reparos. En efecto, la Corte IDH en su sentencia en el caso Palamara Iribarne Vs. Chile indica el deber de adecuar el derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos⁹²; en razón, a que el Código de Justicia Militar chileno vulnera la garantías del debido proceso, específicamente el derecho a comparecer ante un juez natural, independiente e imparcial⁹³.

Los órganos de tratado en la misma línea han planteado recomendaciones de igual tenor y alcance. En efecto, el año 2007 el Comité de Derechos Humanos presentó observaciones por la excesiva amplitud de la competencia de la judicatura militar recomendando al Estado de Chile “agilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente; verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto”⁹⁴. Por su parte el Comité contra la Tortura, en el año 2009, manifestó al Estado su “preocupación por las demoras que retrasan la adopción

87 CCPR/C/CHL/CO/5, del 17 abril 2007.

88 CAT/C/CHL/CO/5, del 14 de mayo de 2009.

89 E/C.12/1/Add.105, del 26 de noviembre de 2004.

90 CERD/C/CHL/CO/15-18, del 7 de septiembre de 2009.

91 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit.

92 Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párrafos 255 y ss.

93 Ibídem, párrafos 124, 125 y 132.

94 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit. En el 1997 el mismo Comité en relación a las observaciones finales había señalado en relación a Chile que “la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de fallar causas pertenecientes a los tribunales civiles contribuyen a la impunidad de que goza dicho personal y que impide su castigo por violaciones graves a los derechos humanos”. Recomendando a este respecto que se modifique la ley “para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar solamente, acusado de delitos de carácter exclusivamente militar”.

82 Ibídem, párrafo 58.

83 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 14.

84 CRC/C/CHL/CO/3, Op. Cit., párrafo 73.

85 CERD/C/CHL/CO/15-18, Op. Cit., párrafo 16.

86 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., Apéndice A, párrafo 50.

definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que ha recomendado el Comité insistentemente al Estado Parte" y señaló la necesidad de agilizar "el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares (...)"⁹⁵.

El Relator Especial James Anaya señaló en su informe al Estado de Chile que "otro aspecto preocupante de la política penal es la aplicación, especialmente en años pasados, de la Ley Antiterrorista para procesar y condenar a individuos mapuche por delitos cometidos en el contexto de la protesta social. En este sentido, el Relator Especial anterior recomendó que no deberán aplicarse acusaciones de delitos tomados de otros contextos ("amenaza terrorista", "asociación delictuosa") a hechos relacionados con la lucha social por la tierra y los legítimos reclamos indígenas"⁹⁶.

La protección del derecho a tierras y territorios de los pueblos indígenas, así como la necesidad de avanzar en la titulación, y en el reconocimiento de los derechos ancestrales y en la implementación efectiva de la consulta antes de conceder licencias para la explotación económica de los recursos naturales en tierras indígenas, constituyó otro motivo de preocupación del Grupo de Trabajo en el Examen Periódico Universal. El Comité de Derechos Humanos con anterioridad había señalado que la lentitud en la demarcación de las tierras indígenas ha provocado tensiones sociales, y lamentó "la información de que las "tierras antiguas" continúan en peligro debido a la expansión forestal y megaproyectos de infraestructura y energía", instando al desarrollo de procesos de consulta adecuados⁹⁷.

En síntesis, las principales preocupaciones manifestadas al Estado de Chile dicen relación con (1) la aplicación de leyes y estatutos especiales en contra de integrantes de los pueblos indígenas por ilícitos cometidos con ocasión de la protesta social por demandas de reconocimiento de derechos políticos y reivindicación de tierras y territorios⁹⁸;

(2) la implementación del Convenio N° 169 y la institucionalización del deber de consulta y participación⁹⁹; (3) el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁰; y, (4) la protección del derecho a tierra y territorios y recursos naturales¹⁰¹.

95 CAT/C/CHL/CO/5, Op. Cit.

96 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 46.

97 CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 19.

98 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafos 46, 47, 48, y 49.

99 Ibídem, párrafos 63, 64, 66 y 67.

100 Ibídem, párrafos 57, 58 y 59.

101 Ibídem, párrafo 64, 65, 66 y 67.

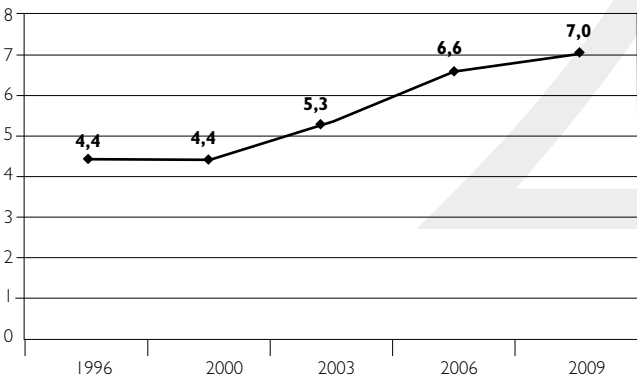
II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Chile conforma una realidad multicultural que no escapa del derrotero histórico de discriminación a la que se han visto expuestos los pueblos indígenas en el mundo, como consecuencia de la colonización y del proceso de construcción del Estado, ambos efectuados sobre la base de someter la identidad política, cultural, religiosa y económica de los pueblos originarios. Como lo señala la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, “los pueblos indígenas sienten su cultura amenazada y se ven asimismo como víctimas de un proceso histórico en el que fueron condenados —a veces con violencia— a la invisibilidad y la exclusión”¹⁰².

La legislación define a los indígenas como los “descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura”¹⁰³, y reconoce como principales “etnias”, a los Mapuche, Aymara, Rapa Nui o Pascuenses, Atacameñas, Quechuas, Collas, Diaguita¹⁰⁴, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagan¹⁰⁵.

Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica CASEN del año 2009, la población que se autoidentifica como perteneciente a pueblos indígenas alcanza a 1.188.340 personas, lo que equivale al 7% de la población del país. Un 68,2% de la población indígena vive en áreas urbanas¹⁰⁶.

POBLACIÓN INDÍGENA NACIONAL 1996-2009/
PORCENTAJE (CASEN 2009)



El 85,2% se autoidentifica como perteneciente al pueblo mapuche.

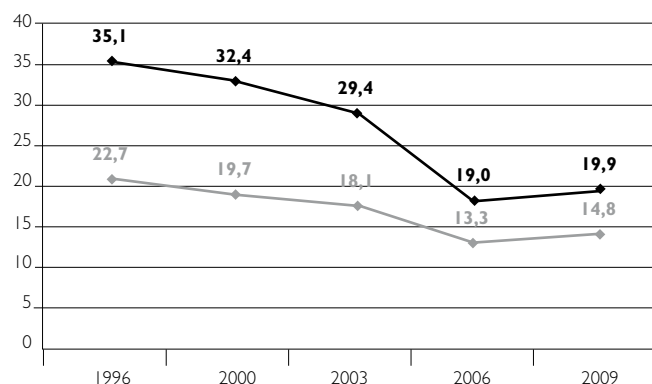
AUTOIDENTIFICACIÓN POBLACIÓN SEGÚN PUEBLO
INDÍGENA 1996-2009 (PORCENTAJE) CASEN 2009

ETNIA	1996	2000	2003	2006	2009
Aymara	14,5	9,6	8,1	7,8	8,1
Rapa Nui	1,2	0,4	0,5	0,2	0,5
Quechua	0,5	2,2	1,5	0,6	1,5
Mapuche	81,0	85,5	87,7	87,2	85,2
Atacameña	1,6	1,0	1,8	2,8	2,6
Coya	0,9	0,7	0,2	0,3	0,5
Kawesqar	0,0	0,6	0,1	0,2	0,2
Yagán	0,2	0,1	0,1	0,1	0,2
Diaguita				0,8	1,3
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

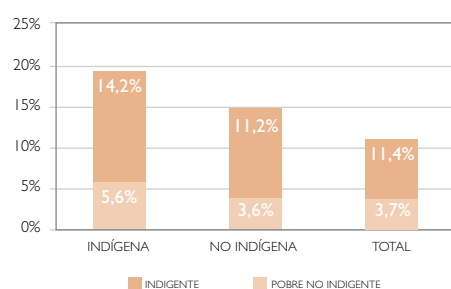
La brecha de inequidad y desigualdad económica que ha afectado a la población indígena ha disminuido en el transcurso de los últimos años. De acuerdo a las cifras oficiales, en 1996 el 35,1% estaba bajo la línea de la pobreza, frente al 22,7% de la población no indígena; para 2009, los índices están en 19,9% y 14,8%, respectivamente. Tendencia similar se observa en la población que subsiste en condiciones de indigencia.

102 Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas. Primera Edición, octubre de 2008. Santiago, p. 26.
103 Ley Indígena N° 19.253, artículo 1.
104 Mediante Ley N° 20.117 de 8 de septiembre de 2006 se reconoció a la etnia Diaguita.
105 Ley Indígena N° 19.253, artículo 1 inciso 2.
106 Memoria presentada por el Gobierno de Chile, en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010, acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, p. 12 y 14. En adelante, Memoria Oficial.

POBREZA POBLACIÓN INDÍGENA Y NO INDÍGENA, CASEN 2009



INDIGENCIA Y POBREZA EN LA POBLACIÓN INDÍGENA Y NO INDÍGENA, 2009 (PORCENTAJE) CASEN 2009



98

Los órganos de tratado, expertos y relatores especiales de Naciones Unidas han valorado los avances del Estado de Chile, entre ellos, la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la suscripción de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas; la promulgación de la Ley Indígena N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena Conadi¹⁰⁷; la creación del Fondo para Tierras y Aguas y del Fondo de Desarrollo Indígena, que ha significado conforme a cifras oficiales que “entre 1994 y 2010, un total de 667.457 hectáreas han sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunidades indígenas”¹⁰⁸; la adopción de la Ley N° 20.249 que Crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios¹⁰⁹; la creación del Programa Orígenes en 2001 que ha

implementado proyectos de desarrollo local en comunidades y organizaciones indígenas con una inversión cercana a US\$ 109 millones en aproximadamente 1.200 comunidades indígenas¹¹⁰.

No obstante lo anterior, persisten serios déficits institucionales, de acceso efectivo a derechos económicos, sociales y culturales —que se expresan en marginalidad y pobreza—, de participación política, y de respeto a los derechos a tierra y territorios. La relación entre el Estado y los pueblos indígenas, en especial con el pueblo mapuche, ha estado marcada por la conflictividad y violencia, situación señalada en el Examen Periódico Universal, en las recomendaciones de los órganos de tratado y de las Relatorías Especiales. Por su parte, las organizaciones de la sociedad civil de defensa de los derechos de los pueblos indígenas e instituciones académicas han denunciado, en el país y ante la comunidad internacional, situaciones y hechos que vulneran los derechos humanos de las personas que pertenecen a estos pueblos.

1. CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

En relación a la implementación efectiva del Convenio N° 169 de la OIT y el derecho a consulta y participación que allí se garantizan, el Estado de Chile ante el EPU señaló, entre otros aspectos, que se impulsa una reforma constitucional de reconocimiento que es objeto “de una amplia consulta con las comunidades indígenas”¹¹¹, y que el Convenio N° 169 de la OIT está en proceso de implementación¹¹²: “En el marco de su nueva política indígena Re-conocer, Chile contaba con un plan para la aplicación participativa del Convenio 169, por medio de consultas sobre cuestiones que podían afectar a las comunidades indígenas y de un Código de Conducta Responsable para los inversores públicos y privados. Chile seguiría las recomendaciones formuladas sobre la adopción y el logro

110 Sistema de las Naciones Unidas en Chile. Evaluación Conjunta del País. Santiago, agosto 2010, p. 18.

111 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 10.

112 Ibídem, párrafo 12. Chile indicó que se estaba examinando un texto para reconocer la naturaleza multicultural de la sociedad chilena en la Carta Fundamental del país, así como los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, en particular la protección de sus tierras y sus recursos hídricos, su participación en los procesos de decisión y la promoción de sus culturas y tradiciones. Este importante paso era el resultado de un amplio proceso de consulta nacional con los pueblos indígenas, dado que Chile esperaba incorporar mediante el diálogo las opiniones de toda la sociedad, y en especial de los pueblos indígenas (párrafo 45).

107 Publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 1993.

108 Memoria Oficial, Op. Cit., p 70.

109 Publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2008.

de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, importante instrumento político”¹¹³.

La consulta constituye el procedimiento institucionalizado en virtud del cual el Estado se encuentra en la obligación jurídica de dialogar, de manera previa, informada y de buena fe, a través de sus instituciones representativas, sobre todo asunto de carácter legislativo o administrativo que les puedan afectar, con el objeto de obtener un acuerdo o su consentimiento informado acerca de dichas medidas.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional¹¹⁴, en relación al derecho a la consulta y la participación, estos tienen carácter autoejecutable, ello significa que poseen valor vinculante, incorporándose plenamente sin necesidad de establecer normas de implementación posterior para que produzca plenos efectos jurídicos.

El Relator Especial James Anaya sistematizó los principios internacionales aplicables a la consulta en el marco de lo dispuesto en el Convenio N° 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹¹⁵. La consulta:

- Debe realizarse con carácter previo, a fin de obtener el consentimiento libre e informado.
- No se agota con la mera información, y más bien propone un diálogo efectivo con las instituciones representativas.
- Debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
- Debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas, es decir, tomando en cuenta costumbres y métodos tradicionales, de acceso al mayor número de indígenas y, en plazos que respeten sus procesos de toma de decisión.
- Debe ser sistemática y transparente, con procedimientos más o menos formalizados que sean a su vez resultado de un proceso consensuado con la partici-

pación activa de los pueblos indígenas. En el evento en que el ordenamiento jurídico interno no cuente formalmente con instrumentos de consulta, el Relator indica que “*deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o ad hoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena*”, que igualmente deben respetar los estándares mínimos a sus fines.

- Su finalidad es lograr un acuerdo o consentimiento con los pueblos indígenas concernidos.

1.1 La Consulta en el ordenamiento jurídico interno y su implementación

El Estado de Chile señala cumplir con el deber de consulta y la participación a través de dos cuerpos normativos: el artículo 34 de la Ley Indígena y el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación y Cooperación que lo reglamenta¹¹⁶.

El artículo 34 de la Ley Indígena indica que: “*Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley*” y agrega en su inciso segundo que: “*Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios*”. La disposición no cumple con el estándar del Convenio N° 169 dado que limita la consulta y participación a “*escuchar y considerar*”, y sólo respecto de materias impulsadas por “*los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial*”.

Por su parte, el Decreto N° 124 regula “*la obligación de los órganos de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas*” (artículo 1). Se trata de un mecanismo transitorio, que pretende regular el derecho a la consulta.

Los principios enunciados en el Decreto son: la buena fe, entendida como el respeto a los intereses, valores y necesidades de los pueblos indígenas interesados; y el de propor-

113 *Ibidem*, párrafo 49.

114 En control de constitucionalidad preventivo, en dos oportunidades se ha pronunciado el TC. Sentencia ROL N°309 de 4 de agosto de 2008 y sentencia Rol N° 1050-08 de 3 de abril de 2008.

115 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit. Apéndice.

116 Adoptado el 25 de septiembre de 2009.

cionar información relevante, aclarar dudas, hacerse cargo de las observaciones “*sea para acogerlas o rechazarlas, y en este último caso hacerlo fundadamente*”; el establecimiento de un procedimiento adecuado, lo que en concepto de la norma significa realizar el proceso de consulta y participación de acuerdo a las circunstancias “*lo que implica considerar la realidad de los pueblos indígenas a ser consultados y utilizar una metodología que permita que todos quienes puedan verse afectados conozcan la posible medida y sus consecuencias y tengan un espacio para emitir sus planteamientos*”; la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento respecto de las medidas propuestas y principio de representatividad, lo que significa realizar el proceso a través de instituciones representativas¹¹⁷.

Los órganos de la administración del Estado que se ven en la obligación de realizar la consulta y la participación —lo que a su vez define las materias susceptibles de ser consultadas— son los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa y el Consejo para la Transparencia. Queda a discrecionalidad de los órganos constitucionalmente autónomos —las municipalidades y las empresas públicas, entre otros— sujetarse o no a las disposiciones del Decreto¹¹⁸.

Para los proyectos de inversión en la tierras o áreas de desarrollo indígena —definidas en la Ley Indígena— el Decreto regula la consulta o participación a lo preceptuado en las respectivas normas sectoriales, siendo facultativo para el órgano de la administración del Estado someterse a este procedimiento y, en este último caso, el proceso de consulta se ajustará a los plazos establecidos en la normativa sectorial¹¹⁹.

Las medidas a ser consultadas son las de carácter administrativo o legislativo, siempre que tengan su origen en los órganos de la Administración del Estado que el propio Decreto delimita. Se entiende por medidas legislativas, las “*ideas matrices de los proyectos de reforma constitucional y de los proyectos de ley, así como los reglamentos*”¹²⁰; las administrativas son las políticas, planes y programas elaborados por los órganos de la Ad-

ministración del Estado, sobre las cuales estos órganos consideren “*pertinente*” consultar.

La pertinencia de iniciar el proceso de consulta o participación queda entregada a la autoridad u organismo de origen de la medida, junto con el Ministerio de Planificación y en coordinación con el Ministerio Secretaría General de la Presidencia¹²¹. Es decir, el propio órgano que debe asegurar la consulta o participación, discrecionalmente puede omitirlas.

En cuanto a la oportunidad para realizar la consulta, el Decreto establece una diferencia ente medias legislativas y administrativas. En las primeras distingue, a su vez, entre ideas matrices de proyectos de reforma constitucional y proyectos de ley, y normas de carácter reglamentario. Tratándose de proyectos de reforma constitucional o de ley, la consulta podrá realizarse previo al envío al Congreso o durante su tramitación legislativa. Respecto de los reglamentos, la consulta deberá realizarse antes de su promulgación. En ambos casos, siempre que “*la urgencia de la materia así lo permita*”. Para las medidas administrativas, “*la consulta deberá realizarse en forma previa a la aplicación de las nuevas políticas, planes o programas, salvo que, a causa de una emergencia o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano, éste disponga fundadamente lo contrario*”¹²².

Queda entregado al propio órgano de la Administración del Estado “*determinar los instrumentos y modalidades que permitan dar cumplimiento a los objetivos, del proceso de consulta, los contenidos de la propuesta de medida legislativa o administrativa, así como el itinerario, plazos y actividades de dicho proceso*”. El Decreto establece un plazo máximo de 30 días para recibir las observaciones formuladas por las comunidades¹²³.

En la Memoria, el Estado da cuenta de la realización de procedimientos de consulta llevados a cabo hasta el 15 de septiembre de 2010, que se caracterizan por recabar opinión generalmente mediante dos etapas: la primera de carácter

117 *Ibidem*, artículos 10, 11, 12 y 13, respectivamente.

118 *Ibidem*, artículo 4.

119 *Ibidem*, artículo 5.

120 *Ibidem*, artículo 14.

121 *Ibidem*, artículos 16 y 21.

122 *Ibidem*, artículo 15 incisos primero y segundo, respectivamente.

123 *Ibidem*, artículos 17 y 18.

epistolar con pautas de preguntas y, la segunda, mediante diálogos o talleres¹²⁴.

En relación al proceso de “consulta de la consulta”, el Estado informa que ha realizado 14 reuniones en diferentes ciudades de ocho regiones del país, en las denominadas Mesas Indígenas Regionales, para recabar las primeras opiniones sobre el mecanismo de consulta definitivo¹²⁵. Concluido este proceso, se desarrollará la consulta propiamente tal sobre el mecanismo.

Como puede observarse de todo lo expuesto, ni el artículo respectivo de la Ley Indígena, ni el Decreto Supremo 124 satisfacen las obligaciones y principios que sobre derecho a consulta y participación establecen el Convenio N° 169 y la Convención. Por lo demás, lo que se está regulando en el Reglamento es el artículo 34 de la Ley Indígena y no el Convenio N° 169, que es una normativa superior y de un contenido mucho más garantista que la normativa de origen nacional.

El Relator Especial James Anaya, en su Informe sobre los “Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la Reforma Constitucional”, efectivamente recomienda que en el evento que en el ordenamiento interno no existan mecanismos y procedimientos formales de consulta y participación, se debe adoptar provisionalmente instrumentos transitorios o adhoc con miras al ejercicio efectivo de la consulta, ello con sujeción a los principios mínimos aplicables y siempre en consulta a los pueblos indígenas.

En el caso del Decreto Supremo 124, se ha cuestionado que desde el punto formal no se hizo el proceso de consulta previo e informado y que en el fondo no respeta los principios mínimos aplicables a la consulta y la participación.

124 En la Memoria Oficial, Op. Cit., se da cuenta de los siguientes procesos de consulta: Consulta sobre Participación Política en el Parlamento y Consejos Regionales y Creación del Consejo de Pueblos Indígenas; Consulta sobre Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas; Consulta sobre la Creación del Parque Nacional Salar del Huasco; Consulta sobre repatriación de restos indígenas canoeros, encontrados en la Universidad de Zurich, Suiza; Consulta sobre el proyecto de Reforma Constitucional en materia migratoria que modifica el artículo 126 bis sobre territorios especiales de Isla de Pascua y Archipiélago de Juan Fernández; Consulta para la salida de un Moai a París ; Consulta Programa de Desarrollo Territorial Indígena; Consulta sobre el procedimiento de consulta; Consulta sobre modificación del límite intercomunal Freire-Padre Las Casas; Consulta para la implementación del diseño curricular bilingüe para el segundo año básico; Consulta sobre modificación legal del Decreto Ley 701.

125 *Ibidem*, p. 30 y 31.

El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas.

La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación. Estos quedan sujetos a la consulta ciudadana establecida en la regulación sectorial, y es facultativo para el órgano sectorial que emite la medida adoptar el al procedimiento contemplado en el Decreto Supremo. Así, por ejemplo, los proyectos de inversión con impacto ambiental se someten a la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente cuyo mecanismo de participación ciudadana no se ajusta a los principios internacionalmente reconocidos en materia de consulta y participación indígena.

La sociedad civil, en el Informe Alternativo a la Memoria Oficial del Estado, planteó críticas a la definición de medida administrativa que excluye los llamados “actos administrativos”, esto es, decisiones formales que contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Si se tiene en cuenta que las decisiones de los órganos estatales son las que mayor afectación causan a los pueblos indígenas, se sustrae de consulta a una gran cantidad de medidas que, por ser específicamente “actos”, no caben en la definición de medida administrativa¹²⁶.

1.2. Judicialización del derecho a consulta

La falta de implementación del Convenio N° 169 ha llevado a la judicialización por el incumplimiento de deber de con-

126 Informe Alternativo 2010. “Un ejemplo señero de ello se da, de nuevo, en materia ambiental y de proyectos de inversión. La Resolución de Calificación Ambiental (RCA) es pronunciada por la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) y, como su nombre lo dice, es la que califica ambientalmente una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental. Siguiendo el razonamiento desarrollado por el Estado, al ser una “resolución” se entiende que es un “acto administrativo” por lo que no constituiría una “medida administrativa” para efectos del art. 14 del Decreto Supremo, y, consecuentemente, no estaría sujeta a la obligación de consulta. Esto hace prácticamente imposible que los proyectos de inversión, quizás el ámbito en que con mayor urgencia se requiera de la consulta a los pueblos indígenas, se vean sometidos a la misma, dejando en esta materia a los indígenas en la misma situación en la que se encontraban antes de la entrada en vigencia del Convenio”. p. 53.

sulta, mediante la interposición de recursos de protección, fundamentalmente motivados por proyectos de inversión en tierras indígenas.

En esta materia, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha sido contradictoria en el reconocimiento especial de la consulta establecida en el Convenio N° 169. Un ejemplo lo constituye la sentencia que revisó el proyecto del sistema de conducción y descarga al mar de efluentes de la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco. En este caso la Corte Suprema señaló que *“el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300 es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N° 169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente”*¹²⁷.

En contraposición, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt frente al recurso interpuesto por la Comunidad Mapuche Huilliche Pepiukelen de Pargua en contra de la Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda., por la afectación de tierras reconocidas como indígenas y lugar ceremonial, establece la diferencia entre el mecanismo contemplado en la Ley de evaluación ambiental y la obligación derivada de las disposiciones del Convenio N° 169: *“En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N°s 1 y 2 del Convenio N° 169; tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional, es autoejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta”*¹²⁸. La Corte Suprema, no obstante acoger este recurso, finalmente dispone la eliminación de los considerandos que hacen referencia a la Convenio N° 169 y el derecho a consulta y participación¹²⁹.

2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

En la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el caso Huentao Beroiza y otras Vs Chile, de 11 de marzo de 2004¹³⁰, el Estado adquirió el compromiso de reconocer a los pueblos indígenas a nivel constitucional, debiendo iniciar, para tal efecto, un proceso de diálogo con las organizaciones y comunidades indígenas respecto del contenido de dicha reforma constitucional. A pesar de las iniciativas legislativas, dicho reconocimiento está pendiente, y constituye en este aspecto un incumplimiento de lo voluntariamente consentido en el acuerdo. En el marco de las deliberaciones del EPU, nuevamente el Estado se comprometió a *“completar el proceso de reconocimiento constitucional de las poblaciones indígenas, mediando las debidas consultas mencionadas en la exposición de Chile”*¹³¹.

Actualmente se tramita un proyecto de reforma constitucional que propone¹³², en base a la afirmación del carácter indivisible de la nación chilena, reconocer la multiculturalidad del Estado y la *“existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes a conservar, fortalecer y desarrollar su identidad, cultura, idiomas, instituciones y tradiciones y a participar en la vida económica social, política y cultural del país en la forma que establece el orden jurídico nacional”*. Agregando que *“Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”*. La reforma propuesta incluye un alcance en relación al artículo 19 N° 24 (Derecho de propiedad) que *“La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo establecido en la Constitución y las leyes”*.

La propuesta constituye un avance al explicitar el carácter multicultural del Estado, no obstante, al declarar que los derechos le asisten, no a los pueblos, sino a las comunidades, organizaciones e integrantes de dichos pueblos, desconoce el estándar que a este respecto ha establecido el derecho internacional. En efecto, la discusión en torno al alcance de

127 Corte Suprema Sentencia ROL 4078-2010. Considerando undécimo.

128 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Causa Rol N° 36-2010, 27 de julio de 2010.

129 Corte Suprema Rol N° 5757-2010 de 15 de septiembre de 2010.

130 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 30/04, Op. Cit.

131 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, N° 57.

132 Boletines 5324-07 y 5522-07 refundidos. Al momento de la redacción del presente Informe se encuentran en primer trámite constitucional en el Senado.

la voz “pueblos” ha cruzado a la comunidad internacional la que, con la adopción del Convenio N° 169 y particularmente con la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció la condición de sujetos de derechos. La Declaración, además, avanza en el reconocimiento de su derecho a la libre determinación¹³³.

Una segunda observación es la ausencia de referencia al derecho internacional como fuente de obligaciones en materia indígena, circunscribiendo e insistiendo en el orden jurídico interno, incluido lo referido al reconocimiento de los derechos sobre tierras ancestrales y el derecho al agua.

El derecho internacional ha establecido normas que reconocen el derecho al agua de pueblos indígenas y tiende a garantizar la gestión ciudadana del recurso en los espacios territoriales que ocupan ancestralmente.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Agenda 21 “Programa de Acción para el Desarrollo sustentable”, adoptada en la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (1992); la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) y la Observación N° 15 del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en mayor o menor medida sientan las bases jurídicas para asegurar el derecho de las comunidades indígenas sobre las aguas, reconociendo que el recurso agua es un bien social y cultural, instaurando derechos específicos tendientes a garantizar un acceso equitativo al agua¹³⁴.

Asimismo, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta que los derechos indígenas sobre las aguas poseen una doble dimensión, a saber: derechos preferentes respecto a las aguas existentes en sus territorios ancestrales y que conforman el hábitat necesario para la reproducción de su cultura y la articulación de su propia estrategia de desarrollo. Acceso al agua limpia y a servicios sanitarios que garanticen una vida digna para los pueblos indígenas y sus miembros, lo que se encuentra

ligado al reconocimiento y goce efectivo de sus derechos a las tierras y recursos naturales¹³⁵.

En Chile, la Ley Indígena avanzó en el reconocimiento de los derechos de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte del país sobre sus aguas, permitiendo su regularización a pesar de la existencia de derechos inscritos a favor de terceros¹³⁶.

Con la propuesta de reforma constitucional, a su vez, se restringe sensiblemente el reconocimiento del derecho a las tierras ancestrales, al dejar entregada su protección lo establecido en la Constitución y las leyes. Sobre tierras ancestrales el artículo 14 N° 1 del Convenio N° 169 es claro en el sentido de que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Por último, es necesario señalar que ha sido motivo de especial preocupación el proceso de consulta sobre la Reforma constitucional. El Relator Especial, a propósito de su visita a Chile, formuló esta inquietud en orden a que “es crucial asegurar que se lleve a cabo un proceso de consulta sobre la reforma constitucional que sea conforme a las normas internacionales aplicables, incluidas aquellas reconocidas en el Convenio N° 169 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y que, el resultado de la reforma también sea conforme a estas normas”¹³⁷.

Para tales efectos elaboró un informe sobre los principios mínimos aplicables en materia de consulta, orientado a dicha reforma constitucional, señalando el marco normativo internacional aplicable sobre la materia.

Así, recomienda la celebración de una reunión de expertos nacionales e internacionales, con la participación de agencias internacionales y de los propios pueblos indígenas para abordar la definición del mecanismo de consulta más adecuado¹³⁸.

133 El artículo 3 de la Declaración establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

134 Yáñez (2007, p. 313).

135 *Ibidem*, p. 43.

136 El artículo 64 de la Ley Indígena protege especialmente las aguas de las comunidades aymaras y atacameñas y otras del norte del país, estableciendo normas especiales para la constitución del derecho a favor de las comunidades que pertenecen a dichos pueblos. Dispone el art. 64 que serán bienes de propiedad y uso de las referidas comunidades indígenas, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como ríos, canales, acequias y vertientes.

137 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 14.

138 *Ibidem*, Apéndice, párrafo 47.

Dada la naturaleza de la reforma, el alcance nacional y el involucramiento de diversos órganos, gubernamentales y legislativos, se recomienda establecer una instancia “dentro de la administración del Estado responsable de planificar y llevar a cabo esa consulta, así como de compilar y sistematizar los resultados de dicha consulta. Idealmente, dicho punto focal debería ser de carácter técnico, funcionalmente independiente, y contar con la participación de expertos(as) indígenas”¹³⁹.

Afirma también que la consulta sobre el proyecto de reforma constitucional requiere de un consenso mínimo acerca del procedimiento a utilizar y advierte que: “Sin llegar a un nivel mínimo de aceptación del procedimiento por las partes indígenas, se hace difícil que la consulta que se lleve a cabo sobre la reforma constitucional sea dotada de la suficiente legitimidad”¹⁴⁰.

La obligación de la consulta en esta materia alcanza al poder legislativo, recordando que éste carece de mecanismos institucionales de consulta. Al respecto, el Relator Especial recomienda que el “Congreso podría optar por establecer procedimientos especiales de consulta que funcionarían a través de sus comisiones existentes, asegurando la participación efectiva de representantes de organizaciones y pueblos indígenas siguiendo criterios transparentes de selección, de manera complementaria a las consultas que fueran llevadas a cabo con anterioridad por el Gobierno.”¹⁴¹

Para garantizar un proceso lo más amplio posible, el Relator Especial “considera imprescindible que se lleven a cabo consultas de ámbito local o regional a fin de consultar directamente a los pueblos indígenas, a través de sus instancias representativas, en torno al contenido de la forma constitucional (...) considera asimismo que recabar las opiniones de los pueblos indígenas por vías indirectas (como por ejemplo a través del envío de comunicaciones por escrito), aunque puede ser un medio complementario y útil, no es suficiente para un verdadero proceso de diálogo, con miras a llegar a un acuerdo, como establecen las normas internacionales en la materia”¹⁴².

Se plantea que los plazos deben ser adecuados a la materia objeto de consulta con el objeto de garantizar la participación lo más amplia posible y de manera informada.

Todos y cada uno de estos criterios, incluidos los principios mínimos en materia de consulta deben ser tenidos a la vista por los órganos del Estado en el actual proceso de Reforma constitucional en curso.

3. TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

Un esfuerzo en esta materia ha sido la de establecer programas destinados a la adquisición y transferencia de tierras. Sin embargo, como lo señala la comunidad nacional e internacional, subsiste una deuda en cuanto al reconocimiento del derecho a las tierras antiguas o ancestrales y de resguardo a los recursos naturales y la biodiversidad de los hábitats indígenas, generando una tensión entre los proyectos de inversión forestal, minera y energética que compromete sensiblemente dichos espacios y, por lo tanto, las formas de vida de quienes los habitan. La adecuación de la legislación sectorial, la necesidad de implementar mecanismos de participación y consulta, y el reconocimiento y demarcación de tierras indígenas no han encontrado una solución satisfactoria, lo que incide en la persistencia de conflictos sociales con el Estado.

En relación al proceso de restitución de tierras, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Indígena, se crea un Fondo para Tierras y Aguas Indígenas administrado por CONADI. Se establecen allí garantías para la conservación de las mismas a través de la imposición de limitaciones al derecho de dominio, en términos de prohibir enajenarlas, embargarlas, gravarlas y las declara imprescriptibles, salvo que este modo de adquirir el dominio opere entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia y previa autorización de la CONADI.

A su vez el artículo 22 de la Ley Indígena señala que “las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas adquiridas con recursos de este Fondo no podrán ser enajenados durante veinticinco años, contados desde el día de su inscripción.”

Entre 1994 y 2010, un total de 667.457 hectáreas han sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunida-

139 Ibidem, párrafo 49.

140 Ibidem, párrafo 50.

141 Ibidem, párrafo 56.

142 Ibidem, párrafo 60.

des indígenas, en aplicación de los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para estos efectos. De acuerdo a la información proporcionada por CONADI, la superficie total de tierras de dominio indígena asciende a 1.161.074,37 ha¹⁴³.

No obstante tales avances, preocupa la inexistencia de otros mecanismos distintos al mercado que permitan la restitución de tierras y territorios. En relación al reconocimiento de tierras antiguas o ancestrales, el marco legal resulta insuficiente para “permitir el ejercicio de los derechos territoriales indígenas”¹⁴⁴. Los problemas detectados por el Relator en su informe respecto de la política de compra de tierras son los siguientes:

1. en muchas ocasiones ha resultado en la fragmentación de los territorios tradicionales de comunidades mapuches y que el Fondo de Tierras ha sido reorientado hacia una práctica de reasentamiento de individuos y comunidades a tierras lejanas de sus territorios tradicionales;
2. ha tendido a favorecer títulos individuales de propiedad y no títulos de propiedad colectiva;
3. ha generado especulación en el mercado de tierras¹⁴⁵.

El gobierno ha anunciado una reestructuración de la política indígena, particularmente de su Fondo de Tierras y Aguas y de la CONADI; hasta la fecha no se conoce el alcance de estas medidas y la forma en que abordan los problemas señalados por el Relator Especial.

En esta dirección se hace indispensable que el Estado garantice algún modo efectivo para la protección del dominio y posesión de las tierras ancestrales. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en relación a la protección del derecho a propiedad de las tierras antiguas por parte de los pueblos indígenas, debe acudirse al Convenio N° 169 de la OIT¹⁴⁶.

En relación a la explotación de recursos naturales, la implementación del Convenio N° 169 de la OIT requiere la

adecuación de las leyes sectoriales, en especial las relacionadas con la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica, la Legislación Minera, el Código de Aguas y la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, todas las cuales tienen incidencia directa sobre los recursos naturales en tierras y territorios indígenas. Esta tarea no se ha llevado a cabo integralmente y constituye un desafío pendiente que requiere de la máxima atención por parte del Estado, pues los proyectos de inversión forestal, energéticos y acuícola planeados e implementados hasta la fecha constituyen uno de los principales focos de tensión entre las organizaciones y comunidades indígenas, el Estado y el sector privado¹⁴⁷.

Frente al proceso de restitución de tierras y a la reforma constitucional, así como a todos aquellos asuntos que sean de interés directo de los pueblos indígenas, es materia de preocupación para el Instituto que aún el Estado tenga pendiente la definición del mecanismo de consulta y participación, piedra angular del Convenio 169 de la OIT.

4. JUSTICIA MILITAR Y LEY ANTITERRORISTA

4.1 Justicia militar

El derecho internacional de los derechos humanos, la experiencia comparada, la doctrina y la jurisprudencia advierten el carácter excepcionalísimo de la legislación penal militar y, de existir esta, su limitación a la protección de bienes jurídicos del ámbito estrictamente castrense, cuya afectación sea cometida por militares en el ejercicio de las funciones

143 Memoria de Chile. Op. Cit., p. 70.

144 Informe Alternativo 2010, Op. Cit., p. 11.

145 A/HRC/12/34/Add, Op. Cit., párrafo 27.

146 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay, sentencia 17 de julio de 2005, párrafos 127 y 130.

147 La sociedad civil en su Informe Alternativo advierte sobre el impacto de la expansión de los megaproyectos que afectan territorios indígenas. Entre estos se mencionan: el proyecto de SN Power, empresa de capitales estatales noruegos, en Liqueñe, Coñaripe y Rupumeica, Región de Los Ríos, para construir cuatro centrales hidroeléctricas que resultarán en la inundación de entre 400 y 1.200 ha; los proyectos de centrales hidroeléctricas impulsados por ENDESA/España y Colbun en la Región del Bío Bío y Región de Los Ríos, afectando tierras ancestrales y actuales de comunidades mapuche; la instalación de plantas químicas de tratamiento de aguas servidas en territorio mapuche, amenazando ambientalmente a las comunidades por vertidos de cloro y otros desechos químicos en ríos y fuentes de agua, en la Región de la Araucanía; y plantas de celulosa (de las empresas CELCO S.A., Celulosa Arauco) que causan la contaminación de cursos de ríos, incluyendo la contaminación del Sitio Ramsar Río Cruces en territorio de comunidades mapuche lafkenche. Durante 2008 CELCO siguió adelante su propuesta para la construcción de un ducto al mar para botar sus desechos contaminantes, lo que afectó a las comunidades lafkenches de Mehuin, Misisipi, Maiquillahue, Chan Chan y Quillahue, en la Región de Los Ríos.

propias e inherentes a esa condición¹⁴⁸. Uno de los principales cuestionamientos a la existencia de la justicia de fuero militar dice relación con la lesión a las garantías de acceso a un juez natural, independiente e imparcial, afectando el derecho al debido proceso¹⁴⁹.

Como respuesta a la movilización impulsada por los comuneros mapuche en huelga de hambre, el 7 de septiembre de 2010 el Gobierno ingresa a trámite legislativo el proyecto de ley mediante el cual se dispone la exclusión de los civiles de la jurisdicción y competencia de los tribunales militares¹⁵⁰. Dicha reforma trasciende el hecho coyuntural de la movilización mapuche, y en este sentido la idea de legislar representa un avance al excluir de su competencia a los civiles cuando estos tienen el carácter de imputados.

a. Independencia, imparcialidad y derecho a un juez natural

La amplitud de la competencia conferida a la justicia penal militar, incluida la de investigar y sancionar delitos comunes perpetrados por militares y de arrastrar a civiles al ámbito de su jurisdicción, lesiona el derecho a comparecer ante un juez natural. Este derecho se encuentra plenamente consagrado en la Constitución y en la ley, y en instrumentos internacionales vinculantes para el Estado.

La imparcialidad del juzgador es garantía fundamental del debido proceso, y supone la existencia de órganos jurisdiccionales que no tengan un interés directo en la controversia sometida a su consideración. La ausencia de interés supone que el órgano y el sujeto procesal no tengan vínculos de

subordinación o dependencia, y en general, de interés de ninguna especie.

La independencia del juez se liga a la autonomía interna y externa del órgano jurisdiccional, esto es, respecto de quienes integran el poder u órgano que imparte justicia y de los poderes del Estado. Con ello se asegura la no injerencia y la absoluta libertad para decidir acerca del litigio sometido a su decisión. La estructura y organización de la justicia militar en Chile compromete la independencia e imparcialidad de los funcionarios encargados de administrar justicia dada la naturaleza jerárquica, de subordinación y dependencia de las estructuras de mando a la que están sometidos los integrantes de esta judicatura de fuero.

El derecho al debido proceso conlleva igualmente que se garantice la publicidad y la bilateralidad de la audiencia —es decir, que las partes cuenten con la posibilidad de exponer sus pretensiones sin restricciones arbitrarias—, y que accedan a recursos judiciales efectivos de impugnación a resoluciones que estiman contrarias a sus derechos.

El proceso penal militar se caracteriza por ser eminentemente inquisitivo, secreto y escrito, y afecta en estas dimensiones no sólo a los civiles sino a todo quien se vea expuesto a una investigación criminal en esta sede, incluidos los propios uniformados. Las funciones de investigar, procesar y acusar recaen en un militar en ejercicio activo (Fiscal Militar) quien determina la existencia del delito y establece presunciones de participación, en un contexto donde los medios de prueba se producen sin mediación del juez encargado finalmente de establecer o exonerar de responsabilidades al imputado. Con ello, el proceso penal militar en Chile violenta el principio de publicidad consagrado en la Convención Americana que señala que el “proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (artículo 8.5). La Corte Interamericana al revisar estos aspectos respecto de Chile estableció que el carácter eminentemente secreto de la etapa de investigación “es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual

148 Corte IDH, Caso Palamara, Op. Cit., La Corte ha dicho que “*en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*” (párrafo 124). La Corte estima que la jurisdicción penal militar en Chile no cumple con esta norma (párrafo 132). La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.

149 Ver Andreau-Guzmán (2003) y Mera (2002).

150 Mensaje 257-358 ingresa el 7 de septiembre de 2010 a la Cámara de Diputados. Boletín 7203-02. El proyecto de ley original “*Modifica sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones tratándose de delitos contra los miembros de las Policías*”. El Ejecutivo mediante indicación de 15 de septiembre de 2010 suprimió este régimen especial de protección.

le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.c)”¹⁵¹.

El derecho a un recurso judicial efectivo supone la existencia de medios de impugnación al que las partes puedan acceder a fin de enmendar, corregir o revertir resoluciones judiciales que eventualmente les afecten. La Corte Interamericana estableció que la jurisdicción penal militar chilena vulnera este derecho “debido a que el Código de Justicia Militar solamente permite que sean apeladas muy pocas de las decisiones que adoptan las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar que afectan derechos fundamentales de los procesados”¹⁵².

b Proyecto de reforma al Código de Justicia Militar

En el Mensaje a propósito de la presentación del proyecto de ley anuncia que su objetivo es introducir modificaciones “en sintonía con los estándares internacionales en la materia”¹⁵³.

El proyecto en sus aspectos esenciales estipula limitar la competencia de la justicia militar de manera que civiles y menores de edad queden bajo el imperio de los tribunales penales ordinarios. Adicionalmente dispone un régimen transitorio a fin que los juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de civiles, continuarán su tramitación ante la justicia ordinaria, de conformidad a los procedimientos que corresponda aplicar¹⁵⁴.

El proyecto de ley acordado finalmente en el Congreso Nacional considera los siguientes aspectos:

- Limita la competencia de la justicia militar estableciendo que civiles y menores de edad quedarán bajo el imperio de los tribunales ordinarios con competencia en materia penal (artículo 1).

151 Corte IDH, Caso Palamara, Op. Cit., párrafo 170. La Corte agrega que el derecho al proceso público consagrado en el artículo 8.5 de la Convención es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático, y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener intermediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (párrafo 167).

152 Ibídem, párrafo 186.

153 Mensaje N° 257-358, Op. Cit., p. 1.

154 El Proyecto se encuentra, al momento de redactarse este Informe, con sentencia favorable de constitucionalidad preventiva. Revisado Boletín Legislativo N° 7203-02.

- En casos de coautoría o coparticipación de civiles y militares en la comisión de ilícitos establecidos en el Código de Justicia Militar, señala que serán competentes para juzgar a los civiles los tribunales ordinarios, y los militares respecto de los uniformados (artículo 2).
- Las contiendas de competencia serán resueltas por la Corte Suprema, sin participación del Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo (artículo 3).
- Para todos los efectos legales se considerarán militares los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile (artículo 4 N° 1).
- Dispone un régimen transitorio a fin que los juicios seguidos ante tribunales militares, en que se persiga la responsabilidad penal de civiles continúen su tramitación en la justicia ordinaria (artículo 1 transitorio).

La presentación del proyecto es un hecho positivo. No obstante, persisten limitaciones frente a los estándares internacionales que rigen en esta materia.

La única justificación de una justicia militar, de estimarse necesaria, es que la materia sobre la que recae y las personas pesquisadas tengan la calidad de militar. Los/las civiles, en tanto víctimas o imputados/as, no pueden verse arrastrados a este tipo de jurisdicción especial. El proyecto de ley excluye a los/as civiles imputados/as de la competencia de justicia militar, pero mantiene a las víctimas de delito de violencias innecesarias con resultado de lesiones o muerte, perpetrados por uniformados y/o policías sujetos a esta jurisdicción. Con ello se mantiene cerrada la posibilidad de perseguir la responsabilidad criminal en la justicia civil, de todos aquellos uniformados, incluidos funcionarios de la policía de Carabineros, con las consecuentes afectaciones al derecho de las víctimas de comparecer ante un juez natural, independiente e imparcial, y otras garantías al debido proceso. Todos aquellos casos en los que se investigue violencia o abusos policiales en contra de civiles continuarán siendo investigados por las Fiscalías Militares, es decir, mantiene plena vigencia el artículo 330 del Código de Justicia Militar,

El Instituto Nacional de Derechos Humanos, a través de un amicus curiae, hizo presente al Tribunal Constitucional sus observaciones a la norma que sólo establece la exclusión de civiles de la esfera de competencia militar, cuando estos

intervengan como imputados. Al respecto el Instituto señala que *“comparte lo indicado por la Excelentísima Corte Suprema en cuanto a que la calidad de civiles y menores no sólo incluye a los que tengan el carácter de imputados, sino también aquellos que tuvieren el carácter de ofendidos o víctimas, lo que para una mayor claridad debiera estar expresamente descrito en la norma”*¹⁵⁵.

En otras palabras, persiste la competencia de la jurisdicción penal militar respecto de funcionarios/as a los que se les impute responsabilidad por hechos constitutivos de detenciones ilegales, tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y homicidios. No sólo hay un efecto procesal que daña las garantías del ciudadano/a al debido proceso, sino que hace inaplicable el tipo penal contemplado en el artículo 150 A y siguientes del Código Penal, referido a la aplicación de tormentos por parte de funcionarios públicos, que es el delito que más se acerca a la definición de tortura conforme a los tratados internacionales sobre la materia.

De acuerdo a la información proporcionada por la Secretaría General de Carabineros al INDH¹⁵⁶, entre los años 2006 a febrero de 2010, han ingresado 2.634 causas por el delito de violencias innecesarias y 116 por el delito de detención ilegal en las distintas fiscalías militares del país. La misma fuente indica que 29 carabineros han sido condenados en el período consultado, todos favorecidos con el beneficio de la remisión condicional de la pena, incluido el único condenado por el delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, condenado a la pena de 200 días de presidio remitido. Por su parte, 28 funcionarios en servicio activo se encuentran actualmente procesados por los delitos de violencia innecesaria con resultado de muerte o lesiones y detención ilegal.

Si bien la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros establece que la institución policial es de carácter militar¹⁵⁷, esta definición no tiene jerarquía constitucional. La persistencia en mantener a dicho personal en la judicatura de fuero militar se contradice con la intención de restringir la competencia de la justicia militar. El orden público interno no es función militar por lo que no se justifica la existencia de fueros especiales aplicables al cuerpo de policías. En este sentido, el proyecto de Ley en trámite no recoge las recomendaciones formuladas en el EPU y los órganos de tratado, en la perspectiva que el Estado establezca límites a la competencia material y personal de los tribunales militares.

En relación a la competencia de los tribunales ordinarios y los tribunales militares en casos de coautoría o coparticipación en la comisión de ilícitos establecidos en el Código de Justicia Militar, la Corte Suprema señaló que; *“la regulación que se propone, además de consagrar un contexto de desigualdad ante la ley respecto de un mismo hecho que no resulta aceptable, puede eventualmente conducir a situaciones procesales inconvenientes. En tales condiciones, se sugiere que tales casos queden sometidos únicamente a la justicia civil, pues este sistema otorga mayores garantía a los intervinientes”*¹⁵⁸. En el mismo sentido objetó el INDH frente al Tribunal Constitucional¹⁵⁹, y con ello fue coincidente el voto de minoría en la sentencia de constitucionalidad preventiva que dictó el Tribunal: *“nuestro ordenamiento jurídico desconoce la posibilidad de que un mismo hecho punible pueda ser juzgado por dos o más tribunales diferentes de forma simultánea”*; la norma propuesta *“vulnera abiertamente el principio de igualdad consagrado en el art. 19 N° 2°, de la Constitución, pues somete el conocimiento de un mismo hecho a tribunales distintos (...) la norma en cuestión infringe además el debido proceso y afecta claramente el mandato de establecer un procedimiento racional y justo”*¹⁶⁰.

Respecto de las disposiciones transitorias del proyecto de ley referidas a la validez de las pruebas rendidas en los tribu-

155 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Rol 1845-2010, fecha 9 de noviembre de 2010, p. 8. La Corte Suprema, por su parte, al informar en relación al proyecto de ley sobre Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Militares, iniciativa de ley propuesta por la administración de la Presidenta Michelle Bachelet, afirmó en el mismo tenor que *“la categórica exclusión de los civiles como sujetos de persecución penal en la judicatura castrense, debe ser recibida con beneplácito –no obstante que debió ser incorporada con mucha anterioridad– toda vez que constituye una modificación requerida con insistencia en las esferas académicas y políticas, y un principio rector, consagrado en los ordenamientos jurídicos que aún mantienen una legislación penal militar”*. Corte Suprema de Justicia Oficio N° 276 de diciembre de 2009, boletín legislativo N° 6739-02.

156 Oficio N° 1194, fecha 8 de noviembre de 2010, Secretaría General de Carabineros, en respuesta al Oficio N° 31 de 29-09-2010.

157 Ley N° 18.961, artículo 1°.

158 Corte Suprema Oficio N° 152. Informe Proyecto de Ley N° 46-2010, Boletín N° 7.203-02, 8 de octubre de 2010.

159 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Op. Cit., p. 8.

160 Tribunal Constitucional Sentencia ROL 1.845-10, 12 de noviembre de 2010. Voto de minoría sostenido por los Ministros Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Shnake y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

nales militares para todas aquellas causas que deban traspasarse a la justicia ordinaria, el INDH hizo presente sus reparos por cuanto estima que se violentan normas procesales que indican que no pueden incorporarse al juicio pruebas obtenidas con inobservancia a garantías fundamentales¹⁶¹.

Si bien es cierto que el Mensaje con que se acompaña el proyecto expresamente advierte que se abstendrá de proponer reformas al sistema procesal castrense de naturaleza eminentemente inquisitiva, se debe reiterar que esta reforma sigue constituyendo un desafío pendiente en orden a adecuar la legislación interna a los estándares internacionales de derechos humanos. Igual desafío se impone en relación a revisar los tipos penales militares y su estricta sujeción a los principios de legalidad y tipicidad, evitando la discrecionalidad punitiva en la persecución de dichos ilícitos.

4.2 Ley N° 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad

La huelga de hambre llevada a cabo por los comuneros mapuche durante el año 2010 reinstalaron en el debate público la necesidad de introducir reformas a la Ley N° 18.314¹⁶², que determina conductas terroristas y fija su penalidad. El 12 de septiembre, el Ejecutivo presenta a trámite legislativo un proyecto de ley en tal sentido. En el Mensaje indica que *“los actos terroristas no sólo ponen en peligro la seguridad e integridad de las personas, sino que además socavan las instituciones democráticas y sociales que son esenciales para la conservación y fortalecimiento del Estado de Derecho imperante en nuestro país”*¹⁶³. El 8 de octubre de 2010 se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.467 que introduce modificaciones a la Ley Antiterrorista.

El Estado de Chile a propósito de las preocupaciones y recomendaciones formuladas en el EPU, se comprometió a restringir la aplicación de la Ley Antiterrorista tomando en cuenta las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos¹⁶⁴, en particular, en relación con: la definición de conducta terrorista, la aplicación de la ley y las garantías judiciales.

a. La definición de conducta terrorista en la legislación nacional

El principio de tipicidad¹⁶⁵ y de legalidad forman parte de un sistema de garantías de los ciudadano/as frente al Estado que protege a las personas y la sociedad de abusos en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

No obstante no existe un consenso a nivel internacional en torno al concepto de delito terrorista, una ley de carácter excepcional requiere de una descripción precisa de la conducta reprochada a fin de evitar la discrecionalidad. En rigor, la Ley Antiterrorista no define un delito terrorista, sino que proporciona un listado de ilícitos del derecho penal común (delitos base), que protegen diversos bienes jurídicos (vida, integridad, libertad personal, salud pública, propiedad) y que adquieren el carácter de terroristas por la concurrencia de determinadas conductas calificantes. Estas conductas son aquellas que se cometen con la finalidad *“de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de alguno de los delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”*¹⁶⁶.

Se trata de conductas abiertas e indeterminadas, de carácter subjetivo, que atentan contra el principio de tipicidad, dando cabida a eventuales abusos del órgano que las invoca en la persecución de hechos que no necesariamente encuadran con actos de terrorismo.

Los instrumentos internacionales destinados a la persecución y represión del terrorismo si bien no definen lo que debe entenderse por conducta terrorista, han avanzado sobre el consenso que su finalidad es socavar o destruir la institucionalidad y afectar gravemente los derechos y garantías fundamentales de las personas¹⁶⁷. Así lo concibe también la Constitución Política al establecer que el te-

161 Instituto Nacional de Derechos Humanos. Amicus Curiae, Op. Cit.

162 En adelante, Ley Antiterrorista.

163 Mensaje N° 280-358, con el que se inicia el proyecto de ley que modifica disposiciones de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

164 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 97, N° 4.

165 Constitución Política de la República, artículo 19 N° 3 inciso 8: *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella”*.

166 Ley N° 18.314, artículo 1.

167 Existen 13 tratados universales sobre la materia, para efectos de una visión sumaria de dichos tratados ver la página web “Acciones de Naciones Unidas contra el terrorismo”, www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml.

rorismo “es por esencia contrario a los derechos humanos” (artículo 9). Desde esta perspectiva, un motivo de especial discusión en relación a este tipo de legislación ha sido la protección de bienes individuales, particularmente el derecho de propiedad.

El carácter especial y de aplicación excepcional de las leyes antiterroristas obligan a una definición restrictiva de manera que esta ley sea compatible con el orden democrático y, por cierto, con las legítimas reivindicaciones que grupos específicos.

En relación a algunos delitos bases, la reforma elimina del catálogo inicial al parricidio, las lesiones menos graves y los secuestros en formas de encierro o detención. Es valioso que se hayan excluido de la categoría de terrorista, algunos delitos que siendo gravísimos no se justificaba mantenerlos en el catálogo de delitos terroristas en atención a que los bienes jurídicos por ellos protegidos no decían relación con los fines que se pretenden sancionar con esta excepcional legislación

110

Uno de los aspectos de mayor controversia con motivo del proyecto de reforma a la Ley Antiterrorista fue el amparo al derecho de propiedad, particularmente en relación a los delitos de incendio en lugar deshabitado, descrito y sancionado en el Código Penal¹⁶⁸. Cabe destacar que, a la fecha de este Informe, la revisión de las causas abiertas en Cañete y Lautaro¹⁶⁹ indica que 16 comuneros mapuche fueron acusados por el delito de incendio terro-

rista; por el delito de incendio común están siendo investigados 32 comuneros en La Araucanía y 5 en Cañete.¹⁷⁰

La protección a bienes jurídicos en el marco de la Ley Antiterrorista debe restringirse a aquellos cuya vulneración pueda significar un grave atentado a la vida, la libertad, la integridad física, la salud pública y la propiedad. Esta última, siempre y cuando constituya “instalación de infraestructura”, esto es, “propiedad pública o privada que se utilice para prestar o distribuir servicios al público, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía, combustible o comunicaciones”, como lo señala expresamente el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas¹⁷¹.

Respecto del delito de incendio terrorista en lugar deshabitado, la reforma a la Ley Antiterrorista avanza en limitar la posibilidad de determinar la pena en el grado máximo. Sin embargo, en relación al delito de incendio de bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos, deroga la regla de determinación de penas establecidas en la legislación anterior, y establece que se aplicarán las sanciones previstas en el Código Penal con excepción del mínimo contemplado en dicho cuerpo legal¹⁷². La redacción empleada en el texto legal abre un margen de discrecionalidad importante a los tribunales en la interpretación y aplicación de la norma, lo que no satisface el principio de proporcionalidad ni la intención de excluir a los comuneros mapuche de los alcances de la Ley Antiterrorista por este tipo de delitos.

En el único caso visto, hasta la fecha de redacción del presente Informe, de revisión de penas invocando esta norma –caso Poduco Pidenco– el Tribunal de Juicio Oral en

168 Artículo 476: “Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados: 1.- Al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado. 2.- Al que dentro de poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación. 3.- El que incendiare bosques, mieses, pastos, monte, cierros o plantíos”.

169 Información obtenida de los autos de apertura en la Causa Ruc 0800932994-4 del Juzgado de Garantía de Cañete y la Causa Ruc 0900033605-7 del Juzgado de Garantía de Lautaro. Es necesario aclarar que un comunero puede enfrentar acusaciones tanto por incendio terrorista como por incendio común en la misma causa.

170 El Observatorio Ciudadano en comunicación al Relator Anaya señala que “un total de 58 personas mapuche o relacionadas con el pueblo mapuche procesadas o condenadas por la ley antiterrorista por hechos de protesta social vinculados a la reivindicación de derechos por tierras o de derechos políticos. De ellas, cinco se encuentran condenadas y 42 en prisión preventiva en diversos centros carcelarios del país, en tanto que 11 se encuentran cumpliendo medidas cautelares en libertad. Entre los delitos que se les imputan, o por los cuales cumplen condena, están los de incendio terrorista, homicidio frustrado y lesiones con carácter terrorista, amenazas terroristas, y el de asociación ilícita terrorista”. Comunicación llamamiento urgente, del 23 de julio 2010. Disponible en: www.observatorio.cl

171 Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en su Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997. Entra en vigor el 23 de mayo del 2001.

172 Ley N° 18314, artículo 3. Es decir, exclusión el presidio mayor en su grado mínimo, 5 años y un día a 10 años, por lo cual el juez/za parte de la pena de 10 años y un día.

lo Penal de Angol, resolvió específicamente en este punto que *“la promulgación de la Ley N° 20.467 no establece una situación jurídico procesal más beneficiosa al imputado, puesto que si bien es cierto en abstracto esta ley podría resultar más favorable, en el caso concreto de determinación de pena no se ve modificada, debiendo en consecuencia rechazarse las solicitudes de las defensas”*¹⁷³.

b. La aplicación de la Ley Antiterrorista

La naturaleza de la legislación antiterrorista y las graves consecuencias de su aplicación sobre las garantías individuales y procesales imponen que la invocación a una normativa de estas características, en el marco del Estado de Derecho, sea excepcional y de aplicación restrictiva a hechos que impliquen un atentado grave al ordenamiento jurídico. En ningún caso debe ser invocada para la persecución de delitos comunes o la represión de actos de demanda y protesta social.

La decisión del Presidente Sebastián Piñera, en el marco de las negociaciones llevadas a cabo para poner término a la huelga de hambre de comuneros mapuche, de retirar la calificación de hechos por la Ley Antiterrorista en los procesos judiciales que afectan a integrantes de este pueblo con motivo de actos de protesta social, debe destacarse y valorarse. La medida del Ejecutivo se inscribe dentro del compromiso asumido por el Estado ante el EPU, recoge la recomendación formulada por el Relator Anaya y los requerimientos formulados por la sociedad civil.

No obstante, mientras no se modifique sustancialmente la legislación antiterrorista, fundamentalmente en relación a la descripción del hecho punible, persiste la posibilidad de invocar, acusar y finalmente condenar, por parte de otros órganos y poderes del Estado, a personas involucradas en actos de protesta social.

c. Garantías judiciales

El tercer motivo de preocupación es la disminución de garantías del régimen procesal aplicable y las facultades concedidas al órgano persecutor en la legislación antiterrorista¹⁷⁴.

La eliminación de la presunción legal de finalidad terrorista según los medios empleados, que hizo la reforma a la Ley Antiterrorista, constituye un significativo avance. Esto significa que el dolo terrorista de todo delito cometido mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos y otros, debe ser probado.

Es también favorable que la reforma prohíba aplicar el procedimiento establecido en la Ley Antiterrorista a los menores de dieciocho años —en estos casos debe aplicarse el procedimiento y las rebajas de penas contemplados en la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil— y constituya un agravante de delitos terroristas actuar en compañía de menores de edad.

Sin embargo, la Ley N° 20.467 mantuvo el régimen de ampliación de los plazos de privación de libertad. Esta medida cautelar debe ser excepcional frente al principio de inocencia; sin embargo, en la Ley Antiterrorista, el tiempo para poner a disposición al/la detenido/a ante el tribunal competente se extiende a 10 días, en circunstancias que el plazo normal es de 48 horas. A ello se suma la posibilidad de decretar otras medidas cautelares excepcionales como la reclusión en lugares especiales, la restricción al régimen de visitas y la interceptación de las comunicaciones de la persona

173 Sentencia de 5 de noviembre de 2010. Considerando 8, Causa RIT 21-2004.

174 El Comité de Derechos Humanos señaló al Estado que *“las garantías procesales, conforme al artículo 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley”*. CCPR/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 7. Por su parte, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, vigente en Chile desde febrero de 2005, señala que *“las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad a esta convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”*, y que *“a toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional”* (artículos 15.1 y 3). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.116 DOC. 5 rev. 1, del 22 de octubre de 2002.

privada de libertad¹⁷⁵. Además, rompiendo con el principio de publicidad propio del sistema acusatorio, la reforma mantuvo el plazo de secreto de la investigación hasta seis meses.

La reforma introduce una disposición que permite a la defensa a interrogar directamente a los/as testigos y peritos/as protegidos¹⁷⁶, cuya eficacia en la consagración del derecho a la defensa deberá ser evaluado en la práctica, en el curso de los juicios que se siguen. La práctica de recurrir a testigos/as sin rostro ha sido expresada como un motivo de preocupación que debe igualmente ser evaluado en el marco de esta nueva disposición.

No obstante los aspectos positivos de la reforma introducida, esta mantiene vigentes normas que comprometen su armonización con la normativa internacional de derechos humanos y con el fin práctico que se tuvo al momento de legislar, esto es, recalificar los delitos imputados a los comuneros mapuche presos por esta categoría de delitos y evitar la discrecionalidad en la aplicación de una legislación excepcional.

175 La Comisión Interamericana, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, recordó a los Estados que “*no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial en general. Un sistema efectivo para registrar los arrestos y las detenciones y poner esa información a disposición de los familiares, asesores letrados y demás personas con intereses legítimos en la información, ha sido también ampliamente reconocido como uno de los componentes más esenciales de un sistema judicial funcional, pues ofrece una protección vital de los derechos del detenido e información confiable para establecer las responsabilidades del sistema*”. *Ibíd.*, párrafo 122.

176 Artículo 18 inciso final en relación al Art. 9 de la Ley N° 18.314.

DIVERSIDADES SEXUALES

Las personas y colectivos de orientación sexual y de identidades de género diversas han logrado hacer visibles la desigualdad y la discriminación que las afectan. La mayor conciencia social respecto de la vulneración de sus derechos fundamentales no se traduce aún en legislación que los proteja. En efecto, están pendientes de

adopción la legislación contra la discriminación y, así como la reforma de normas de manera que estas incluyan los derechos civiles de esta población. El Estado debe producir información sobre la situación de las personas de la diversidad sexual a fin de diseñar políticas públicas orientadas a superar las desventajas que las afectan.

I. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

1. RESPETO A LA DIVERSIDAD SEXUAL EN LOS DERECHOS HUMANOS

En gran parte de las sociedades y culturas, las personas con orientación sexual e identidad de género distintas de la norma heterosexual y que no calzan con la dualidad “hombre-mujer” han sido objeto de persecución y violencia. Principalmente sobre la base de argumentos de orden religioso, moral y cultural, en muchos países, homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales han sufrido trato discriminatorio y la denegación de sus derechos. Desde los años ochenta, las comunidades comúnmente conocidas como GLBTI¹⁷⁷ se han movilizado a nivel mundial para demandar, a la comunidad internacional y a los Estados, garantías de igualdad y no discriminación, y protección en el ejercicio de sus derechos.

En particular en la última década, varios países han modificado sus legislaciones y derogado normas que penalizaban la homosexualidad, han reconocido a las personas sexualmente diversas derechos civiles antes exclusivos de las personas heterosexuales, y han adoptado políticas para erradicar prácticas discriminatorias en el ámbito educativo, laboral y de la salud, entre otros.

De igual manera, los órganos de derechos humanos del sistema universal e interamericano han avanzado en la formu-

lación de instrumentos específicos que protejan a las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Un esfuerzo en tal sentido son los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género¹⁷⁸. Los Principios ratifican los estándares legales para que los Estados, y los actores sociales en general, puedan detener la violencia, abuso y discriminación ejercida contra las personas con estas condiciones.

En su preámbulo, estos Principios definen la orientación sexual y la identidad de género, a fin de establecer nociones comunes que permitan identificar aquellas situaciones de vulneración de derechos y de discriminación por su causa. La orientación sexual “se refiere a 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 a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Caben en esta definición afectividades y prácticas heterosexuales, bisexuales, homosexuales, lésbicas, transgénero y transexuales.

¹⁷⁷ GLBTI: Gay, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales.

¹⁷⁸ Fueron elaborados por un grupo de expertos/as en noviembre de 2006 y presentados ante el Consejo de Derechos Humanos en 2007. 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 seguimiento a los tratados, jueces/zas, académicos/as y activistas por los derechos humanos.



Por su parte, la identidad de género “se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. En esta definición la identidad de género desliga el cuerpo de nacimiento –en su versión dicotómica, hombre-masculinidad y mujer-feminidad– y reconoce la libertad de las personas para construir en su vida otras identidades, como la transsexual o la transgénero.

El principio de igualdad y de no discriminación incorporado en los pactos y convenciones no refiere explícitamente la protección de la orientación sexual o de la identidad de género; sin embargo, la mención general a “cualquier otra condición” es indicación de una cláusula abierta que permite ampliar a otras distinciones o categorías no señaladas y constitutivas de trato injusto. También lo es que los órganos de los Tratados hayan interpretado que la orientación sexual era parte de la categoría “sexo”¹⁷⁹.

En diciembre de 2008, la Asamblea General de Naciones Unidas emitió la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género¹⁸⁰ –firmada por 66 países, entre ellos Chile– reafirmando “el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género” (artículo 3). En el documento, los Estados explicitaron su preocupación por “las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales basadas en la orientación sexual o identidad de género” (artículo 4) y por “la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de su orientación sexual o identidad de género, y porque estas prácticas socavan la integridad y dignidad de aquéllos sometidos a tales abusos” (artículo 5).

179 Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen contra Australia, Comunicación N° 488/1992.

180 Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 2008.

Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA ha adoptado dos resoluciones, en 2008 y 2009, ambas suscritas por el Estado de Chile. En la primera, “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”¹⁸¹, la Asamblea reafirma que “la Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama que la misión histórica de América es ofrecer al ser humano una tierra de libertad y un ambiente favorable al desarrollo de su personalidad y a la realización justa de sus aspiraciones”. Quedó manifiesta también allí la preocupación de los Estados por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra personas por razón de su orientación sexual o identidad de género. En la segunda resolución¹⁸², se urge a los Estados asegurar que se investiguen estos actos y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia (artículo 2), y se solicita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los demás órganos del Sistema prestar adecuada atención al tema (artículo 4).

De igual forma, los órganos de vigilancia de los tratados se han preocupado por establecer que la orientación sexual es materia de protección de estos instrumentos. Así, el Comité de Derechos Humanos informó que la protección igual y efectiva contra cualquier discriminación contenida en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos incluye la discriminación por razones de orientación sexual¹⁸³. En ese mismo sentido, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indicó que “el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por (...) el estado de salud (incluidos el VIH / SIDA), la orientación sexual (...), que tengan por objeto o por resultado la invali-

181 Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), aprobada el 3 de junio de 2008.

182 Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009.

183 Comité de Derechos Humanos: Dictamen de 31 de marzo de 1994, Caso Nicholas Toonen contra Australia, Comunicación N° 488/1992, párrafos 8.2-8.7. Véase, también, Dictamen de 6 de agosto de 2003, Caso Edward Young contra Australia, Comunicación N° 941/2000, párrafo 10.4, y Dictamen de 30 de marzo de 2007, Caso X c. Colombia, Comunicación N° 1361/2005, párrafo 7.2. Citados en: Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Comisión Internacional de Juristas CIJ (2009).

dación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”¹⁸⁴.

El Comité contra la Tortura ha considerado que la orientación sexual está incluida en la prohibición de discriminación¹⁸⁵, y el Comité de los Derechos del Niño incluyó la orientación sexual entre las razones prohibidas de discriminación en sus observaciones generales relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, el VIH/SIDA y los derechos del niño¹⁸⁶.

A nivel interamericano, la Corte afirmó que “es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., *inter alia*, *estatus social*, *renta*, *estado médico*, *edad*, *orientación sexual*, entre otras)”.¹⁸⁷ Por su parte, la Comisión ha declarado admisibles casos de discriminación por orientación sexual —entre ellos, contra el Estado de Chile— y señalado que la penalización de la homosexualidad y la privación de libertad sencillamente por razón de la preferencia sexual es una práctica que “no se compadece con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe en consecuencia ser modificada”¹⁸⁸.

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

El Comité de Derechos Humanos, en el año 2007, con ocasión de la presentación del informe del Estado de Chile sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señaló que: “*aunque*

observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud. (Artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los perjuicios sociales”¹⁸⁹.

Los Estados en el Examen Periódico Universal recomendaron a Chile: prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, abordarlas en programas y políticas de igualdad utilizando los Principios de Yogyakarta como guía en su formulación; revisar el artículo 373 del Código Penal de modo de impedir su aplicación abusiva para perseguir a integrantes de las minorías sexuales; y, reforzar las medidas contra las actitudes discriminatorias en la sociedad a través de iniciativas de educación pública¹⁹⁰.

Existe pues, coincidencia entre los órganos de tratados en señalar la vulneración de derechos que afecta a las personas GLBTI, y una indicación al Estado sobre el imperativo de hacer de la igualdad y la no discriminación un principio de acción para sí y una práctica de relación y construcción social y cultural. Las medidas propuestas para avanzar en este propósito incluyen legislación, acceso a la justicia y promoción del respeto a estas condiciones en las relaciones sociales.

184 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), párrafo 18.

185 Comité contra la Tortura, Observación General N° 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte, párrafos 21 y 22.

186 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 4: Salud y Desarrollo de los Adolescentes, párrafo 6, y Observación General N° 3, VIH / SIDA y los derechos del niño, párrafo 8.

187 Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párrafo 63.

188 CIDH, Comunicado de prensa N° 24/1994. Interpretación similar ha realizado el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria (E/CN.4/2004/3, de 5 de diciembre de 2003, párrafo 73), y la Comisión Internacional de Juristas (2009, p. 79): “*los códigos de moralidad ambiguos y las leyes que regulan la salud pública, la moralidad y el decoro público se suelen utilizar asimismo para efectuar detenciones arbitrarias por razones de orientación sexual, o de identidad o expresión de género*”.

189 Comité de Derechos Humanos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Chile. CCPR/C/CHL/CO/5, 17 de abril 2007.

190 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12° período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafos 27, 28 y 29.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

En el período que abarca la revisión de la situación de derechos humanos de la población GLBTI, se han producido algunos hechos que alientan transformaciones hacia la garantía de igualdad y no discriminación por orientación sexual e identidad de género. En los poderes del Estado y en la ciudadanía en general se ha instalado el debate público, y por tanto, la posibilidad de construcción de nuevos acuerdos sociales dirigidos a superar la segregación y exclusión a las personas y colectivos que comparten esta condición. El avance en colocar la discriminación por orientación sexual e identidad de género como asunto de preocupación pública se debe, principalmente, a la acción de las organizaciones y colectivos de la diversidad sexual, apoyados por ONG y organizaciones sociales de diverso tipo.

La diversidad sexual formó parte de la última campaña presidencial –alusión a ella hubo en los programas de gobierno de las distintas candidaturas y en las franjas publicitarias– y todos los candidatos, sin excepción, asumieron compromisos públicos para avanzar en la protección de los derechos de esta población y la erradicación de la discriminación que la afecta. Mención particular se hizo a la superación de las desigualdades que produce la ausencia de reconocimiento legal de las parejas de personas del mismo sexo, situación que tiene consecuencias en ámbitos patrimoniales, previsionales y de protección de la salud, entre otros. De hecho, en el parlamento hay dos proyectos de ley presentados por distintas bancadas políticas que proponen –con mayor o menor amplitud– medidas para superar la discriminación a los derechos de estas parejas¹⁹¹.

A nivel de gobiernos locales, tres municipalidades –Santiago¹⁹², La Serena¹⁹³ y Chillán¹⁹⁴– aprobaron Ordenanzas contra de la discriminación. El objetivo, común a las tres, es “contribuir a erradicar cualquier discriminación arbitraria y reconocer que en el territorio de nuestra comuna existen diversas realidades de personas o grupos de personas, todas las cuales

aportan al desarrollo local y forman un todo comunal diverso que debe vivir en armonía e integración”. La definición de discriminación incluye, entre sus causas, la que se produce en razón de la orientación sexual y el género. En las Ordenanzas, las municipalidades se comprometen a promover programas especiales contra la discriminación, asistir legal y gratuitamente a las personas de escasos recursos económicos afectadas por el problema, y establecer sanciones administrativas para funcionarios/as que incurran en prácticas discriminatorias, entre otras obligaciones.

En materia judicial, el Juzgado de Familia de Puente Alto entregó la tuición de sus dos hijos a un hombre gay¹⁹⁵; según señala la UDP (2009), el fallo argumenta a favor de la superación del prejuicio sobre la orientación sexual como impedimento para el ejercicio de la paternidad o la maternidad. El hecho marca una diferencia sustancial con la práctica habitual de los tribunales que, en años anteriores, habían negado a padres gay y madres lesbianas la tuición sobre sus hijos e hijas. El caso paradigmático es el de Karen Atala, actualmente en revisión por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, la tendencia que marcan los hechos expuestos no se ha consolidado. Una primera omisión constatada es la ausencia de información pública sobre la vulneración de derechos de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas. Los registros disponibles corresponden al esfuerzo de la sociedad civil, y en particular de las organizaciones vinculadas con el respeto de la diversidad. Durante 2009, el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual Movilh tuvo conocimiento de 124 casos de discriminación homofóbica y transfóbica, que de acuerdo con sus registros representa un aumento de 90% respecto del año anterior; de estos, seis corresponden a atropellos policiales, tres a hechos de discriminación laboral, cuatro a vulneraciones de derechos en el campo educacio-

191 Boletín N° 6735-07, Pacto de Unión Civil; Boletín N° 7011-07, Acuerdo de Vida en Común.

192 Adoptada en la Sesión Ordinaria N° 13, del 13 de mayo de 2009.

193 Decreto 3000/09, adoptado el 24 de agosto de 2009.

194 Adoptada el 17 de agosto 2009.

195 Emol.com. Padre Gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales, publicado el 11 de marzo de 2009. El acceso a la causa está restringido para proteger la identidad e integridad de los y las involucrados/as.

196 Examinado más adelante en este informe.

nal, nueve a exclusión institucional y dos a obstáculos para el uso igualitario de espacios públicos y/o privados¹⁹⁷.

En relación a los poderes del Estado se constatan resoluciones o actos administrativos en direcciones contrarias, lo que configura un clima ambiguo respecto de la garantía de igualdad y no discriminación a las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género.

1. REFORMA DE LA LEGISLACIÓN

1.1 Ley contra la discriminación¹⁹⁸

En el trámite parlamentario del proyecto de ley, las restricciones respecto del objeto de esta legislación, la definición de discriminación y la exclusión a las entidades religiosas del cumplimiento cabal de la obligación de no discriminar, constituyen materias de preocupación principal para la protección de las personas con orientación sexual e identidad de género diversas¹⁹⁹.

En relación al objeto de la ley, la modificación de una obligación inmediata —no discriminar— a una de tipo progresivo —tender a la eliminación de toda discriminación arbitraria— significa para las personas GLBTI que el respeto a sus derechos queda entregado a la voluntad de los/as funcionarios/as públicos y de los operadores de justicia. En ausencia de una instrucción clara y explícita de no discriminación, que reitere los estándares en la materia recogidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, se impone la personal apreciación en la aplicación de leyes y disposiciones administrativas, la que responde a los niveles de empatía o prejuicio que el personal tenga hacia la población sexualmente diversa.

Estudios de opinión realizados por varias entidades en los últimos años muestran que la homofobia y transfobias tienen aún fuerte arraigo en los imaginarios sociales y prácticas culturales en Chile. En el año 2003, una encuesta sobre tolerancia y no discriminación realizada por la Universidad de Chile y Fundación Ideas²⁰⁰ en tres ciudades del país mostró que la homofobia es el segundo aspecto donde se concentra mayor intolerancia en el país. En una encuesta aplicada en la Región Metropolitana en el año 2009, la orientación sexual aparece como la tercera causa de discriminación²⁰¹. Al mismo tiempo, en varios estudios y sondeos realizados ese año reconoce en la sociedad chilena *"la tendencia de un progresismo que avanza lento, pero sostenidamente en el tiempo, pues la mayoría presenta menos prejuicios o ignorancia sobre las diversidades sexuales"*²⁰².

Los tribunales de justicia han conocido casos de discriminación institucional por orientación sexual en Carabineros de Chile, en la Policía de Investigaciones y dentro del sistema educativo; en todos ellos, los/as afectados/as alegan violación de la garantía de igualdad, del respeto y protección de la vida privada, y el derecho a la privacidad. Respecto de Carabineros, el Estado de Chile debió llegar a solución amistosa frente a la CIDH por la discriminación de una carabinera lesbiana²⁰³, y se han conocido dos nuevos casos de Carabineros que alegan que fueron obligados a renunciar a la institución por razón de su orientación sexual²⁰⁴. En 2009, un detective de la PDI inició juicio para que se considere nula su baja de la institución en razón de su orientación sexual²⁰⁵. En el ámbito educativo, es público el caso de una ciudadana a quien se le niega la posibilidad de ejercer como

197 Movilh (2009, p. 17). La organización lleva varios años presentando informes anuales al país sobre la situación de la población GLBTI que incluye denuncias recepcionadas por la entidad, las que son sometidas a un proceso de verificación y documentación.

198 Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la Discriminación. Boletín 3815-07, 14 de marzo de 2005.

199 En el EPU la sociedad civil menciona como una de sus preocupaciones la ausencia de una ley en contra de la discriminación, así como la demora en la tramitación del proyecto presentado por el Ejecutivo en 2005. Agrega que *"durante el año 2008 al proyecto de ley presentado se le formularon nuevas indicaciones que llevan consigo restricciones al concepto de no discriminación, una causal expresa de exclusión de responsabilidad para las iglesias y la limitación del deber del Estado en cuanto a la protección y garantía de este derecho"*. Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Resumen preparado con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/WG.6/5/CHL/3, párrafo. 19.

200 Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología y Fundación Ideas (2003). Encuesta Tolerancia y No Discriminación. Tercera Medición. Presentación digital, disponible en: www.ideas.cl El estudio se realizó en convenios con la Subsecretaría General de Gobierno, el Ministerio del Trabajo y SERNAM, e incluyó las provincias de Santiago, Iquique y Temuco.

201 Fundación Ideas. Encuesta ¿Legislar contra la discriminación? Resultados generales, marzo 2009. Disponible en: www.ideas.cl

202 Movilh (2009). La organización sustenta esta afirmación en los resultados de sondeos e investigaciones del Instituto Nacional de la Juventud, la Universidad Diego Portales, la Universidad Central y la Corporación Genera, además de los mencionados supra.

203 CIDH. Petición P-490-03, Peticionaria Vs. Chile, acuerdo de solución amistosa.

204 UDP (2009, p. 287). El Informe señala que su solicitud de reincorporación es rechazada, y que en mayo 2009 ambos presentaron demandas de nulidad de derecho público que aún se encuentran en trámite.

205 Ibídem, p. 289.

profesora de religión en razón de su orientación sexual; la afectada ha presentado su situación en 2009 ante la CIDH, la que está pendiente de admisibilidad²⁰⁶.

Otras prácticas discriminatorias hacia la población GLBTI se producen en materia de derechos civiles, y en particular respecto del cambio de nombre solicitado por personas transexuales y transgénero. Aquí son claras las situaciones donde las entidades públicas han tenido comportamientos contradictorios frente a los mismos requerimientos. La situación se rige por la Ley N° 17.344, que autoriza el cambio de nombre y/o apellido en razón de “menoscabo moral”, y por la disposición del Código Civil que indica que el nombre debe ser concordante con el sexo. Hasta agosto de 2009, el Primer Juzgado Civil de Rancagua había autorizado el cambio de nombre y sexo a tres hombres transexuales sin necesidad de intervención quirúrgica previa. En cambio, el Cuarto Juzgado Civil de Santiago ha rechazado las solicitudes, en el mismo sentido, de tres mujeres; en uno de estos casos, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia del Tribunal y autorizó el cambio de nombre de la persona, mas no el cambio de sexo²⁰⁷.

La adopción de una norma que tenga por objeto “tender a la eliminación de toda discriminación arbitraria”, como la que se plantea en el proyecto, no exige resultados consistentes con este propósito, por lo cual es posible dudar de su efectividad ante este tipo de situaciones. Esta preocupación se refuerza por los cambios introducidos en la definición de discriminación que ha producido el debate parlamentario que excluyen la acepción “y por cualquier otra condición” de sus causas, y las varias indicaciones para eliminar la orientación sexual y el género de categorías ya explicitadas. Con ello, el propósito original de garantizar la efectiva vigencia del principio de igualdad y no discriminación a las personas sexualmente diversas se diluye y, como resultado, el Estado estaría reproduciendo las condiciones de exclusión y segregación que las afectan.

Con ocasión del debate parlamentario del proyecto de ley, la Comisión de Derechos Humanos del Senado incorporó al texto la disposición legal que permite a las iglesias hacer

distinciones entre personas en el ámbito de su competencia²⁰⁸. Es necesario discutir la proyección de la no discriminación en el campo de acción reconocido a las iglesias y que va más allá de lo meramente pastoral.

La adopción de una ley en contra de la discriminación permitiría dar un paso importante hacia el cumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile. Al mismo tiempo, para que esta legislación constituya un avance, sus disposiciones deben efectivamente abordar las exclusiones y desventajas que históricamente han afectado a personas y colectivos específicos como las que produce la orientación sexual y la identidad de género.

1.2 Derogación artículo 373 del Código Penal

El Grupo de Trabajo del EPU recomendó la derogación de esta disposición en razón del uso que de ella se ha hecho para detener personas por su orientación sexual e identidad de género. El artículo sanciona con reclusión menor en su grado mínimo a medio a quienes “*de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código*”. La formulación legal ha sido objeto de observaciones además por varias entidades académicas y ONG por tratarse de un tipo penal ambiguo y discrecional, contrario a las garantías judiciales²⁰⁹, y en sus informes al EPU, las organizaciones de la sociedad civil mencionan situaciones de detención arbitraria y abusos policiales contra las personas transexuales, travestís y transgéneros al amparo de este artículo²¹⁰.

En atención a preocupaciones similares, en diciembre del año 2007 varias/os diputadas/os presentaron una moción para derogar el artículo 373 del Código Penal; el proyecto revisa el gran número de detenciones hechas a su amparo, sin denuncia previa o hechos que las justificaran: “*de acuerdo a los informes hasta ahora disponibles del Instituto Nacional*

208 La norma agregada en el debate ante la Comisión de Derechos Humanos establece lo siguiente: “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2° de la Ley N° 19.638, las distinciones que las entidades religiosas realicen de acuerdo a las actividades mencionadas en los artículos 6° y 7° de la misma ley, no se considerarán arbitrarias*”.

209 Sobre el particular consultar Dides, Márquez y Guajardo (2007) y, Corporación Humanas, Observatorio Parlamentario Informe 2009, disponible en www.humanas.cl.

210 A/HRC/WG.6/5/CHL/3, Op. Cit., párrafo 24.

206 Caso de la profesora Sandra Pavez, presentado ante la CIDH en diciembre de 2009.

207 UDP (2009, p. 296-299).

de Estadísticas (INE) y Carabineros, entre 1998 y 2004 se efectuaron 537 denuncias por ofensas al pudor, pero el número de aprehendidos es más de cinco veces mayor, llegando a las 27 mil 389 personas (...) en el 98 por ciento de las aprehensiones por ofensas al pudor, jamás hubo una denuncia, es decir, nunca hubo uno o más testigos que se sintieran violentados con un determinado hecho, por lo que al no existir escándalo o trascendencia pública, resulta claro que el artículo 373 está siendo aplicado de manera arbitraria por la fuerza policial”²¹¹.

La moción fue rechazada en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados en septiembre de 2008, y posteriormente archivada en mayo de 2010. Es esperable que en atención a la explícita recomendación del EPU, la iniciativa sea retomada por el Ejecutivo.

1.3 Modificación del artículo 365 del Código Penal

A pesar que las relaciones homosexuales entre mayores de 18 años dejaron de ser delito²¹², el artículo 365 marca una distinción en la edad de consentimiento en las relaciones sexuales ligadas a la orientación sexual. La redacción actual indica que quien “*accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”. Con ello, en la legislación queda establecido que las relaciones heterosexuales se suponen consentidas a partir de los 14 años, mientras que para las de tipo homosexual el umbral de edad es 18 años. Esta norma vulnera el principio de igualdad por el tratamiento diferenciado que hace de los actos sexuales sobre la base de los sujetos que en ellos participan. El ejercicio de la autodeterminación sexual de los y las jóvenes heterosexuales mayores de 14 años y también de las jóvenes lesbianas —el artículo se refiere a personas de sexo masculino— no tiene impedimentos en la ley; por el contrario, se sanciona la intimidad sexual entre dos hombres mayores de 14 y menores de 18 años²¹³.

Asimismo, la norma penal vulnera el derecho a la libertad personal consagrado en la Constitución. La autonomía, entendida como la libertad en el desarrollo del plan de vida, es el presupuesto de la admisibilidad de la autodeterminación sexual. La libertad, desprovista de consideraciones de moral social, solo depende de la autonomía del sujeto y de su interlocutor sexual. Sin embargo, el artículo 365, a diferencia de los otros delitos sexuales, no contempla un elemento de coacción sino que refiere simplemente a una relación sexual. La afectación en materia de libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de aquel joven entre 14 y 18 años que quiere intimar sexualmente con otra persona de su mismo sexo y rango de edad.

2. RESOLUCIONES JUDICIALES POR VULNERACIÓN DE DERECHOS A CAUSA DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

En la resolución de causas por situaciones de discriminación y vulneración de derechos humanos por orientación sexual e identidad de género no ha existido jurisprudencia uniforme. Los casos antes referidos que han afectado a funcionarios/as de las fuerzas policiales han tenido hasta ahora resoluciones desfavorables; el de tuición de un padre gay fue aceptado; y los juzgados civiles frente a solicitudes de cambio de nombre y sexo en algunas ocasiones han favorecido la petición y en otros, las han rechazado.

Lo expuesto evidencia las dificultades de acceso a la justicia que han tenido las personas por causa de su orientación sexual. Ante la desprotección de sus derechos los/as afectados han comenzado a recurrir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y el Estado de Chile enfrenta hoy un caso ante la Corte IDH. En julio de 2008, la Comisión declaró admisible la denuncia de Karen Atala, madre lesbiana a quien la Corte Suprema negó la tuición sobre sus hijas argumentando el “*deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho*”²¹⁴. La Comisión concluyó que “*el Estado de Chile*

211 Boletín legislativo N° 5565-07.

212 En julio de 1999 fue derogada de la norma penal que castigaba la sodomía consentida entre hombres adultos.

213 Actualmente, el Tribunal Constitucional se encuentra revisando la inaplicabilidad de esta norma, raíz de un requerimiento interpuesto por la Defensoría Penal Pública (Rol 1683/2010).

214 Corte Suprema, fallo emitido por la Cuarta Sala, 31 de mayo 2004.

es responsable por la discriminación contra Karen Atala en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. El caso también se relaciona con la inobservancia del interés superior de sus hijas, cuya custodia y cuidado la Comisión consideró que fueron determinados en violación de sus derechos”²¹⁵.

A continuación la Comisión recomendó al Estado reparar a Karen Atala y sus hijas por las violaciones a sus derechos, y “adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”²¹⁶. El órgano de vigilancia estableció que el Estado de Chile no ha dado cumplimiento a la recomendación de reparar a las víctimas y que las medidas para prohibir y erradicar la discriminación implementadas por el Estado “tienen carácter general y no se encuentran dirigidas a evitar la repetición de violaciones como las sucedidas en el presente caso”²¹⁷. La Comisión ha presentado el caso a la Corte IDH solicitando al órgano declare que el Estado de Chile incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la igualdad y la no discriminación, vida privada y familiar, familia y protección de las niñas, garantías judiciales y protección judicial, todas obligaciones establecidas en la Convención Americana²¹⁸.

3. MEDIDAS CONTRA LAS ACTITUDES DISCRIMINATORIAS EN LA SOCIEDAD A TRAVÉS DE INICIATIVAS DE EDUCACIÓN PÚBLICA

En el ámbito educativo, a mediados del año 2005, el Ministerio de Educación avanzó en la formulación de una nueva política de educación sexual que incluye entre uno de sus temas la orientación sexual. Como parte de los cinco desafíos prioritarios a tratar con los y las adolescentes, la política consigna: “Temas como: desarrollo psicosexual, afectividad y sexualidad, género, VIH/SIDA, abuso sexual infantil, embarazo

adolescente y orientaciones sexuales, forman parte de la propuesta en su conjunto”²¹⁹.

La Ley General de Educación (Ley N° 20.370 en vigencia desde julio de 2010), incluye una disposición a favor de la no discriminación: “Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar la probidad, el desarrollo de la educación en todos los niveles y modalidades y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; fomentar una cultura de la paz y de la no discriminación arbitraria” (artículo 5); y añade como deberes de los profesionales de la educación, “ejercer la función docente en forma idónea y responsable (...) y tener un trato respetuoso y sin discriminación arbitraria con los estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa” (artículo 10). Aun cuando la legislación no es explícita respecto de la orientación sexual y la identidad de género, otorga un rango de protección de las personas con esta condición que se vinculen —como estudiantes, padres y madres, o apoderados/as— con el sector.

El Instituto está recabando información sobre las iniciativas específicas sobre no discriminación por orientación sexual e identidad de género que implementará la autoridad educativa. La sociedad civil, por su parte, entregó al Ministro el manual “Educando en la diversidad. Orientación sexual e identidad en las aulas”, dirigido a informar y entregar orientación y estrategias académicas para abordar sin prejuicios el tema de diversidad sexual²²⁰.

La calidad de la educación y la necesidad que el espacio educativo efectivamente propenda al desarrollo integral de los/as estudiantes —en coordenadas de respeto a los derechos humanos— han sido materias presentes en el debate público y ámbitos de preocupación del Estado. Sería oportuno que en las diferentes iniciativas de ley y de política pública —entre ellas las que prevengan y sancionen el bullying— se incorporen medidas que apunten a reforzar el respeto de las diversidades y la no discriminación en la formación de niños/as y jóvenes, y en la cotidianidad de la comunidad educativa.

Adicionalmente a los aspectos aquí revisados, la sociedad civil en el EPU presentó información sobre discriminaciones

215 CIDH, comunicado de prensa 97/10, CIDH presenta demanda sobre Chile ante la Corte IDH.

216 CIDH. Demanda ante la Corte Interamericana en el caso de Karen Atala e Hijas, caso 12.502, contra el Estado de Chile. 17 de septiembre de 2010, párrafo 24.

217 *Ibidem*, párrafo 39.

218 *Ibidem*, párrafo 153.

219 Ministerio de Educación y Cultura MINEDUC (2005). Plan de Educación en Sexualidad y Afectividad. Santiago.

220 La herramienta fue producida por el Movilh, y se puede acceder a ella en: www.movilh.cl

por orientación sexual e identidad de género en los ámbitos de la salud, de la educación y en relación con el derecho a la intimidad, al matrimonio y la vida familiar bajo un esquema de igualdad²²¹. El Estado está llamado a erradicar de la legislación, la práctica judicial y la política pública todo aquello que vulnere el principio de igualdad y no discriminación para las personas GLBTTL, y dar señales a la sociedad que promuevan relaciones respetuosas de sus derechos, derriben prejuicios y eliminen prácticas de violencia con esta población.

221 *Ibidem*, párrafo 45.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Los derechos de niños, niñas y adolescentes están consignados en la Convención de los Derechos del Niño, vigente en el país desde 1990. A lo largo de estas décadas, el Estado ha adoptado legislación e implementado políticas públicas que transformen su condición de objetos de derecho a sujetos progresivos de derecho. A pesar de estos esfuerzos, se observan insuficiencias en el cumplimiento de las obligaciones del Estado hacia esta población. Preocupa la deserción del sistema educativo de niños, niñas y adolescentes, particularmente en razón de situaciones de pobreza y, en el caso de las jóvenes, como consecuencia de maternidades tempranas. Vinculado a lo anterior, es motivo de preocupación la persistencia del trabajo infantil, especialmente en sus peores formas. Esta situación exige del Estado esfuerzos sostenidos y asignación de recursos suficientes que garanticen a niños, niñas y adolescentes acceder a educación

de calidad y permanencia en el sistema educativo de manera que sus posibilidades y oportunidades de desarrollo no sean conculcadas.

En materia de responsabilidad penal adolescente, preocupa la opción preferente por privar de libertad a los/as infractores, sin esfuerzos consistentes por buscar otras alternativas cuyo énfasis se centre en la rehabilitación y reinserción en la sociedad.

Finalmente, se requiere adoptar una legislación que tipifique el delito de trata en el país de acuerdo con los estándares internacionales, es decir, que castigue tanto la internacional como la interna, y que incluya entre sus fines no sólo la explotación sexual, sino también aquella que se produce con fines laborales, entre otros. Aun cuando este delito afecta a mujeres y hombres de todas las edades, es particularmente lesivo cuando sus víctimas son niñas, niños y adolescentes.

123

I. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y NO DISCRIMINACIÓN

1. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y DERECHOS HUMANOS

Uno de los grupos en situación de vulnerabilidad permanente son los niños, niñas y adolescentes; esta realidad responde, en parte, a que son padres, madres y el Estado quienes toman decisiones por ellos y ellas en razón de su falta de autonomía o de discernimiento por razones de edad. Esto a pesar que el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño señala, para todo/a infante o adolescente, el goce de derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

A esta condición de objetos de derecho —más que sujetos progresivos de derechos— cabe agregar que además los niños, niñas y adolescentes están expuestos a situaciones de

discriminación por pertenecer a otros grupos o colectivos socialmente desaventajados. Así entonces, el respeto por los derechos de los niños, niñas y adolescentes pasa por reconocimiento de su condición de sujetos de derecho, a lo que se agrega la tarea de superar la vulnerabilidad de su ambiente social y familiar cercano.

El derecho internacional de los derechos humanos ha mostrado especial preocupación por la situación de los niños, niñas y adolescentes, dando lugar a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su formulación implicó un “proceso de generalización de los derechos humanos, incorporando a los niños y adolescentes al goce de la calidad de sujetos de derecho. En ella se establece para el Estado, las familias y la comunidad en general, una serie de obligaciones cuyo cumplimiento es necesario para que se hagan realidad

los principios y derechos que se reconocen a todos los niños, niñas y adolescentes"²²². El Estado chileno ratificó el tratado durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin.

La Convención establece obligaciones para los Estados que permiten a los niños y las niñas desarrollarse en un entorno de cuidado y cariño, y les otorga herramientas necesarias para enfrentar la vida adulta de manera autónoma e independiente. Los niños, niñas y adolescentes, por más jóvenes que sean, son titulares de derechos y no plantearlo así constituye una discriminación arbitraria en razón de la edad de la persona.

La aprobación de la Convención y de sus dos Protocolos Facultativos ha significado avanzar en la protección de los derechos de esta población. Los Protocolos atañen a la participación de niños en conflictos armados, el primero, y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el segundo. Chile ha ratificado todos estos instrumentos.

El sistema interamericano también ha propiciado la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 19 que *"todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"*. Debido a lo genérico de esta referencia, constantemente tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han hecho referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que *"tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana"*²²³.

Junto a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, facultada para prestar asesoría en peticiones que conozca la CIDH, proponer medidas cautelares y provisio-

nales, desarrollar estudios especiales, realizar visitas a países y en general, llevar a cabo toda actividad de promoción sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, la protección de los derechos de esta población requiere proteger a sus familias, sea cual sea su composición, con el objeto de mejorar el entorno de desarrollo en un ambiente de cariño y respeto.

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

En el caso de Chile, el sistema de protección internacional y regional de los derechos de niños y niñas ha constituido un soporte fundamental para el fortalecimiento de instituciones y legislación en la materia, como es el caso de la eliminación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, el establecimiento de una responsabilidad penal especial para adolescentes, y el establecimiento de la figura del curador ad-litem para que defienda los intereses de los niños, niñas y adolescentes en juicios de familia. Con todo, aún subsisten aspectos críticos en torno a los cuales el Estado tiene el deber de adoptar las medidas correspondientes.

El Comité de Derechos del Niño realizó, con ocasión de la presentación del informe de cumplimiento por parte del Estado de Chile, una serie de recomendaciones especialmente en materia de protección judicial a los/as menores de edad, difusión y protección de derechos, políticas públicas desde el interés superior del niño y protección de su integridad física y psíquica, entre otras recomendaciones²²⁴.

Uno de los problemas centrales verificados por el Comité fue que *"la legislación y la política actuales no tengan en cuenta el principio de interés superior del niño. Toma nota además de que la actitud paternalista frente a los niños afecta a su capacidad de ejercer los derechos"*²²⁵. Esta garantía –de velar por su interés superior– se ha transformado en ocasiones en un argumento para prescindir de la opinión de los niños, niñas y adolescentes.

Parte de esta garantía implica reconocer al niño, niña o adolescente como sujeto de derechos y, por tanto, capaz de expresar su opinión tanto dentro de la familia, como

²²² www.unicef.cl

²²³ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párrafo 37; y Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194.

²²⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Finales: Chile. CRC/C/CHL/CO/3, del 23 de abril de 2007.

²²⁵ Ibídem, párrafo 32.

también ante autoridades administrativas o judiciales, en especial para que ésta sea considerada en las decisiones que se adopten.

Del mismo modo, el Comité de Derechos del Niño señaló que *“aunque celebra las iniciativas del Estado Parte de combatir la explotación económica con el apoyo técnico del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT/IPEC), el Comité expresa su preocupación por el gran número de niños que son víctimas de explotación económica, y en particular su alarma ante el gran número de niños que están expuestos a trabajos peligrosos o degradantes”*. Por lo mismo recomendó al Estado *“que prosiga y redoble los esfuerzos, en particular previendo las asignaciones presupuestarias necesarias, para prevenir y combatir la explotación económica de los niños mediante la ejecución efectiva del Plan de Acción Nacional, en colaboración con la OIT/IPEC y el UNICEF”*²²⁶.

El Convenio 182 de la OIT señala respecto al trabajo infantil que el Estado *“deberá adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”*²²⁷.

Por su parte, el Grupo de Trabajo del EPU hizo al Estado recomendaciones de adoptar medidas para que las personas entre 14 y 18 años de edad sean juzgadas por un régimen especial de responsabilidad penal; la lucha contra las peores formas de trabajo infantil y la garantía a todos los niños, niñas y adolescentes en el acceso a la educación. Otros asuntos abordados fueron la lucha contra la trata de seres humanos —que afecta de manera particular a niños, niñas y adolescentes— y la necesidad de garantizar la tramitación expedita de inscripción e identidad de los niños/as refugiados. Finalmente, un último punto sobre el cual el Estado chileno se pronunció no obstante que no había sido objeto de comentario por parte del EPU, fue la violencia infantil, en especial, la eliminación del castigo corporal²²⁸.

226 CRC/C/CHL/CO/3, Op. Cit., párrafos 65 y 66.

227 Convenio 182 OIT referente a las peores formas de trabajo infantil, artículo 1. El Convenio señala que estas son: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

228 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, CHILE. A/HRC/12/10, del 4 de junio de 2009, párrafo 96, N^{os} 28, 68 y 84, respectivamente.



II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

1. ACCESO A LA EDUCACIÓN

Uno de los aspectos principales de preocupación para el EPU fue el acceso a la educación por parte de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Por lo mismo, el Estado chileno se comprometió a *“seguir garantizando a todos los niños –especialmente los de las comunidades indígenas, los niños refugiados y los niños de familias de zonas rurales o bajo el umbral de pobreza– un acceso efectivo a la educación, y adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que los excluyen del sistema educativo”*²²⁹.

En primer lugar, cabe señalar como un avance sustantivo la reforma a la Constitución Política que establece la obligatoriedad de la educación media de forma gratuita *“destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad”* (inciso 5 del artículo 19 N° 10). Ello consolida la posición de Chile como uno de los países dentro de la región con la menor tasa de deserción y uno de los con mayor accesibilidad a la educación.

No obstante lo anterior, el desafío está en eliminar los obstáculos que impiden que niños, niñas y adolescentes continúen con sus estudios. El acceso a la educación implica no solamente el ingreso a establecimientos educacionales, sino además establecer todas las medidas pertinentes para que factores como la pobreza o el embarazo adolescente no sean motivos de deserción escolar.

Las cifras que entrega la última encuesta Casen señalan que de la población entre 6 y 13 años, un 0.9% no asiste a un establecimiento educacional, cifra que aumenta a cerca del 7% en el tramo 14 y 17 años²³⁰. Las cifras muestran que en la educación media es donde la deserción aumenta. La desagregación de los datos visibiliza que el problema se presenta sobre todo en la educación municipal –1.8% en la básica y 6.7%, en la media– lo que contrasta con la educación particular pagada donde la deserción en ningún caso sobrepasa el 1%²³¹.

El trabajo infantil tiene directa relación con la deserción escolar en la medida que *“una actividad que demande más de media jornada o incluso más de la jornada completa establecida por ley (48 horas semanales) puede constituirse como razón de abandono de estudios o dejarlos con escaso tiempo para recreación y descanso, lo que les impide desarrollar plenamente sus potencialidades intelectuales y humanas”*²³². En el caso de las adolescentes embarazadas, la situación es similar ya que *“desde la perspectiva sociocultural, la adolescente embarazada limita sus oportunidades de estudio y trabajo, puesto que la mayoría de ellas se ve obligada a desertar del sistema escolar, quedando la adolescente con un nivel de escolaridad muy bajo que no le permite acceder a un trabajo digno que le permita satisfacer, al menos, sus necesidades básicas”*²³³.

La recomendación aceptada por el Estado chileno fue mucho más específica; no solo establecía garantizar el acceso a la educación, sino también *“adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que los excluyen del sistema educativo”*²³⁴, por lo que se requiere que el Estado establezca garantías para que el trabajo infantil o el embarazo adolescente no constituyan obstáculos para la permanencia en los establecimientos educacionales.

2. RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

En la presentación ante el EPU, el Estado chileno aceptó *“adoptar todas las medidas necesarias para que las personas de entre 14 y 18 años de edad sean en toda circunstancia juzgadas por un sistema de justicia de menores especializado, que prevalezca el interés superior de los delincuentes juveniles con miras a su satisfactoria reintegración en la sociedad y que la privación de libertad sólo se emplee como último recurso en el caso de los niños”*²³⁵.

229 Ibídem, párrafo 96, N° 56.

230 Para más información ver <http://www.mideplan.cl/casen/Estadisticas/educacion.html>

231 Para más información ver <http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Educacion>

232 OIT, MINTRAB e INE (2003). Encuesta Nacional de Trabajo Infantil 2003. Disponible en www.trabajoinfantil.cl

233 Molina et al. (2004, p. 66).

234 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, N° 56.

235 Ibídem, párrafo 96, N° 50.

El año 2007 entró en vigencia la Ley N° 20.084 que establece un sistema de régimen de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (LRPA), dando con ello cumplimiento a las obligaciones internacionales en el sentido de aplicar una legislación diferenciada entre adultos y adolescentes, cuyo pilar fuera la resocialización y evitar que el/la adolescente entrara de manera continua en acciones delictivas. De hecho, su artículo 20 establece como finalidad de la sanción *"hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social"*.

Lo anterior en concordancia con el artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño que establece que *"los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"*.

No obstante, la ley ha sido objeto de debate en su aplicación. En efecto, las normas e instituciones que consagra dependen de la orientación que las autoridades quieran darle pudiendo incluso reforzarse la orientación punitiva por sobre la de resocialización. En la práctica no es la ley la que establece los límites en la aplicación de la LRPA, sino que la autoridad competente, lo que puede llevar al uso inmediato de la privación de la libertad contrario a los estándares existentes en la materia.

Como consecuencia de lo anterior, se observa un aumento de adolescentes sancionados en centros del SENAME. En una evaluación realizada por la institución se indica que entre marzo de 2008 y marzo de 2010, la población adolescente en sus centros a consecuencia de la aplicación de la Ley N° 20.084 ha aumentado en 92.9%²³⁶. A octubre de 2010, SENAME informó al INDH que la cifra alcanza a 12.923 jó-

venes²³⁷. Una de las conclusiones sobre el uso de esta ley en su primer año de vigencia por parte del Ministerio de Justicia fue que *"una alta utilización de la medida cautelar privativa de libertad (internación provisoria), que comprime el uso de plazas destinadas para sanciones en sistema cerrado y dificulta trabajo de reinserción por transitoriedad de la misma medida (79 días promedio)"*²³⁸. Esta situación evidencia el uso inmediato de la privación de libertad, lo que no está acorde con el estándar de uso restringido señalado por la comunidad internacional. Específicamente, la Asamblea General de la ONU ha señalado que *"La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo"*²³⁹.

Del mismo modo, las condiciones en que se encuentran los/as adolescentes privados/as de libertad son precarias. Varios problemas han sido detectados por parte del Comité Interinstitucional de Supervisión (CISC)²⁴⁰. Para el Ministerio de Justicia, el resultado de las observaciones realizadas por este Comité no es bueno: *"De los informes es posible concluir que existen insuficiencias en la infraestructura y seguridad de los centros; los funcionarios que trabajan al interior de los mismos no cuentan con la adecuada y suficiente capacitación; las políticas de segregación y salud se deben mejorar sustancialmente y especialmente la oferta programática relativa a escolarización, resocialización y rehabilitación requiere de importantes modificaciones"*²⁴¹.

Finalmente, cabe agregar que para introducir profundos cambios en la institucionalidad gubernamental existente en la materia, se requiere de una asignación de fondos adecuada por parte del Estado para el logro de las metas, con capacidad para cubrir todas las necesidades que surjan en el proceso de implementación.

237 Oficio N° 3459 del 30 de noviembre 2010.

238 Balance del Primer año de funcionamiento de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en www.justiciapenaladolescente.blogspot.com, publicado con fecha 4 de junio de 2008.

239 Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113 de fecha 14 de diciembre de 1990, par. 2.

240 Este Comité y sus funciones están regulados por el reglamento de la Ley N° 20.084, artículo 90 y ss.

241 Ministerio de Justicia (2010). Comisiones Interinstitucionales de Supervisión de los Centros Privativos de Libertad de Adolescentes, p.2. Disponible en: www.minjusticia.cl

236 SENAME (2010), Informe de Diagnóstico de la Implementación de la Ley 20.084, junio 2007- marzo 2010, p. 33. Disponible en www.sename.cl

3. TRABAJO INFANTIL

Una de las recomendaciones aceptadas por el Estado chileno ante el EPU fue *“luchar debidamente contra las peores formas de trabajo infantil y erradicarlas y seguir enfrentando el problema de los niños de la calle y el trabajo infantil”*²⁴². Según el estudio realizado por la OIT, el Ministerio del Trabajo y el Instituto Nacional de Estadísticas, el año 2003, *“en el país existen 196.104 niños y adolescentes (entre 5 y 17 años) ocupados, independiente de su inserción escolar. De éstos, 93 mil tienen entre 5 y 14 años y 102 mil entre 15 y 17 años”*. De este total, 107.676 niños(as) y adolescentes realizan trabajos inaceptables, lo cual corresponde a un 3% de la población nacional entre 5 y 17 años. Un 7,1% corresponde a hombres, mientras que un 3,7% a mujeres. Asimismo, las tres áreas en que se concentra el trabajo de niños, niñas y adolescentes son: comercio, agricultura y, en servicios personales, comunales y sociales. Lamentablemente esta es la única encuesta nacional al respecto, por lo que es necesario nuevos estudios que aporten datos recientes para saber qué tan diferente es la realidad siete años después.

En cuanto a las horas de trabajo, el mismo estudio revela que *“más de la mitad de los niños menores de 15 años trabaja menos de 14 horas a la semana, lo que permitiría evaluar la situación como de menor gravedad. Especialmente si se trata de algunas horas de apoyo a los padres, principalmente, para los niños entre 12 y 14 años. Persiste de todas formas, un 28,2% de los niños que trabaja más de media jornada, e incluso algunos que laboran 49 horas y más, a la semana, lo que es absolutamente incompatible con la vida que le corresponde a un niño entre 5 y 14 años”*²⁴³.

Para las familias de menores recursos, el trabajo infantil es un recurso ante la pobreza: *“los ingresos que provienen del trabajo de los niños se consideran cruciales para su supervivencia o para la de la familia”*²⁴⁴. Más aún, el trabajo infantil se incrementa agudamente cuando a la precariedad económica se suman situaciones de emergencia o desastres naturales

que impactan particularmente en las condiciones de vida de los más pobres.

4. TRATA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El Estado de Chile ante el EPU aceptó *“adoptar nuevas medidas para luchar contra la trata de seres humanos, como la promulgación de legislación específica y la realización de un estudio exhaustivo de las causas y la amplitud de la trata de personas, que contemple los países de origen, tránsito y destino”*²⁴⁵. Si bien la recomendación no hace una alusión específica a niños, niñas y adolescentes, la realidad muestra que este grupo junto a las mujeres son los que son objeto especialmente de trata. Según la Oficina en Chile de la Organización Internacional para las Migraciones *“la Trata de Personas es una realidad en Chile, como lo comprobó el último informe (2007) del Departamento de Estado Norteamericano, que define al país como de origen, tránsito y destino de trata de personas, especialmente mujeres, niños, niñas y adolescentes para explotación sexual”*²⁴⁶.

Un estudio de la ONG Raíces patrocinada por la OIM sobre explotación sexual de niños, niñas y menores en la I, V y Región Metropolitana, identificó *“52 casos de niños/as víctimas de trata; en el 74% de ellos se consigna trata interna no contemplada en la actual legislación”*²⁴⁷.

Así, el aspecto más urgente respecto a la trata de niños, niñas y adolescentes es la promulgación de una legislación específica que sancione como delito la trata, que abarque los distintos espacios donde esta se produzca. En Chile, la legislación al respecto es escasa toda vez que el Código Penal sanciona aquel o aquella que *“promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero”* (artículo 367 bis). Esta normativa no se adecua a los estándares internacionales, puesto que *“no sanciona la trata interna, es decir, deja impunes a aquellos que trasladan personas dentro del territorio nacional con el objetivo de ex-*

242 A/HRC/12/10, párrafo 96, N° 53.

243 OIT, MINTRAB e INE, Op. Cit.

244 Servicio Nacional de Menores (2004). Estudio sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes en peores formas de trabajo infantil: una aproximación cualitativa. Santiago, p. 14.

245 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafo 96, N° 36.

246 Organización Internacional para las Migraciones, Los desafíos de las Migraciones en Chile 2008, p. 13. Para más información ver www.oimchile.cl

247 Raíces (2010). Trata de Personas. Avances y desafíos en la realidad chilena. En: www.ongraices.org

plotarlas (cualquiera sea el tipo de explotación); y además no prevé otros tipos de explotación que no sea la sexual como lo establece el Protocolo: explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos"²⁴⁸.

La reforma a esta norma debería adoptar el estándar del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), que define la trata de personas como la *"captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación"*²⁴⁹. En esta definición el delito no es distinto si se produce en o fuera del país, y establece como objeto de la trata la explotación, cualquiera sea la forma en que esta se dé, lo que otorga un ámbito mayor de protección.

130

El proyecto de ley, en debate en el Congreso desde enero de 2005, define este delito incurriendo parcialmente en los mismos errores antes comentados. En efecto, define la trata de personas como *"las personas que de manera individual o asociativamente se dediquen a la captación, transporte, traslado, acogida, o recepción de personas, con fines de explotación sexual, ya sea recurriendo o a la amenaza o al ejercicio del secuestro, fuerza, engaño o coacción de la víctima"*²⁵⁰. Si bien no hace distinción entre trata interna o externa, relaciona la trata de personas con la idea de explotación sexual, siendo que el estándar internacional hace referencia de manera genérica a la idea de explotación, con lo cual incluye aquella con fines laborales, además de otras. En la región se conoce que la trata con fines de explotación laboral afecta particularmente a los niños y a los hombres adultos²⁵¹.

Las pocas investigaciones que existen en el país dan cuenta de la existencia del problema en Chile; los organismos es-

tatales —entre estos la Policía de Investigaciones—, ONG y la ciudadanía a través de los medios de comunicación han conocido casos de trata interna e internacional, con fines de explotación sexual y de explotación laboral, que ha afectado a niñas, niños, mujeres y hombres, nacionales y extranjeros/as. Junto con la promulgación de una legislación que aborde el problema en su complejidad y magnitud, es necesario contar con recursos judiciales que protejan a las víctimas, políticas públicas que atiendan sus necesidades, y estrategias para sensibilizar a la sociedad respecto del problema.

248 OIM (2008, p. 14).

249 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), artículo 3a.

250 Boleín N° 3778-18 que tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, artículo 2.

251 OIM (2008). Trata de Personas en Chile. En: www.oimchile.cl

POBLACIÓN CARCELARIA

El sistema penitenciario y la situación de las cárceles, en particular, están en crisis desde hace años. Desde los distintos poderes del Estado ha existido preocupación, y los órganos de los tratados así como la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado al Estado la necesidad de medidas eficaces para mejorar las condiciones de las personas privadas de libertad.

El hacinamiento y las inhumanas condiciones en que viven las personas privadas de libertad, la insuficiencia de recursos para la rehabilitación y la reinserción laboral, y la aplicación de regímenes de castigo contrarios a los estándares internacionales que protegen a esta población, son ejemplos de las principales vulneraciones de derechos de las que son objeto.

La decisión de construir nuevos establecimientos carcelarios y mejorar las condiciones de los y las reclusos/as en las existentes es muestra de la decisión de abordar el problema. Sin embargo, esto no agota la crisis. La política criminal carcelaria, consecuencia de una lógica penal persecutoria que castiga preferentemente los ilícitos con privación de libertad, está a la base del pro-

blema. Chile es el segundo país de la región con más población carcelaria, después de Estados Unidos.

El Consejo de Reforma Penitenciaria, recientemente creado, plantea en su informe la necesidad de adoptar medidas basadas en una política carcelaria moderna, acorde con los estándares internacionales, con énfasis en la rehabilitación y reinserción de la persona privada de libertad. Tal política debería tener en cuenta las necesidades particulares que tienen reclusos y reclusas, en razón de sus condiciones de género. A ello es importante agregar la necesidad que Gendarmería se convierta en una institución con personal capacitado y dotado de insumos suficientes de manera que su acción sea respetuosa de los derechos de las personas privadas de libertad.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos tendrá entre sus prioridades observar si las medidas hoy diseñadas para mejorar las condiciones carcelarias y garantizar a las personas bajo este régimen sus derechos son efectivas. Al mismo tiempo, se requiere revisar la actual política de seguridad ciudadana, de manera de promover la adopción de mecanismos distintos al encierro en la perspectiva de la rehabilitación y reinserción social y económica de las personas privadas de libertad.

131

I. PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y DERECHOS HUMANOS

1. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Las personas privadas de libertad se encuentran en una relación de dependencia, subordinación y custodia respecto del Estado. Esta situación, sin embargo, no les priva de su condición de personas ni de todos aquellos derechos que no pueden ser afectados por las decisiones condenatorias o cautelares de los tribunales de justicia.

Su condición de encierro y de aislamiento de la sociedad las hace susceptibles de ser víctimas de abusos y de negligencias, ya sea de parte de otras/otros internas/os, o de funcionarios/as estatales. Esta situación ha motivado la permanente preocupación de la comunidad internacional por

las condiciones de cumplimiento de la pena y la prevención y sanción de posibles situaciones de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos²⁵², los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos²⁵³ y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a

²⁵² 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.

²⁵³ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.



cualquier forma de detención o prisión²⁵⁴, son algunos de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas en los que se establecen derechos y garantías que resultan aplicables a las personas que se encuentran privadas de libertad.

En el Sistema Interamericano de derechos humanos, además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se cuenta con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas²⁵⁵. Este último instrumento se refiere al trato humano que deben recibir las personas privadas de libertad, e indica que *"será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (...) se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona"* (Principio I).

Las personas que se encuentran privadas de libertad son iguales ante la ley *"y tendrá(n) derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia (...) a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquellos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad"* (Principio II).

La Constitución de la República garantiza a las personas privadas la igualdad ante la ley, el acceso a la justicia y el derecho a la integridad física y síquica. Por supuesto, quienes se encuentran privados de libertad tienen derechos que guardan relación con la situación de reclusión en la que se encuentran, como el derecho a recibir visitas y al desenclaustramiento. Sin embargo, el sistema reglamentario que regula la

condición del/la penado/a se regula por un simple decreto reglamentario.

2. OBSERVACIONES AL ESTADO DE CHILE

Los Estados integrantes del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal sugirieron a Chile continuar con la reforma y renovación de su sistema penitenciario para mejorar la situación de las personas privadas de libertad; impulsar más políticas *"de prevención, lucha y eliminación de la tortura, entre otras cosas mediante la adopción de una mejor definición de tortura conforme al artículo 1 de la Convención contra la Tortura"*; *"Investigar a fondo los presuntos casos de tortura, malos tratos y uso excesivo de la fuerza por parte de la policía y las fuerzas de seguridad y llevar a los responsables ante la justicia"*; y; *"seguir impartiendo educación y capacitación específica y práctica en materia de derechos humanos a todos los funcionarios penitenciarios, carabineros, la policía de investigaciones y gendarmería, exigirles plena responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos que puedan cometer y garantizar a las víctimas el acceso a recursos efectivos"*²⁵⁶.

El Comité Contra la Tortura, por su parte, señaló durante el año 2009 que si bien tomaba nota de los esfuerzos realizados por el Estado para mejorar las condiciones carcelarias, *"le preocupan las informaciones recibidas sobre la persistencia de deficiencias en los centros penitenciarios, particularmente en lo relativo a las condiciones materiales, el hacinamiento y los abusos y sanciones injustificadas en la aplicación del régimen disciplinario"*²⁵⁷. Recomendó al Estado:

- Adoptar medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales de los centros penitenciarios, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad.

254 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

255 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26) Washington D.C., 13 de marzo de 2008.

256 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. 12º período de sesiones, Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, párrafo 96, N°s 35 y 44, respectivamente.

257 Comité Contra la Tortura, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura, Chile. 42º período de sesiones. Ginebra, 27 de abril a 15 de mayo de 2009, CAT/C/CHL/CO/5, 14 de mayo de 2009, párrafo 21.

- Establecer un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura.
- Establecer medidas de seguridad acordes con el respeto a la dignidad de las personas privadas de libertad, de manera que se eliminen las celdas de aislamiento.

El Estado ha recibido observaciones en sentido similar del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos del Niño²⁵⁸, así como de la Relatoría sobre los Derechos de

las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (agosto 2008).

El comité Contra la Tortura destacó como aspectos positivos la vigencia a partir del 11 de enero de 2009 del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; el compromiso del Estado de Chile de tipificar en un nuevo Código Penal el delito de tortura y la existencia de un área especializada en el Servicio Médico Legal “dentro de su programa de Derechos Humanos, destinado a la aplicación del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul)”²⁵⁹.

258 CCPR/C/CHL/CO/, párrafo 16; y, CRC/C/CHL/CO/3, párrafo 38.

259 CAT/C/CHL/CO/5, Op. Cit., párrafo 8.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

En Chile, 55.722 personas se encuentran internadas en recintos carcelarios bajo sistema cerrado²⁶⁰, en los cuales *“existen condiciones de hacinamiento agravadas por el deterioro de algunos edificios que sirven como centros de reclusión, lo que en ciertas circunstancias constituye una amenaza para la seguridad tanto de los internos como del personal penitenciario”*²⁶¹.

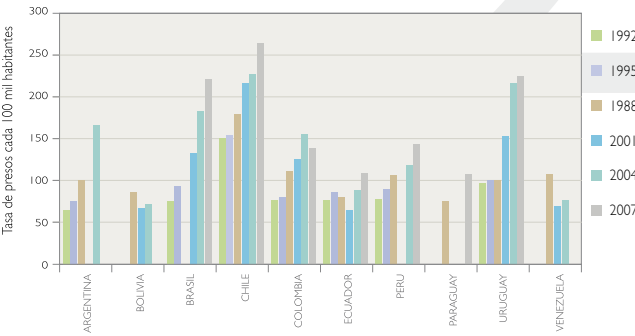
EVOLUCIÓN DE LA TASA DE AUMENTO DE LA POBLACIÓN PENAL ATENDIDA POR GENDARMERÍA DE CHILE (SISTEMA ABIERTO Y CERRADO)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
POBLACIÓN PENAL PROMEDIO	64.252	72.316	88.001	97.854	105.924	108.061
TASA DE AUMENTO (%)	-	12,55%	21,69%	11,20%	8,25%	2,02%

Nota: 2010, corresponde al promedio enero-septiembre.
Fuentes: Compendio Estadístico años 2005 al 2009, y estadística general penitenciaria mensual 2010.
Gendarmería de Chile²⁶².

Si se compara la tasa de población penal de Chile con la del resto de América Latina, puede observarse lo siguiente²⁶³:

SUDAMÉRICA TASAS DE POBLACIÓN PENAL POR CADA 100 MIL HABITANTES



Según el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, *“la capacidad del sistema penitenciario es de 31.576 personas, lo que arroja un 55% de sobrepoblación: más de 17.000 personas fuera de la capacidad real. Según Gendarmería de Chile, más de veintitrés centros (de un total de 101) albergan el doble de internos de lo que deberían, e incluso hay recintos donde la sobrepoblación alcanzaría casi el 400%”*²⁶⁴. Asimismo, Gendarmería constata que la sobrepoblación de personas en el sistema cerrado de cárceles es de 21.686²⁶⁵.

260 Oficio No. 2081/2010 del 19 de noviembre de 2010 de Gendarmería de Chile en respuesta a la solicitud de información presentada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.
261 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Informe nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) anexo a la resolución 5/1 del consejo de derechos humanos. Chile. Quinto período de sesiones. Ginebra, 4 a 15 de mayo de 2009, A/HRC/WG.6/5/CHL/1 16 de febrero de 2009, párrafo 46.
262 Oficio No. 2081/2010 de Gendarmería de Chile, Op. Cit.

263 Dammert y Zúñiga (2008, p. 65).
264 UDP (2009, p. 88).
265 Oficio No. 2081/2010 de Gendarmería de Chile, Op. Cit.

A lo largo del país, la situación de sobrepoblación es la siguiente:

INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR EL DEPARTAMENTO DE INFRAESTRUCTURA AL 30.09.2010.

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CP ARICA	2.250	1.100	105	Mantenimiento Planta Tratamiento CP de Arica Cierro perimetral estanque impulsión CP Arica	Ampliación CP de Arica Ampliación CPF Arica
1	ARICA Y PARINACOTA	2.250	1.100	105		
1	CCP IQUIQUE	446	529	-16		Ampliación CCP Iquique
1	CDP POZO ALMONTE	342	111	208		
1	EP ALTO HOSPICIO	1.920	1.679	14		
3	TARAPACÁ	2.708	2.319	17		
1	CDP TOCOPILLA	327	215	52		
1	CDP CALAMA	610	290	110		Construcción CP Calama
1	CDP TALTAL	81	61	33		
1	CCP ANTOFAGASTA	1.285	664	94		Construcción EP Antofagasta
1	CPF ANTOFAGASTA	134	124	8		
5	ANTOFAGASTA	2.437	1.354	80		
1	CCP CHAÑARAL	219	121	81		
1	CCP COPIAPÓ	856	252	240	Acceso, circulación y registro visitas CCP Copiapó Reparación medidas seguridad perimetral CCP Copiapó	Construcción CP Copiapó
1	CDP VALLENAR	222	151	47		
3	ATACAMA	1.297	524	148		
1	CDP OVALLE	285	208	37		
1	CDP COMBARBALÁ	14	18	-22		
1	CDP ILLAPEL	153	140	9		
1	EP LA SERENA	1.796	1.656	8		
4	COQUIMBO	2.248	2.022	11		
1	CDP PETORCA	57	52	10		
1	CDP LA LIGUA	146	58	152		
1	CCP SAN FELIPE	367	238	54		Construcción CP V Región interior
1	CCP LOS ANDES	370	278	33		
1	CDP QUILLOTA	645	378	71		Ampliación de Capacidad CDP Quillota
1	CDP LIMACHE	367	122	201		
1	CP VALPARAÍSO	3.425	1.202	185	Mantenimiento Serv. Básicos CP Valparaíso III Etapa UPFT CP Valparaíso	
1	CDP CASABLANCA	109	81	35		

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CCP SAN ANTONIO	457	327	40	Obra recuperación CCP San Antonio	
9	VALPARAÍSO	5.943	2.736	117		Granja Educación y Trabajo Isla de Pascua
1	CDP PEUMO	307	105	192		
1	CCP RENGÓ	220	192	15	Obras de reconstrucción CCP Rengo Obras de habilitación CCP Rengo	Ampliación CCP Rengo
1	CCP SANTA CRUZ	315	200	58		
1	EP RANCAGUA	2.150	1.835	17		
4	O'HIGGINS	2.992	2.332	28		
1	CCP CURICÓ	782	302	159		
1	CDP CUREPTO	7	0	(Nota 6)	Obras de habilitación CDP Curepto	
1	CCP MOLINA	0	0	(Nota 6)	Obras de habilitación CCP Molina	
1	CDP CONSTITUCIÓN	27	20	35	Obras de habilitación CDP Constitución	
1	CCP SAN JAVIER	18	28	-36	Obras de habilitación CCP San Javier	
1	CCP LINARES	392	223	76		
1	CCP CAUQUENES	363	336	8	Obras de habilitación CCP Cauquenes	Ampliación CCP Cauquenes
1	CCP PARRAL	17	18	-6		Reposición CCP Parral
1	CCP TALCA	890	298	199	Obras de reconstrucción CCP Talca I (Muro poniente) Obras de reconstrucción CCP Talca II (sismo 27 feb.) Obras de habilitación CCP Talca (OO.CC. Pabellón B)	
1	CDP CHANCO	63	58	9		
1	CPF TALCA	103	44	134	Reparación Planta Tratamiento CPF Talca Reparación Sección Juvenil CPF Talca	
11	MAULE	2.662	1.327	101		
1	CDP QUIRIHUE	65	98	-34		
1	CDP SAN CARLOS	197	96	105		
1	CCP CHILLÁN	79	99	-20	Obras de reconstrucción CCP Chillán Obras de habilitación CCP Chillán	Reposición CCP Chillán Construcción CP VIII Región interior
1	CCP BULNES	194	106	83		
1	CP CONCEPCIÓN	2.850	784	264	Obras de habilitación CCP Concepción (OO.CC. y elect.) Obras de reconstrucción CCP Concepción I (Cocina) Obras de reconstrucción CCP Concepción II (Módulos) Obras de reconstrucción CCP Concepción III (A. Tec.)	Reposición CCP El Manzano
1	CCP CORONEL	220	160	38		Reposición CCP Coronel

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CDP YUMBEL	167	118	42		
1	CDP YUNGAY	106	76	39	Obras de habilitación CDP Yungay	
1	CDP ARAUCO	74	121	-39		
1	CDP LOS ÁNGELES	95	80	19	Obras de habilitación CDP Los Ángeles	Ampliación Capacidad CDP Los Ángeles
1	CDP LEBU	163	119	37		
1	CDP MULCHÉN	171	103	66		Reposición CCP Mulchén
1	CPF CHILLÁN	73	0	(Nota 6)		
13	BÍO BÍO	4.454	1.960	127		
1	CDP ANGOL	527	149	254	Obras de habilitación CDP Angol	
1	CCP VICTORIA	182	202	-10		
1	CDP TRAIGUÉN	167	114	46		
1	CDP CURACAUTÍN	60	80	-25	Obras de habilitación CDP Curacautín Mejoramiento Sist. Eléct. CDP Curacautín	
1	CCP LAUTARO	141	124	14		
1	CCP NUEVA IMPERIAL	290	166	75		
1	CCP TEMUCO	883	590	50		Construcción CP Temuco
1	CDP PITRUFQUÉN	183	120	53		
1	CDP VILLARRICA	379	182	108		
1	CPF TEMUCO	53	44	20		
10	LA ARAUCANÍA	2.865	1.771	62		
1	CCP RÍO BUENO	89	92	-3		
1	EP VALDIVIA	1.190	1.248	-5		
2	LOS RÍOS	1.279	1.340	-5		
1	CCP OSORNO	610	456	34		
1	CDP ANCUD	106	68	56		
1	CDP CASTRO	165	102	62		
1	EP PUERTO MONTT	1.260	1.245	1	Limpieza sist. alcantarillado CCP Puerto Montt	
4	LOS LAGOS	2.141	1.871	14		
1	CDP PUERTO AYSÉN	80	133	-40		Ampliación CDP Puerto Aysén
1	CCP COYHAIQUE	106	106	0		
1	CDP COCHRANE	18	25	-28		
1	CDP CHILE CHICO	30	30	0		
4	AYSEN	234	294	-20		
1	CDP PUERTO NATALES	51	65	-22		
1	CP PUNTA ARENAS	321	320	0		
1	CDP PORVENIR	21	35	-40		
3	MAGALLANES	393	420	-6		
1	COLINA I	2.010	1.990	1	Obras de habilitación CCP Colina 1	Ampliación Colina 1
1	CCP TALAGANTE	650	286	127		
1	CCP BUIN	0	0	(Nota 6)	Obras de habilitación CCP Buin	

UNIDADES PENALES (Nota 1)		Población Penal al 30.09.10 (Nota 2)	Capacidad Según Diseño al 30.09.10 (Nota 3)	Índice de Sobrepoblación (Nota 4)	Acciones, planes y programas en cuanto a solución del problema de hacinamiento Inversiones Gendarmería de Chile (Nota 5)	
		Internos	Plazas	%	Obras en desarrollo año 2010	Proyectos año 2011
1	CDP SANTIAGO SUR	7.200	2.268	217	Reparación portón acceso CDP Santiago Sur Demolición frontón y OO.CC. CDP Santiago Sur Obras habilitación CDP Santiago Sur I (Muro perimetral) Obras habilitación CDP Santiago Sur II (Sala Visitas) Remodelación calles y galerías CDP Stgo. Sur (N° 5, 6 y 7) Remodelación Central de Alimentación CDP Stgo. Sur Remodelación baños funcionarios CDP Stgo. Sur Retiro de escombros CDP Santiago Sur Reparación Pasarela CDP Santiago Sur	
1	COLINA II	2.100	1.774	18	Obras de habilitación CCP Colina 2	
1	CDP PUENTE ALTO	1.795	1.385	30	Mejoramiento red de gas CCP Puente Alto Obras de habilitación CDP Puente Alto	
1	CDP SAN MIGUEL	1.875	632	197	Obras de habilitación CDP San Miguel Remodelación baños CDP San Miguel	
1	CPF SANTIAGO	2351	1.388	69	Fortalecimiento seguridad CPF Santiago (Garita NP) Remodelación baños CPF Santiago Obras de reconstrucción CPF Santiago Instalación planchas línea de fuego CPF Santiago	
1	U. ESP. ALTA SEGURIDAD	220	242	-9		
1	C.ESP. PUNTA PEUCO	50	115	-57	Obras de ampliación CCP y CPE Punta Peuco	
1	CCP CORDILLERA	10	18	-44		
1	EP SANTIAGO 1	3558	2.568	39		
12	METROPOLITANA	21.819	12.666	72		
88	TOTAL NACIONAL	55.722	34.036	64	Mantenimiento grupos generadores a nivel nacional Recuperación de baños y luminarias a nivel nacional Mejorar Sistema de Visitas a nivel nacional	Proyecto Unidades Psiquiátricas Forenses Transitorias

Fuente: Gendarmería de Chile

Nota 1: Establecimientos Penitenciarios del Sistema Cerrado definidos en el Anexo del Of. © 292 de 30.12.2009 del Sr. Director Nacional

Nota 2: s/f

Nota 3: Información mensual remitida vía correo electrónico por el Subdepartamento de Control Penitenciario

Nota 4: Información registrada trimestralmente de los indicadores SIG 2010 remitida por las Direcciones Regionales

Nota 5: Método de cálculo empleado por el Departamento de Planificación para medir Sobrepoblación y Hacinamiento

Nota 6: Información solicitada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos a través de Ord. N° 30 de fecha 30.09.2010

Nota 7: Unidades desocupadas debido a fallas o colapso de tipo estructural producto del terremoto del 27.02.2010

Por otra parte, la oferta por trabajos que permitan a las mujeres y hombres privados de libertad reinsertarse progresivamente en la sociedad es escasa. Según información aportada por Gendarmería, durante el año 2010 solo un 1,21% de la población carcelaria accede a los Centros de Estudio y Trabajo (CET), como puede apreciarse en el siguiente gráfico:

PORCENTAJE DE POBLACIÓN CARCELARIA QUE TIENE ACCESO A LOS PROGRAMAS DE LOS CET

ACCESO A CET	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	POBLACIÓN PENAL X AÑO	% ACCESO CET
2006	609	22	631	43602	1,45%
2007	659	25	684	48826	1,40%
2008	668	39	707	51164	1,38%
2009	745	52	797	56058	1,42%
2010	637	38	675	55722	1,21%

Fuente: Gendarmería de Chile.²⁶⁶

140

La sobrepoblación de los recintos penales ha motivado en los últimos años pronunciamientos de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, la Contraloría General de la República y la Cámara de Diputados a través de una Comisión Especial Investigadora del Proceso de Concesiones Carcelarias.

La Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado identificó como las principales deficiencias en los establecimientos penales: (1) el hacinamiento, (2) los horarios de encierro y desencierro de los internos, (3) la alimentación de los internos, (4) la falta de políticas y planes de rehabilitación y la falta de actividades laborales, de capacitación, educación, deportivas, espirituales y recreativas, (5) deficientes condiciones sanitarias e higiénicas, (6) aplicación del castigo de internación en celda solitaria, y condiciones materiales en que se cumple esta sanción, (7) aislamiento de internos por razones de seguridad, y (8) muertes de internos en los penales²⁶⁷.

Distinguió en su informe entre los establecimientos penitenciarios concesionados y no concesionados, indicando

respecto de estos últimos que “la condición de hacinamiento en los establecimientos (...) es generalizada, variando sólo en los porcentajes que representan con respecto a la capacidad del establecimiento”²⁶⁸.

En su informe, la Fiscal Maldonado estimó que “la situación de hacinamiento se ve agravada por el hecho de permanecer los internos encerrados en sus celdas por espacio de aproximadamente 15 horas diarias, en celdas abarrotadas, que por lo general carecen de servicios higiénicos, y de adecuada ventilación y luz. Gendarmería ha trastocado el sentido de la norma que asegura 8 horas diarias de descanso para los internos, estableciendo 8 a 9 horas diarias de desencierro para la población penal, horario que hace imposible desarrollar actividades de rehabilitación que exigen la Ley Orgánica de Gendarmería y el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”²⁶⁹. Sobre las deficientes condiciones sanitarias e higiénicas, identifica como un problema crítico la falta de acceso a agua potable en algunos penales del país y señala que existen pésimas condiciones de higiene.

En relación al castigo de internación en celda solitaria que se impone a las/los internas/os y las condiciones materiales en que se cumple esta sanción, “sigue constituyendo un trato cruel e indigno someter a una persona a encierro hasta por 10 días en celdas vacías de cualquier mueble, sin catre, colchón, frazadas, las que se les entregan en la noche; celdas que habitualmente no cuentan con luz natural ni eléctrica, la que entra por pequeñas celosías, muchas veces sin servicios higiénicos y sometidos a la buena voluntad de los Gendarmes para que sean sacados a hacer sus necesidades biológicas, o directamente provistos de tientos plásticos para este fin; y sin acceso a lectura. En algunos casos, son encerrados entre 4 y 6

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Informe de la Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado, presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, en sesión del 1° de junio de 2009, para considerar los diversos problemas que afectan al funcionamiento del sistema carcelario, p. 5.

²⁶⁸ Ibidem, p. 5. Esta conclusión es coincidente con las observaciones que realizó el Relator de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH: “los centros de detención concesionados ofrecen condiciones más dignas para los reclusos y sus familias, así como para el personal que allí trabaja. (...) En los centros de detención operados por el Estado se observó un alto nivel de hacinamiento pocas veces visto en la región, condiciones de insalubridad extrema que incluyen servicios precarios o deficientes de agua potable, alimentación, higiene y salud, así como pésimas condiciones de infraestructura y serias deficiencias o ausencia de verdaderos programas de readaptación social”. Relatoría de las Personas Privadas de Libertad. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de prensa N° 39/08. Relatoría de las Personas Privadas de Libertad Concluye su Visita a Chile. En: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2008/39.08sp.htm>

²⁶⁹ Informe de la Fiscal de la Corte Suprema Mónica Maldonado, Op. Cit., p. 8.

internos en una misma celda, sin dotación suficiente de colchones. Finalmente, se ha constatado la reiteración de la sanción de internación en celda solitaria, sin recabar previamente la autorización del Juez del lugar para repetir esta medida”²⁷⁰.

La información aportada por organizaciones de la sociedad civil al EPU refuerza este diagnóstico, constatando que *“el aumento explosivo de la población penitenciaria genera condiciones de hacinamiento y tratos crueles, inhumanos y degradantes vinculados al deficiente acceso a la salud, la alimentación, el agua y la educación para los internos, así como prácticas de violencia y castigo que constituyen casos de tortura (...) Las políticas de prevención y cuidado reforzado de las personas privadas de libertad y portadoras del VIH son claramente insuficientes”²⁷¹.*

El Estado informó al EPU la creación del Programa de Concesiones en Infraestructura Carcelaria²⁷², con una inversión inicial de más de *“280 millones de dólares sólo en la construcción y equipamiento de los diez recintos penales a lo largo de todo el país”*, seis de los cuales están operativos. En forma adicional, señaló que construiría seis nuevas cárceles y mejoraría otros ocho recintos en los próximos cuatro años. En total, se contará con 16.335 nuevas plazas que *“equivale al 34 por ciento del total de la población condenada e imputada, con una superficie total construida de 440.271 metros cuadrados, que entrega un promedio de 27 metros cuadrados por recluso, aproximadamente. El diseño de los nuevos complejos penitenciarios considera una rigurosa segmentación de la población penal de acuerdo con su perfil criminológico; cuenta con celdas individuales para internos de máxima y alta seguridad y celdas colectivas con capacidad máxima para tres internos, todas con baños en su interior”²⁷³.*

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario señalar que el crecimiento del número de personas privadas de libertad no ha estado acompañado de medidas dirigidas a controlar esta alza y, más bien, da cuenta de una política criminal concentrada en la privación de libertad como medida inmediata y

no en la reinserción social de los/as internos/as.

Para el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, el problema ha estado en que *“la política criminal se ha desenvuelto, en los últimos años, en la línea del endurecimiento en la aplicación de la restricción de libertad, en lugar de avanzar hacia la racionalización de su aplicación”²⁷⁴.* Así, se ha construido una política pública a partir de la premisa que todo delito debe ser castigado con la privación de libertad, no dando espacio a las salidas alternativas que contempla la Ley N° 18.216. En efecto, al respecto se ha señalado que *“en una política criminal moderna estas salidas deberían ser mayoritarias, reservándose la cárcel para la criminalidad más grave. No ocurre así, y además el funcionamiento del sistema abierto es precario, lo que lo deslegitima frente a la comunidad, que no ve un seguimiento adecuado de estas sanciones. Todo ello potencia la creencia de que la única respuesta efectiva es la prisión”²⁷⁵.*

Uno de los aspectos más relevantes a destacar es la creación del Consejo para la Reforma Penitenciaria, que fue instaurado durante el 2009 *“con el fin de generar un espacio de reflexión que permitiera consolidar una propuesta de política penitenciaria de cara al bicentenario de la República”*. Este Consejo presentó en marzo del presente año un informe donde plantea algunos de los problemas principales del sistema penitenciario y recomienda medidas a adoptar para superar esta situación. Allí señala que *“es evidente que al generarse interés público por determinadas conductas que aparecen como reprochables para la opinión pública, una de las primeras medidas –sino la única– que se propone para enfrentarlas es la respuesta penal y en particular la cárcel”²⁷⁶.*

Así, entre los problemas principales que constató está la ya comentada sobre población carcelaria, y agregó que la tasa de reclusión aumentó de 220 internos por cada 100.000 habitantes en el año 2000, a 318 durante el año 2009²⁷⁷. Esto de la mano con una reducción del uso de la libertad condicional, la cual bajó de 1.519 beneficiados en 1999 a 876 durante el 2008.

270 *Ibíd.*, p. 13.

271 Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 C) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, Chile. Quinto período de sesiones. Ginebra, 4 a 15 de mayo de 2009, A/HRC/WG.6/5/CHL/3, 19 de febrero de 2009, párrafo 25.

272 A/HRC/WG.6/5/CHL/1, Op. Cit., párrafo 44.

273 *Ibíd.*, párrafos 45, 46 y 47, respectivamente.

274 Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile (2009). Debates Penitenciarios, N°9, p. 4.

275 UDP (2009, p. 93).

276 Consejo para la Reforma Penitenciaria, Recomendaciones para una nueva política penitenciaria, 2010, p.1 y 4. Disponible en www.paz-ciudadana.cl

277 *Ibíd.*, p. 22.

El Consejo planteó una serie de recomendaciones, donde destaca la creación del Servicio Nacional de Reinserción Social, que tendría como fin *"diseñar, implementar y ejecutar una variada gama de sanciones y medidas de resocialización distintas a la cárcel, que sean creíbles frente a la opinión pública y a la propia cultura institucional interna del servicio"*. A nivel general esta institución *"se hará cargo de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216, las actividades de reinserción en el ámbito intramuros y la intervención postpenitenciaria, velando por la correcta ejecución de las medidas y sanciones y concreción del principio de la progresividad"*²⁷⁸.

Junto con lo anterior, el Consejo propuso fortalecer el sistema de salida alternativa a la privación de libertad, a través del aumento de plazas en establecimientos penales especiales para la reclusión nocturna, ampliar la cobertura de los Centros de Reinserción Laboral y aumentar la cantidad y calidad de delegados de libertad vigilada. Igualmente, propuso racionalizar la privación de libertad *"entendiendo que no todo castigo penal debe manifestarse en la privación de la libertad"*²⁷⁹.

Atender estas recomendaciones resulta fundamental para el fortalecimiento del sistema penitenciario, esto debido a que *"el énfasis puesto en la reinserción social, en la especialización de organismos de seguridad y control por una parte, y rehabilitación por otra, en la discusión de una estructura judicial de control de la fase de ejecución, entre otras medidas, contribuye a que Chile cumpla con los estándares internacionales de derechos humanos de los reclusos"*²⁸⁰.

En parte producto de este informe, uno de los temas que públicamente asumió el actual gobierno en el campo de los derechos humanos dice relación con mejorar las condiciones en que viven las personas privadas de libertad. Así lo señala la visita del Ministro de Justicia a un centro penitenciario y la formulación de un plan de 11 medidas encaminadas a intervenir y modificar esta situación²⁸¹. Este plan contempla compra de colchones y frazadas, fabricación de literas, mejoras en la alimentación de condenados e imputados y en materia sanitaria y sistema de luminarias. De igual

manera, se propone el aumento de las horas de desencierro, medidas de cuidado y de salud en casos de situaciones de emergencias, mejoras en registro corporal a internos y del sistema de visitas. Incluye igualmente el fortalecimiento de asesoría espiritual, mejorar las condiciones de liberación, potenciar los centros de educación y trabajo (CET) y la seguridad al interior de los penales.

Las medidas anunciadas son muestra de una voluntad por parte del Gobierno de mejorar las condiciones carcelarias, entendiendo que los/as internos/as son sujetos de derecho. Sin embargo, no se hace referencia en ellas a las condiciones particulares que enfrentan las mujeres privadas de libertad. El Instituto no cuenta con información desagregada por sexo respecto de la sobrepoblación carcelaria. Esta información resulta vital si se considera que las mujeres privadas de libertad enfrentan dificultades derivadas no sólo de su condición de reclusas, sino de la discriminación que enfrentan como mujeres. Habitualmente pertenecen a los sectores más empobrecidos de la sociedad y desempeñan el rol *"prioritario de articuladoras del grupo familiar"*²⁸², situación que trasladan con ellas al recinto carcelario. Si bien Gendarmería cuenta con el programa Residencias Transitorias para Hijos de Madres Privadas de Libertad, se desconoce la cobertura e impacto en el abordaje de esta compleja situación.

Finalmente, deben ser consideradas las recomendaciones planteadas por el Consejo para la Reforma del Sistema Penitenciario, las cuales van en la línea de los estándares internacionales sobre la materia y plantean soluciones sustantivas para el régimen penitenciario en Chile.

278 Ibidem, p. 12.

279 Ibidem, p. 16 y 19.

280 UDP, (2010, p.121).

281 Anunciado el 15 de octubre de 2010.

282 Servicio Nacional de la Mujer, Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile (1997). Mujeres en conflicto con el sistema penal. Santiago, p. 92.

POBLACIÓN EN SITUACIÓN DE REFUGIO

Chile se ha constituido en un destino de personas que buscan mejores condiciones de vida y de quienes requieren de protección internacional. Respecto de las primeras, el Instituto evaluará su situación y ejercicio de derechos en el próximo año. En esta ocasión se observa el cumplimiento de obligaciones del Estado referidas a las personas que solicitan refugio en Chile, buscando resguardo a sus vidas, integridad y libertad.

La adopción este año de la Ley N° 20.430 sobre Protección de

Refugiados constituye un hecho valioso, que deberá completarse con la adopción de un reglamento que facilite la aplicación efectiva de la legislación.

El principal derecho reconocido a la población refugiada es el de no devolución, y constituye una preocupación la constatación de procedimientos en la tramitación de solicitudes que comprometen este derecho. Al mismo tiempo, la población refugiada en el país enfrenta problemas para acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

I. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS/AS REFUGIADOS/AS

1. LA CONVENCIÓN DE 1951 Y LA DECLARACIÓN DE CARTAGENA

Los instrumentos internacionales que tratan específicamente sobre la situación de los/as refugiados/as son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Complementario de 1967²⁸³, que fueron ratificados por Chile en 1972. Estos instrumentos garantizan un conjunto de derechos y principios destinados a dotar de protección a quien por *“temores fundados de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”*²⁸⁴.

Expresión de los dolorosos aprendizajes de la Segunda Guerra Mundial, las disposiciones de la Convención no serán aplicables a quienes han cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o de lesa humanidad; los que han come-

tido un grave delito común fuera del país; y quien ha atentado en contra de las finalidades y principios de las Naciones Unidas (artículo 1F).

Dentro de las principales disposiciones establecidas en estos cuerpos normativos está el principio de no devolución, en virtud del cual ningún Estado Parte podrá *“poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad peligre”* (artículo 33), obligación que se extiende al no rechazo en frontera del solicitante de refugio. Este principio es norma de ius cogens, igualmente afirmada en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22.8), y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 3). Consistente con la norma de no devolución, se estipula expresamente el principio de no sanción por ingreso clandestino y/o residencia irregular ilegal, a condición que la persona comparezca sin demora ante las autoridades nacionales y exponga su situación y necesidad de protección.

La Convención prohíbe la discriminación a las personas refugiadas. Se establece la obligación de los Estados de proporcionar igual trato que a sus nacionales en materia de educación elemental, acceso a la justicia, a la asistencia pública, derechos laborales, seguros sociales y libertad de circulación, y el reconocimiento del trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros en relación al empleo remunerado, enseñanza, acceso a vivienda y adquisición de bienes, entre

283 Adicionalmente a estos instrumentos está vigente el Acuerdo Marco con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para Reasentamiento de refugiados en Chile, promulgado el 11.01.1999.

284 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 1.2, y Protocolo sobre el Estatuto del Refugiado, artículo 1.2.

otros aspectos. Los Estados –según el principio de ayuda administrativa– deben proporcionar a los/as refugiados/as documentos de identidad y de viaje²⁸⁵.

A nivel regional, la Declaración Americana de 1948 (artículo 25) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22.7), en honor a una larga tradición en el continente americano, estipulan el derecho de toda persona a recibir asilo²⁸⁶.

En 1984, en el contexto del desplazamiento forzado motivado por la crisis política en el istmo centroamericano, se adopta la Declaración de Cartagena sobre Refugiados la que dentro de sus conclusiones recomienda ampliar el concepto consignado en la Convención de 1951 y su Protocolo Complementario, haciendo extensiva esta condición a todas las personas que *“han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión externa, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”*²⁸⁷.

En el desarrollo del derecho internacional de los refugiados, a nivel regional se debe destacar la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina²⁸⁸. Se hace allí especial llamado a los Estados a definir políticas públicas con énfasis en un enfoque de edad, género y diversidad en la protección de los/as refugiados/as, al establecimiento de soluciones duraderas para la población víctima de desplazamientos y a la implementación de programas solidarios de asentamiento.

2. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES AL ESTADO DE CHILE

El Grupo de Trabajo del EPU destacó la adhesión de Chile al Plan de Acción de México y al programa solidario de reasentamiento para refugiados palestinos. Al mismo tiempo, observó la ausencia de una legislación en la materia que

garantice los derechos de esta población, en particular la aplicación del principio de no devolución, y la necesidad de medidas específicas de protección a grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, las víctimas de tortura y los/as niños/as no acompañados/as²⁸⁹.

La recomendación recoge los principales motivos de preocupación de los órganos de control de tratados. En particular, el Comité de Derechos del Niño, en el examen al Informe presentado por el Estado de Chile en abril de 2007, formula su inquietud por *“que los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes carezcan de acceso adecuado a los servicios de salud mientras se tramitan sus solicitudes en el sistema de registro nacional y que de hecho sufran discriminación al tratar de ejercer su derecho a la educación. Además, el Comité lamenta que ni en su informe ni en su respuesta a la lista de cuestiones el Estado Parte haya presentado suficiente información sobre la situación de los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes”*²⁹⁰. El Comité recomienda, entre otras medidas, que el Estado ratifique la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención de 1961 para reducir los casos de apatridia, instrumentos internacionales que Chile aún no suscribe.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en septiembre de 2009, observa que en el país estos derechos en relación a la población migrante y refugiada, *“no están plenamente garantizados y el hecho de que en ocasiones son víctimas de discriminación, en particular los peruanos y los bolivianos”*²⁹¹.

Respecto de estos motivos de preocupación, el país informó en el EPU que *“desde 1997, había colaborado con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en programas de reasentamiento y acogido a personas de más de diez países. El caso más reciente era el de 116 ciudadanos palestinos”* y se comprometió a garantizar acceso efectivo a la educación, y *“adoptar medidas eficaces de lucha contra los factores que los excluyen del sistema educativo”* a los niños y niñas refugiados²⁹².

285 Ibidem, artículos 33.1, 31.1 y 3.

286 El asilo es una figura de carácter diplomático respecto de personas que buscan la protección de un Estado. En Chile es regulado en el artículo 34 del Decreto Ley 1094 de 1975, que establece normas sobre extranjeros.

287 Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptada por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984 Conclusión Tercera.

288 Suscrita el 16 de noviembre de 2004.

289 Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile. A/HRC/12/10, del 4 de junio de 2009, párrafo 96, N° 71.

290 CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párrafo 63.

291 CERD/C/CHL/CO/15-18, 7 de septiembre de 2009, párrafo 17.

292 A/HRC/12/10, Op. Cit., párrafos 61 y 71.

II. REVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

1. POBLACIÓN REFUGIADA Y SOLICITANTE DE REFUGIO EN CHILE

De acuerdo a datos de la Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, en 2004 la población refugiada ascendía a 500 personas y el número de solicitudes por año no alcanzaba la centena. Al 2009, esta población es cercana a las 1.500 personas y se reciben anualmente alrededor de 850 solicitudes²⁹³. Por su parte, ACNUR informa que al año 2009 están pendientes de resolución 498 casos²⁹⁴.

Durante el año 2009 se había reconocido la calidad de refugiados a 185 personas, el 91,35% de nacionalidad colombiana.

RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO POR NACIONALIDAD AÑO 2009.

PAÍS	VISACIONES DE REFUGIO AÑO 2009	%
Colombia	169	91,35
Turquía	4	2,16
Costa Rica	3	1,62
El Salvador	3	1,62
Congo, República Democrática(ex Zaire)	2	1,08
Ecuador	1	0,54
Irak	1	0,54
Jordania	1	0,54
Perú	1	0,54
TOTAL	185	91,35

Fuente: Registro de permisos de residencia otorgados en Chile. Sistema B3000. Departamento de Extranjería y Migración. Ministerio del Interior

La información disponible no da cuenta de la edad y el sexo de las personas reconocidas. En el diagnóstico realizado por la Mesa de Trabajo se advierte la “carencia de registros adecuados para el conocimiento de la población refugiada: la producción estadística que permita esbozar un sólido perfil sociodemográfico de la población refugiada acusa serias imperfecciones. El sistema de almacenamiento de datos oficial no permite procesar cortes y cruces básicos para ello”²⁹⁵. La consecuencia de la falta de información se puede traducir en ausencia de políticas públicas necesarias para atender las necesidades de la población refugiada, o en políticas inadecuadas y sin impacto.

Tampoco se conoce sobre solicitudes pendientes, tasas de incremento o disminución en la concesión del estatus de refugiado/a, y los tiempos de demora en la resolución de un caso, toda información útil para conocer el cumplimiento del Estado en sus obligaciones con esta población que requiere protección, y adoptar medidas que avancen en su satisfacción.

2. LA LEY N° 20.430 SOBRE PROTECCIÓN DE REFUGIADOS

Con la adaptación de la Ley N° 20.430 sobre Protección de Refugiados²⁹⁶ en 2010, Chile cumple un deber pendiente señalado por los órganos de tratado y el Grupo de Trabajo del EPU. La normativa es aplicable tanto al solicitante como al titular de la condición de refugiado/a, desde que se encuentre en territorio nacional (artículo 1). De acuerdo al Mensaje que acompaña el proyecto de ley, se advierte que sólo regula la institución del refugio, no el asilo diplomático el que se mantiene regulado por la Ley de Extranjería²⁹⁷.

²⁹³ Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior-ACNUR (2009). Diagnóstico participativo sobre atención a solicitantes de asilo y refugiados en Chile. Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, Santiago, p. 3. En 2008, el gobierno emite el Instructivo Presidencial N° 9 sobre “Política Nacional Migratoria”; a su amparo, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior conforma la Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, integrada por este Departamento, ACNUR y organizaciones de la sociedad civil. Una de sus principales acciones ha consistido en la elaboración de un diagnóstico sobre solicitudes de asilo y refugiados en Chile, cuyo diseño y desarrollo fueron encargados a ACNUR.

²⁹⁴ Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/>

²⁹⁵ Diagnóstico participativo, Op. Cit., p. 44.

²⁹⁶ Diario Oficial, 15 de abril de 2010.

²⁹⁷ “De esta manera, se ha preferido tratar separadamente dos instituciones que, si bien persiguen objetivos comunes, tienen distinto origen y aplicación. En efecto, el asilo diplomático no ha tenido una aplicación numerosa como el refugio, sino que más bien se ha utilizado en situaciones de marcado tinte político y de origen latinoamericano. Por lo tanto, la regulación del asilo continuará rigiéndose en lo que corresponda por la Ley de Extranjería.” Mensaje 017-357. de S.E. la Presidenta de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley de Protección de Refugiados. 26-03-2009. Historia de la Ley 20.430. p. 5. En www.bcn.cl



La ley se hace cargo de un concepto amplio de refugiado/a, recogiendo la definición de la Convención de 1951 y aquella contenida en la Declaración de Cartagena de 1984. Incorpora el principio de no devolución, y agrega que *“aquellos solicitantes de la condición de refugiado que no hubieran obtenido el estatuto de tal, podrán solicitar un permiso de permanencia en el país, de conformidad con la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile”*. Señala, igualmente, que las disposiciones se aplican sin distinción y, en las prohibiciones de discriminación incluye *“por cualquier otra situación”*²⁹⁸.

Al mismo tiempo, reconoce al refugiado/a el derecho a la reunificación familiar señalando que el estatuto se extenderá al/la cónyuge y *“a las personas con la cual se halle ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela”* (artículo 9).

La ley establece la exoneración de responsabilidad por ingreso y/o residencia irregular; pero impone a la persona dar aviso dentro de los 10 días siguientes a la fecha de infracción a la autoridad competente (artículo 6). De acuerdo con información del Sistema de las Naciones Unidas en Chile, la principal vía de ingreso de solicitantes de refugio se da en la frontera norte y *“si bien en un primer momento los ingresos se realizaban en forma regular por el paso Chacalluta (Arica-Tacna), últimamente se ha observado que muchos ingresan en forma irregular por el paso Colchane (frontera con Bolivia), a través de redes de tráfico de personas”*²⁹⁹. Difícilmente esta población conocerá del plazo perentorio que la ley establece, con lo cual se verá afectada su posibilidad de permanencia y de protección.

La ley prescribe que los/as solicitantes y quienes ostentan la condición de refugiados/as gozarán de todos los derechos consagrados en la Constitución, la ley, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y los estipulados en los tratados referidos al refugio de los que el Estado de Chile es parte. Al mismo tiempo, en relación a los derechos de acceso a la salud, la educación, la vivienda y el trabajo, equipara al refugiado a la condición de extranjero (artículo 13).

Las circunstancias y las motivaciones del refugio (persecución, riesgo o exposición a atentados al derecho a la vida, la integridad y libertad), la indocumentación o documentación insuficiente que las más de las veces afecta a las personas en esta condición, caracterizan esta especial forma de migración forzosa. Esto supone que el Estado tiene que hacer mayores esfuerzos de acogida para, por ejemplo, garantizar el acceso a la educación de niños, niñas y jóvenes aun cuando no puedan acreditar sus años de estudio con documentos de sus países. El diagnóstico realizado por la Mesa de Trabajo muestra las dificultades de la población solicitante y la refugiada —en distintos grados— para acceder a trabajo y vivienda. La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales son parte del deber de protección que cabe al Estado y de equiparación de derechos con nacionales y extranjeros/as residentes. Más aún, su vulneración puede afectar la garantía de no devolución puesto que la ausencia de protección social y económica hace ilusoria la permanencia en el país de acogida. En este sentido, es necesario fortalecer el trabajo de acogida que hacen distintas organizaciones de iglesia y de la sociedad civil, a través de convenios entre el Estado y ACNUR, de manera que cuenten con recursos suficientes para el desarrollo de estas acciones de atención directa.

Mención particular merece la situación de las mujeres solicitantes de refugio y las refugiadas. Los medios de comunicación han informado que varias de ellas, en el norte del país, han debido recurrir al trabajo sexual para garantizar su subsistencia y la de sus familias. El Estado debiera investigar estas realidades, y tomar medidas que permitan a las mujeres el acceso al trabajo digno y recursos de protección efectivos cuando se vulneren sus derechos o sean objeto de violencia.

La adopción de la ley y que esta incluya los estándares de los instrumentos internacionales en varias de sus disposiciones es un avance importante. El Estado debiera completar el proceso con la correspondiente reglamentación de la norma a fin que su texto impacte favorablemente en la vida de las personas solicitantes y refugiadas, haciendo efectiva la protección y el ejercicio de derechos.

²⁹⁸ Ley N° 20.430, artículos 4 y 8.

²⁹⁹ Sistema de las Naciones Unidas en Chile. Evaluación Conjunta del País. Santiago, p. 23.

3. LA SOLICITUD DE REFUGIO

La autoridad encargada de otorgar, cancelar, cesar o revocar la condición de refugiado es el Ministerio del Interior a través de Resolución del Subsecretario de dicha cartera. La Ley N° 20.430 crea la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado que tiene por objeto asesorar a la autoridad y proveerla de la información necesaria para resolver las solicitudes (artículo 20).

En caso que la resolución sea desfavorable, el o la solicitante podrá recurrir ante la misma autoridad que dictó la resolución a fin de que esta se revise. Este sistema de impugnación no se aviene con el estándar de la doble instancia que exige el debido proceso, según el cual la revisión de las resoluciones debe hacerse por una autoridad distinta a fin de garantizar el derecho a un recurso efectivo.

La solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado/a se puede hacer en cualquier oficina de extranjería o ante la autoridad migratoria que se encuentre en un paso fronterizo, sin que este derecho se afecte en razón de la permanencia irregular en el territorio nacional (artículo 26). Presentada la solicitud, el/la solicitante y miembros de su familia acceden a visa de residente temporal por ocho meses prorrogables.

De acuerdo a información proporcionada por Fasic³⁰⁰, un aspecto que preocupa es el establecimiento de la práctica de preadmisibilidad para el reconocimiento de la condición de refugio, procedimiento no contemplado en la ley, que incide negativamente en el derecho a acceder a la protección internacional por parte de las y los solicitantes de refugio. Esta situación afecta particularmente a las personas que ingresan por la frontera norte del país. El Programa Refugio del Obispado de Iquique constata que “de los 303 casos re-

gistrados por el Programa Refugio Iquique en el periodo 2007-2009, 164 personas sufren el rechazo a su solicitud, siendo 40 de ellas además con abandono del país, según información dada por el DEM Iquique. Creemos que son muchos más casos de rechazo. Otro dato preocupante y clarificador es que durante el presente año a la fecha (noviembre) sólo se han aceptado 15 casos de nuevos solicitantes de refugio, siendo seis de ellos durante el periodo de la nueva ley de refugio”³⁰¹.

Otra de las dificultades que se advierte en el proceso de reconocimiento es el tiempo de tramitación de las solicitudes, que conforme a datos proporcionados por ACNUR, puede durar hasta dos años. A ello se agrega el alto centralismo tanto de las agencias encargadas de prestar ayuda como de los órganos del Estado encargados de cursar la solicitud, aspectos que el Reglamento debiera abordar³⁰². La evaluación conjunta del Sistema de Naciones Unidas puntualiza la necesidad de “el fortalecimiento de la Mesa de Refugio, y las acciones que ésta pueda propiciar, contribuirán a enfrentar las tareas sectoriales en conjunto. Por último, será necesario profundizar la descentralización del sistema de refugio, así como evaluar la situación particular de la población de interés y de la comunidad refugiada en la frontera norte de Chile, fortaleciendo, por consiguiente, la institucionalidad pública y privada de la zona”.

Otro aspecto de obligada preocupación del Estado es la discriminación que afecta a la población refugiada en Chile. Son pocas las campañas dirigidas a transformar prejuicios y estereotipos sobre las personas de otros países —particularmente provenientes de países latinoamericanos y africanos— y estas generalmente han sido promovidas por organizaciones de la sociedad civil y de agrupaciones de migrantes, con el apoyo de Naciones Unidas. El Estado tiene aquí un deber insoslayable.

300 Información proporcionada al INDH por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas –FASIC–, el 10 de noviembre 2010. FASIC es una de las agencias de la sociedad civil que desarrolla actividades de atención directa a población refugiada. FASIC ha documentado 22 casos de rechazo de preadmisibilidad, incluidos 7 hijo/as, 15 de nacionalidad colombiana y 7 de nacionalidad cubana.

301 Comunicación del Programa de Refugio del Obispado de Iquique al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Documento de análisis y propuestas del Programa Refugio del Obispado de Iquique para la elaboración del Reglamento de la Ley de Refugio N° 20.430.

302 Mesa de Trabajo, Op. Cit.

BIBLIOGRAFÍA REFERIDA

- Anaya, James** (2006). Los derechos de los pueblos indígenas. En: Pueblos indígenas y derechos humanos, Mikel Berraondo (coord). Universidad de Deusto, Bilbao.
- Andreau-Guzmán, Federico** (2003). Fuero Militar y Derecho Internacional. Los Tribunales Militares y las Graves Violaciones a los Derechos Humanos. Comisión Internacional de Juristas, Bogotá.
- Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales** (2009). Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.
- Charlesworth, Hilary** (1997). ¿Qué son los Derechos Humanos Internacionales de la Mujer? En: Cook, Rebecca (ed.). Derechos Humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales. Asociación Pro Bienestar de la Familia Colombiana, PROFAMILIA, Bogotá.
- Centro de Estudios de la Mujer CEM** (2010). Cuidados, trabajo y parentalidad. Presentación de CEM ante la Comisión Mujer, Trabajo y Maternidad, 22 de junio de 2010.
- CEPAL** (2006). El Derecho a vivir una vida libre de violencia. Estado de situación en América Latina, desafíos y propuestas. Resumen ejecutivo. Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, trigésima novena sesión. México.
- Comisión Internacional de Juristas** (2009). Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos** (2010). Sexualidad y Derechos Humanos. Ginebra.
- Cook, Rebecca, Bernard Dickens y Mahmoud Fathalla** (2003). Salud Reproductiva y Derechos Humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho. Editorial Oxford, Asociación Pro Bienestar de la Familia Colombiana (PROFAMILIA), Bogotá.
- Courtis, Corina** (2009). Diagnóstico participativo sobre atención a solicitantes de asilo y refugiados en Chile. Mesa de Trabajo en Materia de Refugio, Santiago.
- Dammert, Lucía y Zúñiga, Liza** (2008). La cárcel: problemas y desafíos para las Américas. Flacso, Santiago.
- Díaz, Soledad y Schiappacasse, Verónica** (2009). Derechos sexuales y reproductivos en el gobierno de Michelle Bachelet. En: ¿Género en el poder?. Observatorio de Género y Equidad, Santiago.
- Dides, Márquez, Casas y Guajardo** (2007). "Chile, panorama de sexualidad y derechos humanos". Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos e Instituto de Medicina Social.
- Figuerola, Rodolfo** (2000). Igualdad y Discriminación. Centro de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/>
- FLACSO** (2006). Cuotas de Género: Democracia y Representación.
- Gómez, Magdalena** (2006). El Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Pueblos Indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de Protección, agencias e instancias. En: Pueblos Indígenas y Derechos Humanos. Mikel Berraondo (Coordinador). Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto España-Bilbao.
- Mera, Jorge** (ed) (2002). Hacia una Reforma de la Justicia Militar. Delito Militar, Régimen Disciplinario, Competencia y Organización. Cuaderno de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales, Santiago.
- Molina, Marta, Cristina Ferrada y Ruth Pérez, Luis Cid** (2004). Embarazo en la adolescencia y su relación con la deserción escolar. Revista Médica de Chile, v. 132. Sociedad Médica de Santiago, Santiago.
- Movimiento de Integración y Liberación Homosexual Movilh** (2009). Informe Anual, Derechos Humanos de la Diversidad Sexual. Santiago.
- Olsen, Frances** (2009). El sexo del Derecho. En: Desde otra mirada. Editorial Eudeba, Argentina.
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD** (2010). Desarrollo Humano en Chile 2010. Género: los desafíos para la igualdad. Santiago.
- Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual** (2009). Femicidio en Chile. Santiago.
- Seoane, Viviana** (2006). Acción afirmativa: una política para garantizar el acceso y la permanencia en la educación superior. En: Caminos para la inclusión en la educación superior. Fundación Equitas, Santiago.
- Stavenhagen, Rodolfo** (2006). Los Derechos de los pueblos indígenas: esperanza, logros y reclamos. En: Pueblos indígenas y derechos humanos, Mikel Berraondo (coord.). Universidad de Deusto, Bilbao.
- Rawls, John** (2010). Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, México.
- Yáñez, Nancy** (2007). Reconocimiento de derechos de agua indígenas en Chile: impacto de la gran minería y la política de privatización de derechos de agua para los pueblos indígenas del norte. En: El Gobierno de Lagos, los pueblos indígenas y el nuevo trato. Editorial LOM, Santiago.