

CONSEJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

SESIÓN 283

Fecha: 23 de noviembre de 2015

Asistentes

Don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg
Don José Aylwin Oyarzun (participa por teleconferencia, artículo 12 del Estatuto)
Doña Carolina Carrera Ferrer
Doña Consuelo Contreras Largo (participa por teleconferencia, artículo 12 del Estatuto)
Don Sebastián Donoso Rodríguez
Don Claudio González Urbina
Doña Lorena Fries Monleón
Don Carlos Frontaura Rivera
Don Roberto Garretón Merino
Don Sergio Micco Aguayo
Don Manuel Núñez Poblete

TABLA

1. Aprobación de acta 281 y 282. 2. Aprobación Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2015. 3. Mandato INDH y relación con Carabineros. Parte II. 4. Varios.

1. Aprobación de acta 281 y 282.

Se aprueba el acta 281 y 282.

2. Aprobación Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2015.

De conformidad a lo establecido en el artículo 9 número 5 de la Ley 20.405 corresponderá al Director/a elaborar una propuesta del Informe Anual establecido en el artículo 3°, N° 1 y presentarlos a la aprobación del Consejo.

Dicho Informe Anual de Derechos Humanos debe ser aprobado por los dos tercios de los/as consejeros/as en ejercicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° inciso final de la Ley indicada.

La Directora procede a poner en conocimiento del Consejo su propuesta de Informe, cuyo índice se transcribe:

- 1. Introducción y metodología**
- 2. Institucionalidad democrática y derechos humanos**
 - Corrupción y derechos humanos
 - Institucionalidad democrática y derechos humanos:



Constitución y derechos humanos
Reforma al sistema binominal
Seguridad ciudadana
Consejo Nacional de la Infancia
Creación Ministerio de la Mujer
Fortalecimiento de organizaciones de la sociedad civil y profundización democrática

3. Derechos económicos, sociales y culturales

Pobreza y derechos humanos
Derecho al trabajo
Derecho a educación

4. Derechos civiles y políticos

Función pública y derechos humanos
Derecho a la protección a la familia

5. Ejercicio de derechos sin discriminación

Prostitución y derechos humanos

6. Territorios y derechos humanos

Derecho a un medio ambiente libre de contaminación
Relaciones interculturales y derechos humanos

7. Violaciones masivas, sistemáticas e institucionalizadas en el período 1973-1990

8. Recomendaciones específicas y generales

9. Informe de gestión

Con la totalidad de los/as consejeros/as presentes se procede a votar, aprobando el Consejo la propuesta de Informe presentada por la Directora por la unanimidad de los miembros, salvo el apartado "Protección a la Familia" del capítulo "Derechos civiles y políticos" y sus respectivas recomendaciones, que fue rechazado por el consejero Miguel Luis Amunátegui, quien fundamenta su voto en los términos señalados al final de la presente acta.

Respecto a dicho fundamento, se adhieren los consejeros Sebastián Donoso y Carlos Frontaura, quienes aprueban el apartado respectivo, tomando en consideración los importantes cambios que se le introdujeron al primer borrador después de las observaciones que se le hicieron y dejando expresa constancia que el concepto de familia en los principales tratados de derechos humanos está asociada a la familia originada en el matrimonio entre un hombre y una mujer y que, ello, en su concepto, no significa ninguna desprotección respecto de los derechos de todas las personas, cualquiera sea su situación personal. En este sentido, comparten y adhieren las consideraciones y fundamentos de fondo del consejero Miguel Luis Amunátegui, en el sentido de que tratar el tema de la familia en un documento de esta naturaleza requiere una reflexión más profunda sobre su naturaleza y papel dentro de la comunidad. En este sentido, también adhieren a las consideraciones del consejero Sergio Micco que se expresan en el párrafo siguiente relativas a que se echa de menos en este capítulo una profundización en torno a la maternidad y paternidad responsables que era una de las motivaciones fundamentales de este capítulo.



Sin perjuicio de votar favorablemente el capítulo, los consejeros Sebastián Donoso y Carlos Frontaura votan en contra de la segunda parte de la primera recomendación, en el sentido de que rechazan la sugerencia de que el proyecto de adopción en trámite debe eliminar el orden de prelación, ya que, en primerísimo término, no les parece que su existencia sea contrario a derechos humanos y, por tanto, es un asunto de mérito que corresponde resolver a los poderes colegisladores y, en segundo término, porque existe razonabilidad en una medida de esa naturaleza.

Por otra parte, ambos consejeros votan en contra de la recomendación que señala *“El INDH recomienda al Ministerio de Salud incorporar las técnicas de reproducción asistida de baja y alta complejidad al sistema de Garantías Explícitas en Salud (GES), de manera que todas las personas que quieran acceder a ellas puedan hacerlo sin costo de manera ágil”*. Votan en contra, porque no se distingue entre aquellas técnicas que implican manipulación de embriones y manipulación genética, y tampoco se distinguen ni analizan otras objeciones éticas que pudieran derivar de estos mecanismos y que pueden afectar los derechos humanos del ser humano en gestación. En este sentido la definición que entrega la OMS para las ‘técnicas de reproducción asistida de baja y alta complejidad’, incluye algunas técnicas que son incompatibles con el respeto y protección al derecho a la vida, en la medida que involucran la manipulación y eventual eliminación de seres humanos en etapa embrionaria.

El consejero Sergio Micco aprueba el apartado “El Derecho a la protección a la familia” pues sintetiza el debate tenido y las legítimas diferencias que se observan entre los distintos miembros del Consejo. Sin embargo, adhiere al documento presentado por el consejero Miguel Luis Amunátegui en su fundamentación en lo relativo a la relevancia del matrimonio dentro del ordenamiento nacional e internacional acerca de la familia y lamenta que la parte relativa a la promoción de la maternidad y paternidad responsables, no haya desarrollado más la importancia de las políticas públicas para enfrentar el desafío demográfico que experimentará Chile y que puede comprometer gravemente las garantía de derechos sociales como es el derecho a la seguridad social. Por otro lado, respecto de las técnicas de reproducción asistida reitera que estas no pueden involucrar su mercantilización, manipulación genética ni afectar los principios de la bioética relativa a la dignidad de la persona y de la justicia social.

Por su parte, la consejera Carolina Carrera y la consejera Consuelo Contreras aprueban las recomendaciones del apartado “Protección a la Familia” del Capítulo Derechos Civiles y Políticos pero señalan que son insuficientes, toda vez que no recogen la diversidad de formas de familia que existen y que requieren protección jurídica. Es menester señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló expresamente en el caso Atala Riffo e hijas vs. Chile que en la Convención Americana –tratado del cual Chile es parte- “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. En dicho fallo, el Tribunal hizo énfasis en reiterar que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe



abarcando otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". En atención a ello, las consejeras estiman que las recomendaciones formuladas por el capítulo no logran abarcar de manera completa la protección de la familia que el Estado de Chile debe proveer.

Las consejeras plantean que de acuerdo a los cambios que se le fueron introduciendo al capítulo, no se menciona explícitamente ni se recomienda en torno al debate legislativo, el derecho que debieran tener parejas del mismo sexo para postular a la adopción de niños/as cuando cumplen todos los requisitos que se imponen para asegurar el bien superior de un niño o niña a la hora de entrega en adopción, perpetuando así una mirada que pone el foco en los adultos y no en el derecho de niños y niñas a crecer en el seno de una familia, tal como lo ha consagrado la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que no hace distinción de sexo.

Pero además consideran que con los cambios al texto no se visibiliza, por ejemplo, el problema que tienen en la actualidad las familias constituidas por dos mujeres lesbianas, quienes con apoyo de técnicas asistidas son madres y, que el ordenamiento jurídico no permite el reconocimiento legal de sus hijos/as por parte de la madre que no dio a luz a los niños. Lo anterior constituye una discriminación arbitraria, ya que cuando se trata de parejas heterosexuales, ambos son reconocidos como padres de esos niños/as, sin atender al vínculo biológico. Nuevamente, no se hace hincapié en que la orientación sexual de los padres y madres, no puede ser un factor para dejar a niños y niñas sin el reconocimiento legal de sus familias, negándoles su derecho a la filiación y todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva: privación de prestaciones sociales, como ser cargas de salud o asignatarios de seguros; privación de derechos sucesorios; o en caso de separación de la pareja, no hay ningún reconocimiento a la madre que no vive con los niños de mantener una relación directa y regular con éstos o poder demandar de alimentos. Ello, genera un vacío legal frente a situaciones que en los hechos ocurren y que el ordenamiento jurídico debe reconocer y proteger, ya que afectan al interés superior del niños y niñas y afectan el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación.

Finalmente, el capítulo incurre en omisiones que invisibilizan la diversidad de familias que coexisten en el país, que no sólo se conforman a partir del matrimonio, sino también aquellas que nacen en uniones de hecho, las monoparentales o las que se construyen a partir de vínculos con la familia ampliada; y que por cierto requieren ser reconocidas y protegidas por las políticas públicas y el ordenamiento jurídico.

Agregan, en términos general, que tal como establece la ley 20.405 que crea el INDH, este órgano se rige por las normas constitucionales y legales; los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. En dicho contexto, todo el sistema de protección universal constituido por los órganos establecidos en la Carta de Naciones

Unidas (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Derechos Humanos, Secretaría, entre otros), los Procedimientos Especiales (Relatores y Grupos de Trabajo) y los órganos creados en virtud de tratados, compuesto por expertos/as cuya función es supervisar que los Estados cumplan las obligaciones contraídas sirve de insumo para el trabajo del INDH y que tal como se indicó en el Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile 2010, cuando un Estado decide ser parte de un tratado internacional se compromete voluntariamente ante la comunidad internacional y los habitantes de su país, a cumplir de buena fe con lo pactado, resultando incomprensible que se desconozcan el rol que cumplen los órganos de control de los Comités de Tratados. El norte del trabajo de los/as consejeros/as debe ser siempre favorecer a las personas y sus derechos (*principio pro persona*) y para ello, se deben apoyar en todo el sistema integral que ofrece el sistema universal de protección y promoción de los derechos humanos.

Por último, la consejera Carolina Carrera y consejera Consuelo Contreras señala que agradece al equipo del INDH el que tanto el índice como los contenidos de cada tema del Informe Anual hayan sido previamente aprobados por el Consejo, facilitando con ello el debate y su posterior aprobación.

Con relación al apartado "Derecho a la Educación" del capítulo Derechos Económicos, Sociales y Culturales el consejero Miguel Luis Amunátegui, el consejero Sebastián Donoso y el consejero Carlos Frontaura aprueban en general sus contenidos y recomendaciones pero señalan que no comparten el juicio apreciativo que en él se hace de la Ley N°20.845, también denominada 'Ley de Inclusión', aprobada en el curso de este año 2015. En efecto, se indica en dicho apartado que *"La publicación de esta ley constituye un avance en el plano de garantizar la igualdad de la calidad de la educación, al establecer que es una obligación del Estado "propender a asegurar a todas las personas una educación inclusiva de calidad" y que "el financiamiento estatal a través de la subvención que regula la presente ley, tiene por finalidad asegurar a todas las personas el ejercicio del derecho a una educación de calidad"*. Al respecto, estiman que los pilares en los que se sustenta la citada Ley N°20.845 (eliminación del lucro, del financiamiento compartido y de la selección) podrían producir una grave afectación del derecho a la educación y de las libertades -libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas a las públicas y libertad de los particulares de establecer y dirigir instituciones de enseñanza- consagradas en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Agregan que tales libertades están estrechamente ligadas con el derecho a la educación a que se refiere el número 1 del artículo 13 del PIDESC, por lo que una afectación de las mismas se traducirá necesariamente en una consecuente afectación de dicho derecho. En este sentido, manifiestan, la implementación de la denominada 'Ley de Inclusión' podría afectar negativamente la obligación del Estado en orden a propender a asegurar a todas las personas el ejercicio del derecho a una educación de calidad, en particular en la medida que el financiamiento compartido y la selección constituirían herramientas que permitían hacer realidad las libertades consagradas en los números 3 y 4 del artículo 13 del PIDESC, no constituyendo

por tanto una vulneración a estándares de derechos humanos (en el caso de la selección, en la medida que ésta no hubiera sido arbitraria y que el sistema educacional escolar en general cumpliera con los estándares de gratuidad y universalidad). Por otra parte, tampoco comparten las referencias que se hacen a la necesidad de coordinación y fiscalización en materia de implementación de planes y programas sobre educación en derechos humanos en Instituciones de Educación Superior, toda vez que ello no es una obligación para estas instituciones, afecta su autonomía y desnaturaliza la función de programas que tienen un objetivo específico y concreto que es la formación profesional, científica y técnica. En el mismo sentido y, por las mismas razones, no comparten que se haga alusión a que el Plan Nacional contemple una política tendiente a la educación y formación en derechos que incluya los niveles de la enseñanza superior. Por último, que algunas de las recomendaciones que se realizan en el capítulo debieran incorporar más formalmente que ellas deben realizarse con pleno respeto por la libertad de enseñanza, que también es un derecho humano que debe ser plenamente garantizado.

Con relación al apartado “Derecho a un medio ambiente libre de contaminación” del capítulo Territorio y derechos humanos, el consejero Miguel Luis Amunátegui, el consejero Sebastián Donoso y el consejero Carlos Frontaura aprueban en general sus contenidos y recomendaciones pero dejan constancia de que no comparten el análisis y valoración que se hace del Proyecto de ley que reforma el Código de Aguas al menos en dos sentidos: (i) Se indica en el apartado que *“resulta favorable que –en el entendido que es un derecho cuya naturaleza y relevancia ha ido cobrando mayor importancia- se avance en garantizar el derecho al agua y que, en el estado actual de la discusión del proyecto, se estén considerando, entre otros, normas que limiten los derechos de aprovechamiento, estableciendo su carácter temporal y otorgando herramientas de control y restricción en casos de interés público, además de que siempre se mantenga como prioritario el uso del agua para consumo humano y sanitización. El establecimiento de normas de limitación de los derechos de aprovechamiento, tales como aquellas que se incorporan en el proyecto, son necesarias para garantizar el derecho de acceso al agua, sobre todo en aquellas zonas identificadas por el INDH, en donde el uso productivo de este recurso está garantizado en desmedro del consumo humano.”* Sobre el particular, consideran que los estándares internacionales en relación al derecho humano al agua no exigen ni suponen necesariamente que los derechos de aprovechamiento de aguas deban tener un carácter temporal, o que las legislaciones deban incluir normas que establezcan limitaciones en ése u otros sentidos. Señalan que los estados tienen a su disposición un amplio rango de políticas públicas que les permiten cumplir sus obligaciones en esta materia, siendo una cuestión de mérito y discusión política si el establecimiento de limitaciones a los derechos de aprovechamiento de aguas debe ser una de esas políticas; y (ii) Se indica también en el apartado, en relación al carácter expropiatorio que algunos le imputan al cambio que se propone desde un sistema de derecho perpetuo a un sistema de renovación por un período máximo de 30 años, que *“La determinación del carácter expropiatorio o no de este proyecto, en el marco de un debate democrático o en el*

contexto de un foro jurisdiccional, definirá cuál régimen bajo el derecho internacional se deberá adoptar, si el de una justa indemnización o el de una limitación admisible bajo la Convención Americana.” Al respecto, estiman que no corresponde que el Instituto se limite a mostrar las dos alternativas como equivalentes, ya que en este caso la propuesta legislativa no es una mera limitación, sino una privación del derecho en su esencia tal como se lo reconoce actualmente la legislación y, por tanto, debiera indicarse que no se trata de una simple limitación admisible, sino derechamente de una expropiación que debe ser justamente indemnizada.

Con relación al apartado “Derecho al Trabajo” del Capítulo Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los consejeros Miguel Luis Amunátegui, Sebastián Donoso y Carlos Frontaura, sin perjuicio de aprobar en general el capítulo, no están de acuerdo y no comparten las consideraciones en torno a que el reemplazo en caso de huelga, en sí mismo, sea un restricción inadmisibles, ya que, entre otras cosas, ni en el Convenio 87 ni el 98 establecen una limitación o prohibición en este sentido y lo que al respecto puede haber opinado el Comité de Libertad Sindical no es vinculante, sino una sugerencia o recomendación. Adicionalmente, eliminar el reemplazo, como lo propone el proyecto, es una de varias alternativas regulatorias en esta materia, no es la única respuesta y es un asunto de mérito que corresponde a los poderes colegisladores decidir y sobre lo que no existe una sola solución, ni una obligación específica en materia de derechos humanos.

Por las mismas consideraciones expresadas en el párrafo anterior votan en contra de la siguiente recomendación del apartado:

- En cuanto al reemplazo de trabajadores/as, el INDH considera que el Poder Legislativo debe mantener la redacción original contenida en el mensaje presidencial (N° 1055-362) que dio inicio al proyecto de ley “que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo”.

Con relación a las siguientes recomendaciones del apartado “Derecho a la protección a la familia” del Capítulo Derechos Civiles y Políticos:

- El INDH recomienda al Congreso asegurar que la tramitación legislativa del proyecto de adopción considere el principio de no discriminación y elimine el orden de prelación, de manera de asegurar que se buscará el o los adultos más adecuados para el/la niño/a susceptible de ser adoptado/a, y no a la inversa.
-
- El INDH recomienda al Ministerio de Salud incorporar las técnicas de reproducción asistida de baja y alta complejidad al sistema de Garantías Explícitas en Salud (GES), de manera que todas las personas que quieran acceder a ellas puedan hacerlo sin costo y de manera ágil.

Votan en contra los consejeros Carlos Frontaura y Sebastián Donoso, quienes fundamentan su voto en los términos señalados más arriba, ya que:

- (i) Rechazan la sugerencia de que el proyecto de adopción en trámite deba eliminar el orden de prelación, porque no es contrario a derechos humanos que lo contemple y tiene fundamento racional su existencia.
- (ii) En cuanto a la segunda, porque establece una recomendación general, sin hacerse cargo de que algunas de esas técnicas son incompatibles con el respeto y protección al derecho a la vida y, adicionalmente, pueden implicar la afectación de otros derechos humanos.

Con relación al Capítulo "Recomendaciones Generales", el consejero Sebastián Donoso y consejero Carlos Frontaura rechazan la primera recomendación en aquella parte en se hace referencia a la ratificación de convenciones específicas por considerar que no es del ámbito de competencia del INDH solicitar la aprobación de convenciones en concreto, puesto que ello corresponde a un análisis de mérito de los poderes colegisladores que son los representantes del pueblo ciudadano.

Finalizada las fundamentaciones a los votos de minoría, el Consejo por la unanimidad de sus miembros felicita a la Jefa de la Unidad de Estudios y equipo por el trabajo realizado, la capacidad de incorporar todas las observaciones, el orden en la discusión de los capítulos, etc.

3. Mandato INDH y relación con Carabineros. Parte II.

La directora informa sobre la última reunión sostenida entre el INDH y Carabineros de Chile, que contó con la presencia de profesionales de la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

En términos generales señala que se llegó a un acuerdo en cuanto a no restringir el ingreso de funcionarios/as del INDH a las comisarías, en el marco de las visitas preventivas. Tanto la Defensoría Penal Pública como del Ministerio Público señalaron que el ingreso del INDH no dificultaba el trabajo de ambas instituciones, más bien era un complemento y aporte. Se resolvió que se firmaría un protocolo general que recogiera el acuerdo.

4. Varios.

a. Ley de Lobby.

La directora consulta si algún/a consejero/a ha participado en reuniones que deban ser informadas de acuerdo a la Ley de Lobby. Los/as consejeros/as presentes indican que no han participado en ninguna reunión que deba ser informada de acuerdo a la ley antes citada.

- b. Propuesta de Informe sobre el proyecto de ley que Modifica el decreto con fuerza de ley N°5.200, de 1929, del Ministerio de Educación Pública, para suprimir la eliminación de archivos y antecedentes por parte del Ministerio de Defensa Nacional, y de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Boletín N° 9958-17.**

La directora señala que esta propuesta de informe surge a partir de la solicitud del Espacio de Memoria Londres 38, informada en la sesión 278 de fecha 02 de noviembre de 2015.

Solicita que los/as consejeros/as la revisen, hagan las observaciones correspondientes hasta el viernes 27 de noviembre de 2015 y que se someterá a aprobación del Consejo en la próxima sesión.

- c. Propuesta de Informe II sobre el Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07).**

La directora informa sobre el estado actual de la discusión parlamentaria e indica que la nueva propuesta de informe agrega medidas posibles para la fiscalización de las nuevas atribuciones otorgadas a Carabineros.

- d. Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Libertad de Reunión y de Asociación Pacífica.**

La directora hace entrega al Consejo del documento elaborado por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica relativo al Proyecto de Ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos (Boletín N° 9885-07).

e. Sesiones.

El Consejo acuerda suspender la sesión del día lunes 7 de diciembre de 2015.

f. Araucanía

El consejero José Aylwin informa sobre los últimos hechos acaecidos en la zona sur:

- 10 de noviembre de 2015: Ataque de encapuchados en contra de un grupo de mapuche, en la comuna de Paillaco, que estaban ocupando territorios, invocando títulos de merced. El resultado fueron dos personas heridas



- 12 de noviembre de 2015: Desalojo de una toma de comuneros pertenecientes a la comunidad Juan Nahuelpi, quienes estaban ocupando predios pertenecientes a la Forestal Bosques Cautín, quienes señalan que son tierras de ocupación tradicional. Resultaron 11 comuneros detenidos, varios heridos, uno de ellos , el lonko con una bala
- 18 de noviembre de 2015: Comuneros mantienen una toma en tierras de ocupación ancestral, cuyo propietario legal es la Forestal Mininco. Hubo un desalojo de Carabineros, quienes destruyeron las casas de las familias, de acuerdo a los relatos entregados.
- 20 de noviembre de 2015. Ataque a bienes, específicamente una lechería, perteneciente a la Familia Luchsinger.

Manifiesta su preocupación por estos hechos de fuerza y por la necesidad de encontrar formas de dialogo y políticas que permitan superarlos, así como los problemas de fondo de las relaciones interétnicas en esta parte del país. Agrega, que el Intendente Sr. Jouannet convocó a un proceso de consulta ciudadana para que la Araucanía exprese su opinión, a través de talleres comunales y regionales, sobre cómo quiere la región para el 2030 Dada la complejidad de la situación, solicita que el tema sea abordado en la próxima sesión para ver como puede colaborar el INDH a ello.

El consejero Sebastián Donoso señala que comparte la apreciación sobre la complejidad del escenario y agrega en particular su preocupación por las cada vez más recurrentes expresiones de autotutela, vengan de quien vengan, todo lo cual no hace sino subrayar la urgencia de generar diálogo al respecto y vías institucionales de solución. Sin embargo, estima que es necesario manifestar muy claramente que el hecho que algunas organizaciones indígenas consideren ciertos predios como 'propiedad ancestral' no puede justificar en modo alguno las tomas de dichos terrenos. Señala que debe insistirse una y otra vez en la importancia que las fuerzas policiales ajusten estrictamente sus actuaciones a estándares de derechos humanos, lo que no obsta a que los propietarios de predios en situación de toma tengan un legítimo derecho a solicitar su desalojo. El consejero Carlos Frontaura expresa que está de acuerdo con los planteamientos del consejero Sebastián Donoso.

Indica la necesidad perentoria de dar inicio a un diálogo en la zona para frenar la escalada de violencia.

El consejero José Aylwin solicita que el punto sea agregado en la próxima sesión de Consejo.

Resumen de acuerdos adoptados.

- Se aprueban las actas 281 y 282.



- Se aprueba la propuesta de Informe Anual de Derechos Humanos 2015, por la totalidad de los/as miembros del Consejo, salvo el apartado "Derecho a la protección a la familia" que fue rechazado por el consejero Miguel Luis Amunátegui y las recomendaciones específicas que se consigan en el cuerpo de la presente acta.
- Se acuerda suspender la sesión del día lunes 7 de diciembre de 2015.

Don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg	
Don José Aylwin Oyarzún	
Doña Carolina Carrera Ferrer	
Doña Consuelo Contreras Largo	
Don Sebastián Donoso Rodríguez	
Doña Lorena Fries Monleón	
Don Carlos Frontaura Rivera	

Don Roberto Garretón Merino	
Don Claudio González Urbina	
Don Sergio Micco Aguayo	
Don Manuel Núñez Poblete	

Redacta la presente acta la abogada Paula Salvo Del Canto

Voto de Minoría del consejero Miguel Luis Amunátegui al apartado Derecho a la protección a la familia del capítulo Derechos civiles y políticos.

Derecho a la Protección a la Familia

Se ha propuesto al Consejo, para su aprobación, el borrador del texto del Apartado Derecho a la Protección a la Familia, para su inclusión en el informe anual 2015.

El texto se inicia con una mención a la normativa que creó el Acuerdo de Unión Civil como una iniciativa que reconoce validez legal y otorga la protección del Estado y sus instituciones a familias no constituidas por matrimonio, incluyendo aquellas conformadas por personas de un mismo sexo, lo que junto a otras iniciativas en trámite, según se afirma, puede verse como parte de una tendencia que muestra un avance hacia una mayor igualdad de derechos y deberes entre mujeres y hombres en la familia y por una ampliación de la protección del Estado a vínculos familiares no originados en el matrimonio, lo que reconocería el rol central de la familia e intentaría desterrar los abusos y omisiones que se pueden cometer en ese ámbito.

Estas afirmaciones y el análisis subsecuente denotan la omisión de un esfuerzo por razonar en torno a la naturaleza y dignidad de las personas humanas, sus aptitudes, su sociabilidad y complementariedad, sus fines y los derechos y responsabilidades que les son inherentes. Lo mismo ocurre con la naturaleza y función del matrimonio y sus fines de procreación, convivencia y auxilio mutuo, como base esencial de la familia, definida en la Constitución como el *núcleo fundamental de la sociedad*, obviamente, por su referencia a la procreación y formación de la familia, y todo ello, en coherencia con el inequívoco deber del Estado de darle protección y propender a su fortalecimiento.



El texto parece, mas bien, dirigido a legitimar una tendencia legislativa que lejos de fortalecer el matrimonio, la familia, y la sociedad, conduce a un profundo debilitamiento de las tres instituciones, aunque bajo el argumento de agregar derechos que supuestamente subsanarían discriminaciones que hoy sufren quienes conciben hijos en parejas son contraer matrimonio o se trata de personas de un mismo sexo.

Las cosas se plantean así, como derechos exigidos a partir de precarias situaciones de hecho, generadas, en muchos casos, sin mayores compromisos ni consideraciones a la necesidad de velar rigurosamente y con la necesaria estabilidad, por el principalísimo bien de los hijos y la consistencia de la sociedad. Esto se hace, como si no obstante la precariedad descrita, se viviera una situación de supuesta discriminación arbitraria que exigiría la igualdad con los derechos y deberes que detentan, por su compromiso, los cónyuges. Con ello se debilita la exigencia de solidez del matrimonio, la estabilidad de la familia y la de la propia Sociedad, que propone la Constitución, y se hace como si no hubiera razón para exigir a los protagonistas de esas situaciones precarias, ser coherentes con la naturaleza y fines de las personas, del matrimonio y la familia, para considerarla *núcleo fundamental de la propia sociedad*.

Y es que, en el caso, no puede invocarse discriminación arbitraria de las normas que son aplicables a quienes se someten, de buena fe, a las regulaciones que el Orden Jurídico y particularmente la Constitución, consideran necesarias para fundar, sostener y fortalecer el núcleo esencial de la Sociedad que es la familia pues esa realidad es diferente a la que surge de quienes lo hacen de facto o desde un ordenamiento claramente precario o desde el artificio de una fecundación heteróloga y con un efecto previsible que pugna con el previsto por la Constitución.

Por ello, para hacerlo, se soslaya que la conducta humana, en la medida en que involucra el bien de terceros como son los hijos y la propia sociedad, asume responsabilidades que determinan, necesariamente, límites a la autonomía y libertad de las personas, y que el reconocimiento a tales límites y esfuerzos no puede considerarse discriminatorio porque obedece a la naturaleza de las personas, del matrimonio, de la familia y de la sociedad y a la forma de cumplir eficazmente con los altos fines que son, precisamente, las razones por las cuales la Constitución ordena su protección y fortalecimiento.

Sin embargo, sin acudir al fondo de la cuestión, ni a la razonabilidad, el capítulo intenta justificar la tendencia postulada, en términos puramente formales, bajo afirmaciones que niegan la densidad de los conceptos, sosteniendo que, *“pese a la abundante normativa internacional sobre protección a la familia, los instrumentos de derechos humanos no entregan una definición de esta institución”*, como si lo dicho permitiera vaciar de contenido el concepto de familia y permitiera entonces admitir que el origen de ésta pueda ser, también, la diversidad de uniones afectivas de facto, o personas de un mismo sexo, eludiendo, de paso, asumir que tales condiciones son de suyo, precarias, de menor compromiso y estabilidad, y que será difícil que puedan cumplir con sus fines exigidos de velar, con la eficiencia debida, por la formación y el bien de los hijos y de la Sociedad.

Ante ello, cabe preguntarse: ¿puede afirmarse que carece de contenido definitorio la norma del Art. 1º de la Constitución Política cuando define a la *“familia”* como *“el núcleo fundamental de la sociedad”*? ¿o cuando agrega *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual material posible”* y que *“Es deber del Estado...dar protección a la población y a la familia y propender al fortalecimiento de ésta.”*? o cuando la norma del Art. 1º de la Ley de Matrimonio Civil, ateniéndose al mandato de la Constitución prescribe que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”* y que *“el matrimonio es la base principal de la familia”*?

¿Es que no hay en todas estas expresiones una clara referencia al vínculo que genera el matrimonio; a la procreación y formación de la prole que es finalidad del mismo y que genera la familia y a la sociedad que surge como consecuencia de todo ello?

¿Puede sugerirse, entonces, que la noción de núcleo fundamental de una sociedad que el Estado debe proteger y aun fortalecer es algo que puede quedar entregado a uniones de facto o precarias y de variado o escaso compromiso e inclusive de carácter homosexual? ¿Puede pensarse que con ello el Estado está cumpliendo con su explícito deber de fortalecer la familia generadora y formadora de los hijos y núcleo fundamental de la sociedad?

Y estas mismas preguntas se pueden formular frente a las principales normas que consagran la materia en los siguientes Tratados Internacionales:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 postuló en su artículo 16 el derecho de los hombres y las mujeres a casarse y a fundar familia expresando, además, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 postuló en su artículo VI que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección por ella.

3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su Art. 23 N°1 prescribe que “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” y en su N° 2, que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar familia si tienen edad para ello”.

Como puede advertirse, el sentido de estas normas como el de las nacionales, es claro en cuanto a que ninguna autoriza las alternativas que se están postulando, porque ellas no son coherentes con los fines del matrimonio y su vinculación con la familia y la sociedad, como el mejor camino para la formación de los hijos y la fortaleza de la familia y la sociedad.

Pero es el caso de que sorteando el tema de fondo, sin detenerse en el contenido de las normas Constitucionales y legales y de los tratados vinculantes cuya claridad hemos visto, se recurre a la supuesta vía del Derecho Internacional, citando la opinión del “Comité de Derechos Humanos de la ONU, que no obliga, y que insólitamente concluye “que corresponde dejar esa definición –de familia- a cada Estado” y que frente a “la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.”

Y en la misma línea primero se confirma que “distintos instrumentos de derechos humanos reconocen a hombres y mujeres”(...)“el derecho a casarse y fundar familia, pero se agrega que Si bien esta formulación asimila familia a relación matrimonial, la jurisprudencia y ciertos instrumentos internacionales más actuales han extendido el alcance del derecho a formar familia sin fijar una modalidad específica para realizarlo”(…) y “en este sentido el derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos.”

Y más aún, con miras a una aproximación o extensión del concepto de familia, se invocan en el capítulo, el caso de la “Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus

Familiares” porque en ella, dada la contingencia el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que tengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable produzca efecto equivalente al matrimonio, así como a los hijos a su cargo reconocidos como familiares por la legislación aplicable entre los estados de que se trate”.

Pero se trataría, entonces, de un sistema por el que, ya no el derecho, sino los hechos que configuran excepcionales emergencias, por precarios que fueren, serían los que forman los principios interpretativos y que, éstos, supuestamente exigirían a los Estados Partes, dada la deseada *progresividad del método interpretativo*, quedar obligados de modo diverso a lo que prescriben los tratados y sus normas nacionales sustantivas. Así, esto no es más que una forma extrema de voluntarismo que busca legislar e imponerse autoritariamente sin someterse a límites democráticos e institucionales, legales, morales, racionales ni naturales y que con desprecio de la soberanía de cada país legitimaría alternativas gravemente inconducentes y alejadas de los profundos y esenciales fines de desarrollo familiar y social que se persiguen.

No es entonces lo apropiado partir por debilitar arbitrariamente la pormenorizada y abundante normativa en vigencia o alterarla irregularmente para improvisar soluciones experimentales, no debidamente fundadas y claramente contrarias al verdadero contenido, sentido y alcance del orden jurídico que nos rige.

Entre tanto, no puede negarse que el ordenamiento jurídico vigente que emana de la Constitución, la legislación y los Tratados mencionados esta fundado en una concepción antropológica de siglos en la que la persona humana, hombre y mujer, por su naturaleza social instintiva, pero a su vez libre, inteligente y voluntaria, se unen complementaria y oficialmente en la constitución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, para vivir juntos, procrear, auxiliarse mutuamente y formar con estabilidad a su progenie del modo más profundo y eficiente y, a partir de ese núcleo, buscar también, por la necesidad natural de alcanzar sus propios fines de perfección moral, la constitución de la Sociedad, otorgándole a ésta, la entidad y estabilidad que requiere para la búsqueda del bien común. Y que vista la libertad de todos y las distintas opciones conductuales de cada cual, las personas busquen desarrollar una convivencia, compatible con los derechos de derechos de unos y otros y en este caso, los de los cónyuges y los de sus hijos, en orden, paz, seguridad y justicia, como garantía del bien común.

Naturalmente ello no se opone a la necesidad de encontrar soluciones a las situaciones de crisis o de fracasos que se presenten dado que las personas y particularmente los niños, requieren de la asistencia y protección debida.

Son estas las realidades esenciales desde las que hay que partir para analizar con la razón, la experiencia empírica y la prudencia, cómo hacer lo posible y mejorar y fortalecer la familia, cuales deban ser las normas de conducta que conduzcan con eficiencia al bien común, cuales son las limitaciones que pueden o deben imponerse a esta autonomía en función de tal bien, cuales los deberes que deben exigirse y cuales los derechos y asistencias que deben salvaguardarse. Hay una naturaleza de cuyos caracteres y fines complementarios emanan estos derechos y límites y que exige contrastarla con aquellas conductas que se proponen para hacerlas compatibles con ella sin debilitar las instituciones que son fundamentos de la sociedad.

Esta es la razón de que el origen mismo de la familia se radica en el matrimonio de un hombre y una mujer, miembros de institución regulada, que es la base principal de la familia y el fundamento sobre el que reposa las sociedades humanas. Y es la razón de que el derecho reconozca a todo hombre y mujer su derecho al matrimonio y a la familia.

Finalmente consigno aquí aspectos de la Doctrina Jurídica Nacional

Como dice D'Aguanno, citado por Luis Claro Solar, "*La familia como fenómeno natural, tiene su origen en los sexos y como institución jurídica, deriva del matrimonio que es la unión sancionada por la ley*"¹.

"Esta institución", dice Claro, "crea relaciones jurídicas permanentes que no interesan sólo a los individuos que la forman sino a la sociedad entera. Con el matrimonio nacen vínculos de afecto entre los que se unen y entre éstos y la prole, vínculos que tienen carácter eminentemente moral porque tienden al mejoramiento del individuo y al bienestar social."²

La trascendencia de la familia y del matrimonio es lo que llevó al Constituyente a expresar en el artículo 1 de la Constitución que "*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*" y que "*Es deber del Estado... dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta...*", en tanto que llevó al legislador, cumpliendo este mandato, a definir el matrimonio en el artículo 102 del Código Civil, como "*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*".

"Esta definición" dice Claro Solar "*es una de las más completas que se han dado del matrimonio y pone ella en relieve sus caracteres esenciales como institución jurídica, llamada a constituir la familia sobre la base estable del afecto y de los recíprocos sacrificios. No tiene el matrimonio por único objeto la procreación de los hijos, la conservación de la raza humana, sino esa comunidad viva y de sacrificios que constituye el honor y la moralidad de la unión conyugal*"³.

Y agrega D'Aguanno: "*El matrimonio no es un simple contrato, porque en él tienen origen relaciones jurídicas permanentes que no interesan solamente a los individuos que lo celebran, sino a la sociedad entera; de lo que se desprende que no es posible aplicarle las reglas comunes a todos los contratos*"⁴.

La capacidad para el matrimonio es distinta de la que se requiere para los demás contratos, las obligaciones a que da nacimiento no dependen de la voluntad de las partes, como las que crean los demás contratos. Ellas se encuentran contenidas en el texto de la ley y no pueden ser objeto de modificaciones por las partes.

Dadas estas razones y antecedentes este consejero considera insuficiente y erróneo el análisis que se contiene en el proyecto de capítulo del Informe Anual titulado Derecho a la protección de la familia y vota en contra de la aprobación del mismo.

Miguel Luis Amunátegui Mönckeberg.
Consejero. Stgo. 16 de Noviembre de 2015.
INDH. Stgo.

¹ La génesi e levoluzione del Diritto Civile, citado por Luis Claro Solar en Explicaciones de Derecho Civil y Comparado Volumen I pag. 261.

² Claro Solar Ob. Cit. P.281.

³ Ibídem p.288.

⁴ La Génesi e levoluzione del Diritto Civile N 97, paag 248, citado por Claro Ob. Cit. Pág. 289.