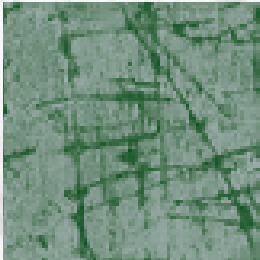
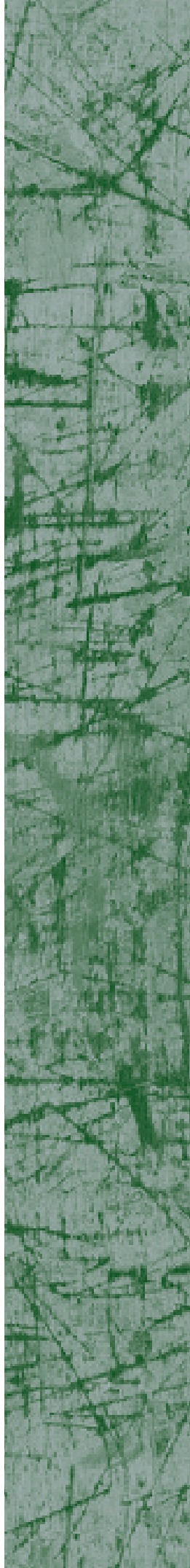


Ejercicio de derechos sin discriminación

3

1. Trabajo no remunerado en el ámbito doméstico
 2. Autonomía de las personas con discapacidad mental
 3. Derechos de las personas afrochilenas
 4. Derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en procesos judiciales
 5. Derecho a la libertad religiosa
- 



1

TRABAJO NO REMUNERADO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO



Fotografía: Enrique Cerdá



TRABAJO NO REMUNERADO EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO



ANTECEDENTES

El 15 de julio de 2014 se promulgó la Ley 20.761, y con ello, los padres trabajadores podrán hacer uso de un permiso de hasta una hora al día para alimentar a sus hijos o hijas de hasta 2 años de edad, permiso que hasta esa fecha era exclusivo para las madres trabajadoras. La reforma se suma a una lenta pero sostenida generación de oportunidades ofrecidas por la normativa laboral para una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares, reconociendo que, en efecto, las trabajadoras en Chile deben conciliar sus obligaciones laborales con otras tareas derivadas del rol exclusivo que aún ocupan en el cuidado y crianza de los hijos e hijas así como en las tareas domésticas. En este sentido, la iniciativa denota una creciente visualización de que el gasto de esfuerzo y energía humana que estas tareas demandan constituyen un tipo de trabajo —el trabajo doméstico no remunerado— que no cuenta con el reconocimiento económico ni con la protección legislativa y de política social que recibe el trabajo remunerado.

Esta realidad, silenciosa pero apremiante en tantos hogares, tiene múltiples efectos sobre los derechos de las mujeres, tanto de las que trabajan remuneradamente como de aquellas que destinan buena parte de su vida a la crianza de hijos o hijas, que pierden oportunidades laborales, logran menor acceso a formación o especialización y dejan de aportar para su jubilación, además de otras limitaciones a su autonomía, desarrollo y participación social y política. La creciente importancia que los organismos internacionales de derechos humanos y algunos gobiernos están dando a esta problemática se refleja en el mandato que entregó la Asamblea General de las Naciones Unidas a la ex-Relatora

Especial sobre la extrema pobreza de elaborar un informe sobre el trabajo doméstico no remunerado (2013) y sus efectos sobre los derechos humanos de las mujeres.

El trabajo doméstico no remunerado se lleva a cabo en dos grandes áreas: la producción de bienes y servicios para el grupo familiar (cocina, lavado, planchado, limpieza, compras), también denominadas “tareas domésticas”, y la entrega de cuidados (alimentar, vestir, asear, acompañar) a personas que requieren apoyo para sus funciones básicas (niños/as, adultos/as y/o personas mayores en situación de dependencia temporal o permanente, por enfermedad, accidente o discapacidad)¹. Esta agrupación es utilizada por diversos organismos y autores, entre ellos por la ex-Relatora Especial sobre la extrema pobreza, quien señala: “Para fines del presente informe, el trabajo doméstico no remunerado incluye el trabajo doméstico (preparación de comidas, limpieza, lavado de ropa, acarreo de agua y combustible) y el cuidado directo de personas (incluidos niños, personas de edad y personas con discapacidad, así como adultos hábiles) en hogares y comunidades” (2013: párr. 3).

Se trata de una carga de trabajo que recae principalmente sobre las mujeres, quienes considerando el tiempo de trabajo remunerado y el no remunerado, suman sistemáticamente mayores horas de trabajo que los hombres, en todos los sectores socioeconómicos, aun cuando la sobrecarga de trabajo doméstico no remunerado es mayor en los grupos

¹ El derecho internacional de los derechos humanos reconoce en la familia a un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros, y en particular de los niños, que deben recibir la asistencia y protección necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, si bien no define dicho concepto de modo alguno. Ver A/HRC/26/L.20 del 23 de junio de 2014, sobre protección de la familia.

de menores ingresos. Lo mismo ocurre en todo el mundo, como lo ha documentado recientemente Naciones Unidas en el Informe de la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2013) sobre el trabajo doméstico no remunerado y sus efectos sobre los derechos humanos y la pobreza. La preocupación de la comunidad internacional se inscribe tanto en los desafíos del desarrollo con equidad y superación de la pobreza como en el logro de la igualdad de género –en el sentido de superar la desigual distribución de roles, deberes y derechos entre mujeres y hombres– y el reconocimiento efectivo del aporte de las mujeres al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad.

La escasa visibilidad económica y social del trabajo doméstico no remunerado, un uso de tiempo y energía física que no tiene valor de mercado, ni se considera en las mediciones de la riqueza nacional, se explica por su concepción naturalizada, como parte del rol social asignado a las mujeres. La creciente integración de las mujeres al mercado de trabajo y la vida pública, las demandas de los movimientos feministas, las recomendaciones del sistema internacional y los avances de las disciplinas académicas que conceptualizan el trabajo doméstico no remunerado como actividad productiva y fundamento oculto del sistema económico (Picchio, 2009), han ido presionando para el reconocimiento de la importancia de ese trabajo, la necesidad de asumirlo como una responsabilidad social y su integración como actividad productiva a los sistemas de cuentas nacionales y a las políticas públicas².

El presente apartado identifica los estándares internacionales de derechos humanos en materia de trabajo doméstico no remunerado, expone los efectos de su sobrecarga para los derechos humanos de las mujeres de distintas edades, y examina la situación nacional tanto en términos de antecedentes empíricos como de normas y políticas públicas.

2 La descripción del trabajo doméstico no remunerado como actividad productiva y la necesidad de incluirlo en las mediciones del tiempo de trabajo se encuentra en la Resolución I de la 18ª. Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo sobre la medición del tiempo de trabajo (OIT, 2008a, párrafos 4, 5 y 6).

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El abordaje de las problemáticas de derechos humanos derivadas de la desigual distribución del trabajo doméstico no remunerado se afina en los principios de igualdad y no discriminación que dan origen al sistema internacional de los derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ contiene varias disposiciones al respecto, incluidas la igualdad de derechos y de responsabilidades de los cónyuges durante el matrimonio y en caso de su disolución (Art. 23, N° 4) y el derecho de todo niño, “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”⁴ (Art. 24, N° 3).

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW)⁵ avanza sobre los sentidos de la igualdad entre el hombre y la mujer afirmando desde el preámbulo que para su logro “es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”, un propósito que repite como mandato en el artículo 5°. En ese sentido, señala que en los diferentes espacios de la vida social, política, económica y familiar, se precisa eliminar discriminaciones y estereotipos sobre mujeres y hombres⁶.

Adicionalmente, la CEDAW apela a una mayor responsabilidad de la sociedad en el cuidado de las personas. Es así como llama a “una comprensión adecuada de la maternidad como función social” (Art. 5, b), reforzando la idea de que para la plena igualdad de mujeres y hombres no basta con una igual distribución de tareas en el hogar, sino que es

3 Ratificado por Chile en 1972.

4 Ver nota 1.

5 Ratificada por Chile en 1989.

6 Los estereotipos sobre mujeres y hombres se refieren a las concepciones producidas culturalmente sobre papeles, características, capacidades y ámbitos de la sociedad más pertinentes a cada uno, las que se expresan en discriminación en diversos ámbitos. Además de la abundante indagación sobre el tema producida por filósofas, sociólogas, economistas, juristas, antropólogas, científicas políticas e historiadoras, puede consultarse el texto de Manuel Castells “El fin del patriarcado: movimientos sociales, familia y sexualidad en la era de la información”, en el Volumen II de su trilogía “la Era de la Información,” siglo XXI Editores, 2001, pp. 159 a 270 y el capítulo “Género y sexualidad” en el clásico manual “Sociología” de Anthony Giddens (Alianza Editorial Madrid, varias ediciones).

necesario, entre otros cambios, “Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública” (Art. 11, c)⁷.

El concepto que propone la CEDAW de la maternidad como función social pone el acento en las necesidades de cuidado de niñas y niños, pero el desarrollo del derecho internacional ha ido ampliando de manera creciente la noción de cuidado de las personas hacia otros grupos que también lo requieren y sobre los cuales hay responsabilidad familiar, social y estatal.

En ese sentido, el Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares⁸ establece que su aplicación incluye, además de aquellos/as con responsabilidades de crianza: “(...) a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén (...), (Art. I, N° 1). El instrumento hace referencia explícita a las obligaciones del Estado y la comunidad respecto de familiares que necesitan “cuidado o sostén”, y en su artículo 5 establece: “Deberán adoptarse además todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para: (...) (b) desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar”.

Desde esta misma perspectiva, otras convenciones han mandatado a los Estados promover o proveer servicios –ya sea para apoyar a las familias o para asegurar el adecuado cuidado y ejercicio de derechos de las personas que lo requieren– en el caso de niñas y niños (Convención de Derechos del Niño⁹ Artículo 18, N° 2 y 3), y de las personas que viven con discapacidades (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰, arts. 23, 24 y 25).

7 La construcción de las identidades masculinas y sus dificultades para adaptarse a los cambios en las relaciones de género ha sido abordado en Chile por José Olavarría, Teresa Valdés y otros autores y autoras desde hace unas dos décadas, en textos como “Masculinidad/as, poder y crisis” (ISIS, 1997) y Masculinidad/es. Identidad, sexualidad y familia (FLACSO-Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 2000), entre otros.

8 Ratificado por Chile en 1994.

9 Ratificada por Chile en 1990.

10 Ratificada por Chile en 2008.

El tema está incluido asimismo en las propuestas avanzadas hacia la Convención Internacional de los Derechos de las Personas Mayores (Huenchuan, 2013).

La desigual distribución del trabajo doméstico no remunerado tiene efectos sobre el disfrute de algunos derechos humanos por parte de las mujeres. Es el caso del ejercicio del derecho a trabajar; a condiciones adecuadas de trabajo, a la protección social, a la educación y disfrute del nivel de salud más alto posible, y a la participación política y social, entre otros.

Derecho a trabajar. El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales¹¹ señala que toda persona debe tener “la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, (art. 6° 1) y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 11) establece que mujeres y hombres deben poder ejercer este derecho en condiciones de igualdad. Las convenciones reconocen que la concentración de responsabilidades familiares no facilita el ejercicio de este derecho a las mujeres. De manera explícita, el Convenio 156, de OIT se define por su aplicación a trabajadores con responsabilidades familiares “cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella” (Art. 1.2).

Derechos laborales. El trabajo doméstico no remunerado debe considerarse asimismo desde la perspectiva del Artículo 7 del PIDESC, referido a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, considerando que las personas que se dedican a este de manera exclusiva no cuentan con reconocimiento formal de derechos como “el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo (....)” (art. 7 b), entre otros. Estos derechos se ven cuestionados en el caso de quienes combinan trabajo remunerado y no remunerado, hecho reconocido por OIT en el Convenio 156, que identifica las responsabilidades familiares de las y los trabajadores como fuente de discriminaciones y obstáculo al disfrute de los derechos laborales. Pero más precaria aún es la situación de quienes se dedican exclusivamente a las tareas domésticas y de cuidado

11 Ratificado por Chile en 1972.

en el hogar, puesto que se trata de un tipo de actividad no reconocida jurídica ni económicamente como trabajo productivo, por lo que no genera reconocimiento de ningún derecho laboral.

El *derecho de toda persona a la seguridad social* es reconocido tanto por el PIDESC (Artículo 9) como por la CEDAW, que en su artículo 11.e establece que las mujeres deben gozar en igualdad de condiciones que los hombres del derecho a la seguridad social, “en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas”. Lo mismo que en el caso de los derechos laborales, estos se encuentran por lo general supeditados a la participación en un trabajo remunerado formal, por lo que las personas no integradas a la actividad económica no acceden a ellos, salvo en los casos en que los Estados provean servicios específicos para personas afectadas por enfermedades, o invalidez, o que cuenten con un sistema de pensiones no contributivas de vejez.

La falta de reconocimiento y valoración del trabajo doméstico no remunerado se hace crítica al llegar a la vejez, como es el caso de muchas mujeres que han trabajado en su hogar toda la vida sin remuneración. En los sistemas contributivos, las mujeres que han trabajado remuneradamente ven su pensión reducida por haber destinado parte de su edad productiva a la crianza de hijos/as o el cuidado de personas dependientes. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 6¹², precisa la obligación de los Estados de asegurar ingresos a todas las personas –a partir de cierta edad– que carezcan de ingresos y/o no califiquen para una pensión contributiva.

Derecho a la participación. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 25, los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y ser elegido en elecciones periódicas libres y a tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Entre los diversos factores que se unen para que en la mayor parte de los países no exista una igual

participación de las mujeres en los cuerpos elegidos y los espacios de decisión pública, la carga de trabajo doméstico no remunerado ocupa un lugar no menor. Como argumenta el informe mencionado de Naciones Unidas sobre trabajo doméstico no remunerado y pobreza (2013, op. cit.), dicha carga no solo reduce el tiempo disponible para ser partícipe de actividades públicas, sino que se asocia a la infravaloración económica y social de la actividad doméstica y a la falta de poder de quienes la realizan.

El derecho a la salud. El PIDESC, en su Artículo 12, reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El trabajo doméstico no remunerado excesivo, o su realización en condiciones inadecuadas, puede afectar este derecho de diversas formas. El mencionado informe de la Relatora Especial para la extrema pobreza¹³ señala:

El esfuerzo físico y emocional del trabajo doméstico no remunerado puede tener efectos perjudiciales sobre la salud física y mental de quienes lo ejercen, ya sea por su duración excesiva, por la exigencia física, por el aislamiento, o la falta de tiempo para otras actividades, incluido el esparcimiento, y los vínculos sociales. Al desconocer el trabajo de cuidado como un factor de riesgo se está incumpliendo con las obligaciones de preservación de la salud.

La actividad doméstica puede constituirse a la vez en un impedimento para el acceso a los servicios de salud disponibles. Por otra parte, las carencias en servicios públicos de salud para las personas que requieren cuidados especiales, como enfermos postrados u otros con alto nivel de dependencia, agravan la recarga doméstica de cuidados y reducen la calidad del cuidado recibido en el hogar. Es decir, distintos aspectos del acceso a la salud, tanto de quienes cuidan como de quienes recibe cuidados, se ven afectados por el exceso de trabajo doméstico no remunerado, en condiciones de desigualdad de género.

El derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del PIDESC, y en el Artículo 28 de la Convención de los

12 Organización de Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad”, Observación general N° 6 (E/C.12/1995/16/Rev.1), Ginebra, 1995.

13 Informe de la ex-Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, presentado al 68° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, agosto 2013, párrafo 44.

derechos del Niño¹⁴ se ve con frecuencia obstaculizado para quienes tienen responsabilidades del trabajo doméstico no remunerado, en diferentes edades. Por esta razón, la CEDAW compromete a los Estados, en su artículo 10 (f), a “la reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente”. Atribuye además a la educación un papel relevante en “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza” (10.c), que está en la base de la desigual distribución de las responsabilidades domésticas y de cuidado.

Una referencia especial merecen los *derechos de niñas, niños y adolescentes* cuando ellos o ellas se ven inmersos en el trabajo doméstico no remunerado. Además de entrar en conflicto con el derecho a la educación, este puede colisionar con el derecho al descanso y esparcimiento del que son titulares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Derechos del Niño y con el Artículo 32 sobre protección “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. En esta línea, la Conferencia de Estadísticas del Trabajo de OIT (2008b, párr. 37) ha establecido que los servicios domésticos no remunerados prestados por los o las menores de edad en su propio hogar constituyen una forma de trabajo peligroso —es decir, un trabajo perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño— cuando son realizados en horarios prolongados, en un medio insalubre, o en lugares riesgosos. La definición está sustentada en el art. 3.d del Convenio 182 de OIT, sobre las peores formas de trabajo infantil¹⁵. Sin embargo, los instrumentos sobre trabajo infantil están concebidos para la protección de niñas y niños contra la explotación económica por parte de un empleador o patrón, y en este sentido, no se refieren de manera inequívoca al trabajo doméstico no remunerado infantil. Más aún, OIT (2002) mantiene vigentes textos orientadores en que se excluye explícitamente del trabajo infantil las “actividades

como la de ayudar, después de la escuela y realizados los deberes escolares, en los trabajos de la casa o el jardín, el cuidado de los niños o cualquier otra labor ligera”, sin desarrollar la posibilidad de que las ayudas traspasen la categoría de “labor ligera”.

Igualdad y no discriminación. De lo expuesto hasta aquí se desprende que el desigual reparto del trabajo doméstico no remunerado, tanto en su aspecto de cuidado de personas como de producción de bienes y servicios para el grupo familiar, puede considerarse como base de la discriminación de las mujeres. A ello se refiere CEDAW, al afirmar que “el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación” y al reconocer que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Es en este sentido que la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos (2013, párr. 13) sostiene que “abordar las responsabilidades del trabajo doméstico es un componente esencial de las obligaciones contraídas por los Estados para asegurar la igualdad entre los géneros en el hogar, el trabajo y la sociedad en general”.

NORMATIVA NACIONAL

Los estándares internacionales revisados se vinculan a los mandatos constitucionales de igual dignidad y derechos de todas las personas (art. 1), a los derechos de ciudadanía (art. 13°), y a otros relativos a participación política y social, presentes en la Constitución Política de Chile. Asimismo, tienen relación con diversos derechos establecidos en el artículo 19, como a la protección de la salud (9°), a la educación (10°), a la libertad de trabajo y su protección (16°), y a la seguridad social (18°), entre otros.

Las normas legales que abordan de manera específica las responsabilidades familiares han experimentado un paulatino avance hacia la nivelación de responsabilidades entre mujeres y hombres, y hacia el reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado, tanto en la legislación sobre familia como en la legislación laboral, particularmente en lo

14 Ratificada por Chile en 1990.

15 Ratificado por Chile en julio de 2000.

que respecta al cuidado de hijos e hijas. Un primer reconocimiento en la legislación de familia tuvo lugar en 2004, con la reforma a la Ley 19.947 de matrimonio civil, que establece, en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación al “menoscabo económico” que hubiere sufrido aquel de los cónyuges que “...como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común (...) no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería (...)” (art. 61).

Entre los cambios recientes a la normativa sobre familia puede consignarse la Ley 20.680 de 2013¹⁶, que introduce al Código Civil el concepto de corresponsabilidad, integrando a este cuerpo legal el siguiente texto (Artículo 1°. 3, inciso 2): “El cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes”.

El concepto de corresponsabilidad no modifica sino que complementa el propósito de protección a la maternidad presente en la normativa laboral¹⁷, cuya finalidad es asegurar el cuidado de la mujer gestante, evitar o sancionar la discriminación de las mujeres trabajadoras por embarazo o maternidad, y facilitar su permanencia en el empleo¹⁸. Cabe anotar que estas normas se aplican principalmente a las trabajadoras que cuentan con un contrato de trabajo, y se desarrollaron bajo el supuesto de que la mujer es la principal responsable del cuidado de los hijos o hijas, es decir, lo que protegen es el ejercicio de la maternidad en las

trabajadoras contratadas, incluyendo al padre solo en casos extremos, como el fallecimiento de la madre. Actualmente, las mejoras a la ley laboral han ido integrando en forma gradual el concepto de la responsabilidad paterna. Así, al establecimiento del permiso paternal por nacimiento o adopción de un hijo (Ley 20.047 de 2005) se agrega la Ley 20.545 de 2011 que extiende el período de permiso posnatal, abriendo la posibilidad de que sea el padre quien haga uso del período adicional. A ello se suma la recién promulgada Ley 20.761 (julio de 2014), sobre extensión opcional al padre del permiso para alimentación (establecido en 2007 por la ley 20.166), pudiendo abandonar su lugar de trabajo durante una hora al día para alimentar a los/as hijos/as de hasta dos años de edad.

En relación con la corresponsabilidad en el cuidado de personas dependientes de otras edades, es importante el proceso originado en la Ley 19.505 que estableció en 1997, por primera vez, un permiso a los padres o madres trabajadoras para el cuidado de hijos/as en situaciones que requieren cuidado especial. En 2011 se amplió el permiso, para abarcar el cuidado de “personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien que presenten dependencia severa” (Ley 20.535), siendo esta la primera vez que una ley laboral reconoce el cuidado de personas adultas dependientes como una responsabilidad protegida.

A lo anterior cabría agregar algunas iniciativas legislativas orientadas a favorecer la corresponsabilidad parental, como es el caso de la moción de un grupo de diputados, presentada en mayo de este año, con el objeto de ampliar el derecho a la sala cuna a hombres trabajadores¹⁹.

Las nuevas normas acercan la legislación nacional al concepto amplio de responsabilidad familiar contenido en el Convenio 156 de la OIT. Sin embargo, están aún distantes de un concepto igualitario de responsabilidades familiares, en la medida que los permisos de ampliación del posnatal y licencias por cuidado mantienen como principal titular a la trabajadora, entrando el trabajador solo a elección de la madre. Es decir, no se reconoce al padre el mismo grado de responsabilidad que a la madre.

16 Ley 20.680, promulgada en junio de 2013, que “Introduce modificaciones al código civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”. Sustituye el artículo 225 del Código Civil por el siguiente: “Si los padres viven separados podrán determinar de común acuerdo que el cuidado personal de los hijos corresponda al padre, a la madre o a ambos en forma compartida”.

17 Entre las normas de protección a la maternidad en Chile cabe mencionar los artículos del Código del Trabajo sobre subsidio maternal (art. 198), descansos pre y posnatal (art.195), permisos por enfermedad grave del hijo menor de un año (art.199), fuero maternal (art. 201), realización de trabajos no perjudiciales (art.202) y derecho a sala cuna (art. 203).

18 La protección a las mujeres en el período de embarazo, parto y crianza es un principio fundante del sistema universal de derechos humanos, presente en la Declaración Universal (art. 25,2), PIDESC; Art.,10, 2; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art.VII) y otros instrumentos. El tema se revisa en la sección de este informe sobre maternidad voluntaria.

19 Boletín 9340-13, moción ingresada el 13 de mayo de 2014, que modifica Código del Trabajo con el objeto de ampliar el derecho a la sala cuna.

LA MEDICIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO

Las últimas normas señaladas se sitúan, como se mencionó, en el ámbito del trabajo remunerado, al igual que distintas iniciativas públicas y privadas que se orientan a la llamada “conciliación” entre familia y trabajo. No existe una normativa equivalente para la protección del trabajo doméstico no remunerado o de las personas que ejercen el trabajo no remunerado de cuidado de personas dependientes, para el cual no se han desarrollado hasta ahora normas de protección sobre las condiciones de horas, descanso, vacaciones, que garanticen el cuidado de su salud y la preservación de su autonomía. El reconocimiento más cercano ha sido en el marco de la reforma previsional que consagró desde 2008 el derecho a Pensión Básica Solidaria (PBS) a las personas que no hubieran cotizado nunca en un sistema previsional, la mayor parte de las cuales son mujeres. Aunque no se trata de un derecho universal, ya que se focaliza en el 60% de menores ingresos, esta medida representa por primera vez un reconocimiento al trabajo no remunerado de las mujeres en el hogar. Por su parte, el bono por hijo, establecido en la misma reforma, y que beneficia a las mujeres desde los 65 años, con la excepción de las integrantes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, representa a su vez un reconocimiento al trabajo de crianza.

La desprotección legal del trabajo doméstico no remunerado se extiende al realizado por niñas y niños. Las normas sobre trabajo infantil que contiene el Código del Trabajo, reformado por la Ley 20.189 de 2007, se refieren a la contratación de menores de edad (15 a 18 años) estableciendo que solo pueden efectuar “trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo”, y que no interfieran con su educación, básica o media. Asimismo, se fija un máximo de 30 horas semanales durante el período escolar, y se prohíbe que trabajen más de ocho horas en un día. Ni esta ley ni su reglamento²⁰ que lista los trabajos peligrosos, se refieren al trabajo doméstico no remunerado infantil ni estipulan condiciones para ser realizado protegiendo la salud, el desarrollo y la educación de las y los menores de edad. Aun cuando es posible examinarlo a la luz de las exigencias de estas normas, resultan insuficientes para su regulación y protección.

La identificación de derechos afectados por la desigual distribución de tareas domésticas y de cuidado, tiene como punto de partida la necesidad de “reconocer, valorar, reducir y distribuir el trabajo doméstico no remunerado” como una condición indispensable para la realización de los derechos humanos de las mujeres. Esta recomendación tiene algunas décadas de trayectoria. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer desarrolló en 1991 la recomendación general N° 17 titulada “Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto”. En 1995 la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing anotaba que el creciente ingreso de las mujeres al mercado de trabajo remunerado –un recurrente objetivo de las políticas de desarrollo y superación de la pobreza– “no ha aligerado en consecuencia su carga de trabajo no remunerado en el hogar y en la comunidad” (Naciones Unidas, 2005, párr. 153) y recomendaba a los países “medir y comprender mejor el tipo, el alcance y la distribución del trabajo no remunerado”.

La incorporación de esta recomendación ha sido larga en el tiempo, ya que confronta el afincado estereotipo de género de no considerar como trabajo real ni productivo la actividad dentro del propio hogar, incluso por parte de las mujeres que lo realizan. Entre los avances del sistema internacional en esa dirección destaca la Resolución sobre Medición del Tiempo de Trabajo adoptada por la 18ª Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (OIT, 2008a), que diferencia entre las actividades que corresponden “a las actuales definiciones internacionales de empleo” –y que son las utilizadas en las estadísticas y mediciones económicas– y otro tipo de actividades productivas como “el trabajo doméstico no remunerado y el trabajo voluntario”, estableciendo que “[el] tiempo de trabajo incluye el tiempo dedicado a la producción de todos los bienes y servicios, ya sea pagado o no”. La Conferencia plantea el objetivo de “producir estadísticas del tiempo de trabajo sobre el ‘trabajo doméstico no remunerado y el trabajo voluntario’, necesarias para (...) tener una mayor comprensión y un enfoque más

20 Decreto Supremo N° 50, agosto 2007.

amplio de las políticas económicas, sociales y del mercado laboral" (párr. 5). En línea con estas orientaciones, CEPAL está llevando a cabo el seguimiento del indicador tiempo total de trabajo, desagregado por sexo, para la población activa, con información oficial de los países que ya están aplicando Encuestas de Uso del Tiempo.

LA SITUACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO EN CHILE

En Chile no se cuenta todavía con información periódica sobre el uso del tiempo por parte de mujeres y hombres, la que ya se maneja en varios países de la región. Sin embargo, es posible extraer información de dos estudios realizados por el INE y por SERNAM, ambos del 2009 y limitados a la Región Metropolitana, que ofrecen una primera aproximación a la situación del trabajo doméstico no remunerado, así como a estudios realizados por otros organismos sobre juventud (INJUV, 2012) e infancia (OIT, Ministerio de Desarrollo Social y Ministerio del Trabajo, 2013). Estos y otros estudios son un aporte a la medición y caracterización de las tareas domésticas y de cuidado, y de las necesidades sociales y de políticas asociadas a ella. No obstante, no se aprecia una unificación de los esfuerzos en cuanto a conceptos, metodología y recursos, manteniéndose pendiente la tarea de contar con una medición periódica de uso del tiempo que abarque a los distintos grupos de edad y sexo en diferentes circunstancias ocupacionales, geográficas y sociales.

El informe de SERNAM (2009:140) registra que en todos los grupos socioeconómicos, las mujeres —trabajen o no de manera remunerada— destinan al trabajo doméstico no remunerado mayor tiempo que los hombres, y este tiempo aumenta entre las mujeres de menor nivel socioeconómico. Así, las mujeres encuestadas del estrato de menores ingresos trabajan no remuneradamente un promedio de 421,9 minutos diarios (7 horas), mientras que las del grupo de mayores ingresos lo hacen durante 219,3 minutos (3,6 horas diarias). Este promedio es de 401,6 minutos (6,7 hrs. al día) para las mujeres que no trabajan remuneradamente, y baja a 346,4 minutos (5,8 horas diarias) para las incorporadas al trabajo remunerado. En el caso de los hombres, su

dedicación al hogar llega solo a 178,8 minutos diarios (3 horas) cuando están desocupados y a 142,4 minutos (2,4 horas) diarias cuando están trabajando remuneradamente.

Esta realidad se expresa en la percepción de las mujeres mayores de 18 años a lo largo del país: entre un 57% y un 59% de las encuestadas por Humanas en 2011²¹ se declara como responsable principal del cuidado de niños, porcentaje que sobrepasa el 70% entre las encuestadas de menor nivel socioeconómico. Aproximadamente un tercio declara que la pareja comparte este cuidado, y solo el 1% identifica a su pareja como responsable principal. Al consultar por las tareas domésticas como cocina, aseo, lavado o planchado, la responsabilidad principal de las mujeres sube al 64% —y a más del 80% entre las de menor nivel socioeconómico— mientras que la responsabilidad compartida con la pareja baja a 13% o menos.

La carga de responsabilidades familiares tiene efecto sobre el acceso al empleo. Según las cifras trimestrales de Situación en la Fuerza de Trabajo del INE, en el trimestre móvil mayo a julio de 2014, entre las mujeres no integradas a la fuerza de trabajo (o "inactivas") hubo 1.336.850 que dieron como razón de inactividad "Razones familiares permanentes"²². Esta cifra corresponde al 35,8% de las mujeres inactivas. Estas, según otras fuentes (CASEN 2011), se concentran en los niveles más bajos de educación. Ello confirma que las responsabilidades familiares limitan el acceso de las mujeres al empleo, reproduciendo su pobreza y su falta de autonomía económica.

En el caso de las trabajadoras, a pesar de la promulgación de la Ley 20.545 de 2011 que extiende el período de permiso posnatal, abriendo la posibilidad de que sea el padre quien haga uso del período adicional, las cifras de la Superintendencia de Seguridad Social dan cuenta de un uso mínimo de este permiso por su parte: entre enero y julio de 2014

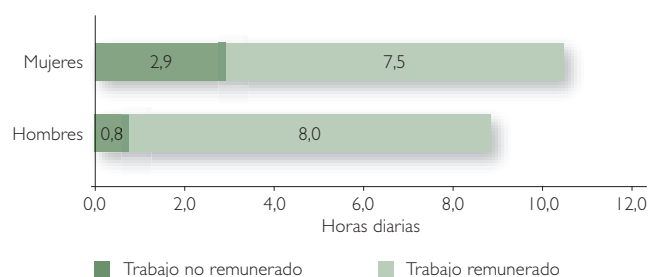
21 Corporación Humanas (noviembre 2011): Octava Encuesta Nacional "Percepciones de las Mujeres sobre su situación y condiciones de vida en Chile 2011", pdf. pp. 13-14, aplicada a 1211 mujeres mayores de 18 años en todo el país.

22 INE (2014) Consultado el 30/09/14 en: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/cifras_trimestrales_MJJ_2014.php

se registraron 58.503 permisos posnatales parentales²³. En el mismo período, los permisos por posnatal parental tras pasados al padre llegaron solo a 115 de jornada completa y 10 de jornada parcial, que equivalen 0,21% de uso de este permiso adicional por los padres²⁴.

El estudio realizado por INE (2009) sobre uso del tiempo, al igual que el de SERNAM (2009), muestra que cuando las mujeres trabajan remuneradamente, no se produce una redistribución de tareas del hogar y de cuidado, sino que ellas incrementan su jornada de trabajo total, como se aprecia en el gráfico siguiente, en que sumando ambos tipos de trabajo las mujeres llegan a 10,4 horas diarias y los hombres a 8,8 horas.

CARGA GLOBAL DE TRABAJO (EN HORAS DIARIAS) PARA PARTICIPANTES SIMULTÁNEOS EN TRABAJO REMUNERADO Y NO REMUNERADO



Fuente: INE (2008) Encuesta experimental sobre Uso del Tiempo en el Gran Santiago, (Población de 12 años y más), p. 33.

La combinación de responsabilidades familiares y laborales afecta proporcionalmente a más mujeres que hombres. Según la Encuesta Nacional de Salud de Trabajadores y Trabajadoras 2009-2010 (MINSAL, 2011:140), un 43,1% de las trabajadoras encuestadas tiene a su cargo el cuidado de niños pequeños, adultos mayores, enfermos minusválidos o crónicos, mientras que el 21,3% de los hombres encuestados se encuentra en el mismo caso. Por otra parte, la misma encuesta registra que en caso de problemas urgentes de

salud de hijos/as o familiares, el 73,9% de las trabajadoras y el 36,7% de los trabajadores asumen su cuidado siempre o casi siempre. Finalmente, el 41% de las trabajadoras y el 7% de los trabajadores señalan que si no están en la casa las tareas domésticas se quedan sin hacer

Las tensiones entre la vida familiar y el empleo repercuten en la salud mental y física. Una encuesta realizada en el año 2011 (CEM-Universidad de Ottawa, 2012) a una muestra de 3.010 hombres y mujeres asalariados/as de todo el país reportó que las mujeres asalariadas chilenas expuestas a la dificultad de compatibilizar ambas responsabilidades experimentan mayores niveles de estrés que las no expuestas (36,2% y 16,7% de mujeres expuestas y no expuestas respectivamente). Asimismo, las mujeres que manifiestan tener interferencias entre el trabajo y la familia están expuestas a un riesgo relativo dos y medio veces mayor de sufrir síntomas depresivos al compararse con las que no manifiestan sufrir interferencias, y aumenta en más del doble la probabilidad de consumir psicotrópicos por parte de hombres y mujeres, frente a quienes no exhiben interferencias (Ansoleaga, 2013)²⁵.

El insuficiente avance del país en estas materias es anotado en el informe sobre Chile del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; que si bien celebra avances como los anotados en materia de legislación laboral, manifiesta su preocupación “por la persistencia de estereotipos tradicionales en relación con las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia y la sociedad”, recomendando al Estado hacer “un mayor esfuerzo para prestar asistencia a las mujeres y los hombres a los efectos de lograr un equilibrio entre sus responsabilidades familiares y laborales (...)” (Comité CEDAW, 2012, párrs. 16 y 17).

No obstante, una señal de avance hacia la responsabilidad paterna y la conciliación igualitaria entre vida familiar y trabajo, es la inclusión en la séptima versión de la ENCLA (Dirección del Trabajo, 2011) de las iniciativas tomadas en la materia por parte de las empresas privadas y su integración

23 Número de subsidios maternales iniciados según tipo de subsidio, entidad pagadora y mes, año 2014. Superintendencia de Seguridad Social, Estadísticas Mensuales 2014.

24 Número de permisos por permiso posnatal parental tras pasados al padre según entidad pagadora y modalidad de extensión, año 2014. Superintendencia de Seguridad Social, Estadísticas Mensuales 2014.

25 Análisis realizado a partir de los resultados de la Encuesta CEM-Universidad de Ottawa (2012), como parte de la tesis de doctorado elaborada por la autora para optar al grado de doctora en Salud Pública, U. de Chile.

en las agendas sindicales, lo que contribuye a hacerlas visibles como materia de seguimiento por el Estado.

En este mismo ámbito, cabe destacar la importancia de las iniciativas del propio Estado, como principal empleador del país y la responsabilidad que le cabe al Servicio Civil en la promoción de planes de buenas prácticas laborales de no discriminación en la administración del Estado, incluidas las de conciliación entre vida familiar y trabajo²⁶. La Dirección Nacional del Servicio Civil informa sobre distintas iniciativas en la materia desde 2006 a la fecha, incluyendo estudios y propuestas (DNSC, 2013) seminarios y elaboración de indicadores de conciliación. No obstante, el seguimiento de dichos planes no aparece incluido en el Plan de Desarrollo Institucional 2012-2014²⁷. A la fecha no se conoce públicamente el plan de desarrollo para la actual administración.

EL TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO EN LA JUVENTUD

La carga y los efectos del trabajo doméstico no remunerando incluyen a todas las mujeres, sin importar su edad. En su Séptima Encuesta Nacional (2012), el INJUV analizó las actividades principales de la población de 15 a 29 años, dando cuenta de sus cambios en el tiempo. Allí concluyó que si bien en el grupo de 15 a 19 años no hay grandes diferencias por sexo en las actividades juveniles, entre los 20 y 24, y con más incidencia entre los 24 y 29, se va perfilando un grupo importante de mujeres jóvenes que no estudian ni trabajan remuneradamente. De hecho, el 87% de jóvenes entre 15 y 29 años que no estudia ni trabaja, son mujeres. El informe observa que las responsabilidades domésticas son una de las principales explicaciones de este hecho, confirmando que estas operan como una restricción al ejercicio de derechos humanos como el derecho al trabajo y que el Estado falla en garantizar el derecho a la educación. Los dos

recuadros siguientes resumen lo encontrado por INJUV en este campo.

Entre los y las jóvenes que no buscan trabajo, quienes dan como razón el dedicarse a labores domésticas y al cuidado de los/as hijos/as son:	
en el grupo de 20 a 24 años	→ el 37% de las mujeres y el 2% de los hombres
en el grupo de 25 a 29 años	→ el 70,5% de las mujeres y el 4,1% de los hombres

Fuente: INJUV (2012) Informe 7ª Encuesta Nacional de la Juventud, pp. 41 y 47.

Entre las y los jóvenes que no se encuentran estudiando, quienes dan como razón el dedicarse a labores domésticas y al cuidado de los/as hijos/as son:	
en el grupo de 20 a 24 años	→ el 18,8% de las mujeres y el 1,9% de los hombres
en el grupo de 25 a 29 años	→ el 19,1% de las mujeres y el 3,3% de los hombres

Fuente: INJUV (2012) Informe 7ª Encuesta Nacional de la Juventud, pp. 37 y 42.

Por su parte, la encuesta CASEN 2011 recoge el impacto de las responsabilidades domésticas y de cuidado de hijos o hijas entre las y los adolescentes, particularmente en las niñas que no asisten a la escuela. Como se aprecia en el recuadro siguiente, un 29,9% de estas da como causa el embarazo o la maternidad²⁸.

Las y los adolescentes de 14 a 17 años que no asisten a algún establecimiento escolar dan como causa las siguientes responsabilidades domésticas y familiares *):	
Ayuda en la casa o quehaceres del hogar	→ el 1,9% de los hombres y el 9,0% de las mujeres
Embarazo, maternidad o paternidad	→ el 0,8% de los hombres y el 29,9% de las mujeres
(*) Personas que no asisten actualmente a algún establecimiento educacional (responden NO a la pregunta e3) y que indican las razones por las que no asisten (pregunta e5).	

Fuente: Elaboración propia sobre la base de análisis de bases de datos encuesta CASEN 2011.

26 El Instructivo Presidencial N° 2, del 15 de junio del año 2006, instauró el Código de Buenas Prácticas Laborales (CBPL) para toda la Administración Central del Estado. Consultado en <http://www.serviciocivil.gob.cl/cbpl/inicio>, el 12 de septiembre de 2014.

27 Consultado en http://www.serviciocivil.gob.cl/sites/default/files/plan_desarrollo_institucional_2012-2014.pdf, el 12 de septiembre de 2014.

28 Las barreras de permanencia en el sistema de las escolares embarazadas o madres fueron abordadas en el Informe Anual 2011 del INDH.

TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO DE NIÑOS Y NIÑAS

Finalmente, atendiendo a los grupos de menor edad, la Encuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes realizada en 2012 (OIT, 2013) informa que 2.922.910 niñas y niños entre los 5 y los 17 años (un 87,8% del total) realiza en Chile tareas domésticas en el propio hogar, a lo menos una hora a la semana. En las niñas el porcentaje es de 91,3%, mientras que en los niños llega al 84,1%, lo que en cifras corresponde a 1.569.826 niñas y 1.353.084 niños.

La encuesta, realizada en conjunto entre OIT y el gobierno de Chile, subsana parcialmente la falta de información actualizada sobre trabajo de niños y niñas mencionada en el Informe Anual 2010 del INDH. El levantamiento de información siguió los criterios de la Conferencia de Estadísticas del Trabajo para el registro de actividades, mostrando por primera vez detalles sobre el trabajo doméstico no remunerado de niñas, niños y adolescentes.

Aunque no toda la actividad doméstica se asimila al trabajo infantil, el estudio llama la atención sobre la gran cantidad de niñas, niños y adolescentes, desde 9 a 17 años, que realizan actividades domésticas en su propio hogar por más de 21 horas a la semana –un promedio de tres horas diarias– según se observa en el cuadro siguiente, los que suman un total de 354.765. La cifra equivale al 10,7% del total de niñas, niños y adolescentes entre 5 y 17 años de edad, y a un 15,1% de los situados entre los 9 y los 17 años. Está compuesta en un 59,4% por niñas (210.844) y un 40,6% por niños (143.221). Esta intensidad en horas es reconocida como equivalente a trabajo peligroso²⁹ debido a que su larga duración interfiere con el desarrollo de los niños y las niñas, afectando sus estudios, su descanso o sus actividades

²⁹ La duración de 21 horas semanales como límite para considerar peligroso el trabajo doméstico no remunerado es una definición nacional. Como señala el Ministerio de Desarrollo Social: “Para el caso de Chile se considera que un servicio doméstico no remunerado es considerado peligroso si es que este se realiza durante jornadas extensas de 21 o más horas a la semana”. Consultado en http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/enc_eanna_def.php, el 29-09-2014. Por otra parte, en la presentación de los resultados hecha por el mismo ministerio (2013), junto con el Ministerio del Trabajo y OIT, se entrega la siguiente entre las categorías de trabajo infantil. “Actividades domésticas no remuneradas de carácter peligroso: son aquellas que se realizan en un horario prolongado, definido como 21 o más horas a la semana”.

de esparcimiento, entre otros derechos. En este grupo predominan las mujeres, siendo el contingente mayor el de las ubicadas entre los 15 y los 17 años.

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA) DE 9 A 17 AÑOS EN TAREAS DOMÉSTICAS (TD) EN SU HOGAR POR MÁS DE 21 HORAS SEMANALES PORCENTAJE SOBRE NNA DE 9 A 17 AÑOS EN TD						
Edades	Q más de 21 horas	% 21 horas o más en TD	Niños más de 21 horas	% 21 hrs. o más en TD Niños	Niñas más de 21 horas	% 21 hrs. o más en TD Niñas
9 - 14	142.871	10,4%	65.540	9,7%	77.452	11,0%
15 - 17	211.894	28,0%	77.681	21,8%	133.391	33,2%
Total	354.765	16,6%	143.221	13,9%	210.844	19,1%

Fuente: elaboración propia con base en OIT, Ministerio del Trabajo, Ministerio de Desarrollo Social (2013): Magnitud y Características del Trabajo Infantil en Chile. Informe 2013, con base en cuadro 15 (p.76) y cuadro 18 (p.78)

Para dimensionar la magnitud de esta cifra se puede comparar con la de niños, niñas y adolescentes que, según el mismo informe, trabajan para un empleador, realizando una actividad económica. Estos suman 229.510, lo que equivale al 6,9% de la población de 5 a 17 años. Dentro de este total, predomina un grupo de 219.624, integrada por 151.894 niños y 67.730 niñas (69% y 41% respectivamente), que se consideran “en situación de trabajo infantil, ya sea por realizar una actividad económica peligrosa o por tener menos de la edad permitida para trabajar” (OIT, 2013:113).

Es decir, según el mismo informe, la cantidad de niños, niñas y adolescentes que realizan tareas domésticas de carácter peligroso por su excesiva duración, es mayor que la de niños, niñas y adolescentes que realizan una actividad económica peligrosa³⁰. No obstante, esta observación es escasamente analizada por el informe, que se limita a llamar la atención sobre la alta cifra de niñas en el trabajo doméstico no remunerado, enfocando sus conclusiones y recomendaciones hacia el trabajo infantil remunerado.

La preocupación de los gobiernos por el trabajo Infantil se ha plasmado en diversas iniciativas observables en el funcionamiento sin interrupción desde 1996, de un Comité Asesor nacional para la erradicación del trabajo infantil, coordinado

³⁰ Los análisis del trabajo infantil de OIT y el Gobierno de Chile diferencian el **trabajo peligroso** que se realiza para un empleador del **trabajo doméstico no remunerado de carácter peligroso**, que se realiza en el ámbito doméstico y sin fines de mercado.

por el Ministerio del Trabajo y apoyado por OIT³¹. El día 20 de junio pasado se anunció una actualización del Comité, proponiendo generar una nueva estrategia de erradicación del trabajo infantil para Chile, y poniendo a su disposición un Observatorio Social por la Erradicación del Trabajo Infantil, dependiente del Ministerio del Trabajo y Previsión Social³². No obstante, las declaraciones ministeriales al respecto se han centrado en el trabajo infantil del ámbito económico, por lo que habrá que esperar el desarrollo de este mandato, sin que hasta ahora pueda apreciarse la inclusión en su mandato de las situaciones más duras de trabajo doméstico no remunerado infantil.

De los antecedentes revisados se desprende que, si bien todas las mujeres en distintas edades y condiciones socioeconómicas tienen una carga de trabajo doméstico no remunerado mayor que la de los hombres, y que ello afecta a su ejercicio de derechos, se configuran situaciones específicas que afectan con mayor intensidad determinados derechos. En líneas generales, las niñas y adolescentes ven más limitados sus estudios, las jóvenes y adultas su acceso al trabajo remunerado y las adultas mayores el derecho a la previsión social. La dedicación exclusiva al cuidado de personas dependientes incide en el estado de salud física y mental.

Asimismo, en todas las edades, las mujeres de los estratos de menores ingresos experimentan esas limitaciones con mayor dureza. La falta de reconocimiento de los derechos afectados va de la mano del desconocimiento del trabajo doméstico no remunerado como un trabajo productivo y como un aporte a la creación de bienestar y riqueza para toda la población.

En suma, el reconocimiento y la redistribución del trabajo doméstico no remunerado en Chile se perfila como un campo de políticas de desarrollo aún incipiente, pero indispensable para la igualdad entre mujeres y hombres de todas las edades y condiciones sociales, y para el pleno disfrute de los derechos humanos por parte de mujeres y niñas. Esto exige atender distintas áreas como su reconocimiento económico y jurídico, su vinculación a derechos laborales, la compatibilidad entre familia y empleo, y la redistribución de responsabilidades entre el Estado, la comunidad, las empresas y las familias respecto del cuidado de personas dependientes de todas las edades, incluyendo adultos mayores no autovalentes, personas enfermas y postradas, personas con discapacidades severas y desde luego, el cuidado de niños/as.

31 Decreto 131 (7 agosto de 1996), Crea Comité Asesor Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Menor Trabajador Organismo: Ministerio del Trabajo y Previsión Social consultado en <http://bcn.cl/1nbjh>, el 29 de septiembre 2014

32 <http://www.gob.cl/2014/06/20/ministra-javiera-blanco-queremos-ser-el-primer-pais-en-america-latina-que-erradica-el-trabajo-infantil/>.

BIBLIOGRAFÍA

- Ansoleaga, E. (2013). *Sintomatología depresiva y consumo riesgoso de alcohol en trabajadores expuestos a factores psicosociales laborales adversos: un asunto pendiente en salud pública*. Santiago: Tesis para optar al grado de doctora en Salud Pública, Universidad de Chile.
- CEM, Centro de Estudios de la Mujer y Universidad de Ottawa (2012). *Encuesta sobre problemas de salud mental y trabajo en Chile, Proyecto de Investigación, "Políticas y prácticas asociadas a problemas de salud mental y trabajo en Chile: una perspectiva de género 2007-2012"*. Santiago: CEM.
- CEPAL, División de Asuntos de Género (2010). *Cuadernos de CEPAL N° 94, El Cuidado en Acción, Entre el Derecho y el Trabajo*. Santiago: Naciones Unidas.
- Comité CEDAW (2012). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° período de sesiones (1° a 19 de octubre de 2012), CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012*. Naciones Unidas.
- Dirección del Trabajo (2012). *ENCLA 2011, Informe de Resultados Séptima Encuesta Laboral*. Santiago: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.
- DNSC, Dirección Nacional de Servicio Civil (julio de 2013). *Conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo en la Administración Central del Estado: Estudio exploratorio y propuestas de acción*. Subdirección de Desarrollo de las Personas Unidad de Desarrollo Organizacional. Recuperado el 16 de septiembre de 2014, de www.serviciocivil.cl: http://www.serviciocivil.gob.cl/sites/default/files/estudio_propuestas_conciliacion_2013.pdf
- Huenchuan, S. (diciembre de 2013). *Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población. Santiago: Naciones Unidas - CEPAL.
- INE, Instituto Nacional de Estadísticas (30 de mayo de 2008). *Encuesta Experimental sobre Uso del Tiempo en el Gran Santiago*. Recuperado el 11 de septiembre de 2014, de www.ine.cl: http://www.ine.cl/canales/sala_prensa/noticias/2008/mayo/pdf/presentacion300508.pdf
- INE, Instituto Nacional de Estadísticas (abril de 2009). *Encuesta Experimental sobre Uso del Tiempo en el Gran Santiago. Antecedentes Metodológicos y Principales Resultados*. Recuperado el 17 de septiembre de 2014, de www.ine.cl: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/encuesta_tiempo_libre/pdf/presentacion_eut_17_04_2009.pdf
- INE, Instituto Nacional de Estadísticas (mayo-julio de 2014). www.ine.cl. Recuperado el 30 de septiembre de 2014, de Nueva Encuesta Nacional de Empleo: trimestre móvil mayo-junio-julio de 2014 Población de 15 años y más por situación en la fuerza de trabajo (razones de inactividad): http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/mercado_del_trabajo/nene/cifras_trimestrales.php
- INJUV, Instituto Nacional de la Juventud (2013). *7ª Encuesta Nacional de Juventud 2012*. Santiago: Gobierno de Chile, INJUV.
- Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2013). *Principales Resultados Encuesta de Actividades de Niños, Niñas y Adolescentes (EANNA) 2012*.
- Ministerio del Trabajo y Previsión Social (7 de agosto de 1996). www.bcn.cl. Recuperado el 29 de septiembre de 2014, de Decreto 131 (7 de agosto de 1996), Crea Comité Asesor Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Menor Trabajador.
- MINSAL, Ministerio de Salud, Departamento de Epidemiología, Unidad de Estudios y Vigilancia de Enfermedades no Transmisibles (2011). *Informe Nacional Encuesta Nacional de Empleo, Trabajo, Salud y Calidad de Vida de los Trabajadores y Trabajadoras en Chile (ENETS) 2009-2010*. Santiago: Ministerio de Salud.
- Naciones Unidas (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing.
- Naciones Unidas (1996). Nueva York: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas, Asamblea General, 68° período de sesiones. A/68/293 (2013). *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona*. Naciones Unidas.
- OIT, O. I. (2008 a). *Resolución I sobre Medición del Tiempo de Trabajo*. 18ª Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo sobre la medición del tiempo de trabajo.

OIT, Organización Internacional del Trabajo (2002). Un Futuro sin Trabajo Infantil. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. *Conferencia Internacional del Trabajo. 90.a reunión 2002. Informe I (B)* (pág. 172). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

OIT, Organización Internacional del Trabajo (2008 b). Resolución II sobre las estadísticas del trabajo infantil. *18ª Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo*. OIT.

OIT, Programa para la Erradicación del Trabajo Infantil, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social de Chile. (2013). *Magnitud y características del trabajo infantil en Chile - Informe 2013*. Santiago: OIT.

SERNAM, Servicio Nacional de la Mujer (2009). *Valorización del Trabajo Doméstico No Remunerado (Encuesta de Uso del Tiempo) Documento de Trabajo N° 111*. Santiago: SERNAM.

Servicio Nacional del Adulto Mayor, SENAMA (2009). *Estudio nacional de dependencia*. Santiago: SENAMA.

Superintendencia de Seguridad Social SUSESO (2014). www.suseso.cl. Recuperado el 17 de 09 de 2014, de Estadísticas Mensuales: <http://www.suseso.cl/OpenDocs/asp/>

2

AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL



Fotografías: Enrique Cerdá



AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL



ANTECEDENTES

Desde el año 2011, el INDH ha venido manifestando su preocupación por la situación de las personas con discapacidad y relevando diversas formas en que sus derechos son vulnerados en nuestro país. Si bien se han generado avances normativos y de política pública¹ que muestran los esfuerzos del Estado por avanzar hacia el cumplimiento de los estándares internacionales en la materia, “el reconocimiento de esta población sigue siendo un desafío importante, no solo por la heterogeneidad de realidades y necesidades de quienes la conforman, sino también por la discriminación a la que están expuestas” (INDH, 2012, pág. 183). Esto se refleja en la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos, cuyos resultados muestran que la población nacional percibe a las personas con discapacidad como el quinto grupo más vulnerado en sus derechos, con un 50,4% de las menciones (INDH, 2013). También se observa la imposibilidad actual de algunas personas que se encuentran en esta situación para ejercer funciones judiciales, asunto que estaría en vías de modificación².

El lamentable incendio de un hogar en Paillaco ocurrido en abril de este año, donde fallecieron nueve personas con discapacidad mental que estaban encerradas con llave y no pudieron escapar del fuego (Riquelme, 2014), refleja una de las tantas formas en que la vulnerabilidad y precariedad afectan a esta población. Así también lo demuestra el caso

de ML, madre con discapacidad cognitiva (retraso mental leve) que actualmente se encuentra en un proceso ante tribunales de familia para resolver la tuición de su hija, aun cuando profesionales han reconocido que posee las habilidades parentales para ejercer su maternidad (Bravo, 2014). Como lo señala la tesis ganadora del Concurso del INDH, “Cuenta tu tesis en derechos humanos” 2013, las mujeres con discapacidad intelectual “no ejercen ocupaciones significativas, lo que las expone a la condición de víctimas de una situación de *apartheid* ocupacional e injusticia ocupacional” (INDH, 2013, pág. 17).

Las personas con discapacidad en Chile constituyen el 12,93% de la población nacional, de las cuales un 7,2% tiene una discapacidad leve, 3,2% moderada y 2,5% severa. Del total de personas con discapacidad, el 58,2% son mujeres (FONADIS, 2005)³. Si las personas con discapacidad son estigmatizadas y no acceden a oportunidades para concretar sus planes de vida, ello se acentúa en el caso de las personas con discapacidad mental –tanto de índole psíquica como intelectual–, pues son quienes experimentan con mayor fuerza la vulneración de su autonomía y se les tilda de “incapaces” para tomar decisiones. Según los datos disponibles, las personas con discapacidad mental⁴ ascenderían a 563.742 (SENADIS, 2005).

Al respecto, Soledad Cisternas, presidenta del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y galardonada con el Premio Nacional de

1 Para mayor información, ver capítulos “Derechos de las personas con necesidades especiales” del Informe Anual 2011, “Derechos de las personas con discapacidad” del Informe Anual 2012 y “Derecho a la participación” del Informe Anual 2013.

2 Boletín 9372-07, que modifica el Código Orgánico de Tribunales para permitir que personas con capacidades especiales puedan ser nombradas en cargos de juez o notario. El proyecto de ley fue presentado el 3 de junio de 2014 y, a la fecha de cierre de este informe, se encontraba en segundo trámite constitucional en el Congreso.

3 El 12,93% de la población chilena, equivale a 2.068.072 millones de personas, es decir, 1 de cada 8 chilenos/as vive con algún tipo de discapacidad (FONADIS, 2005). No existen a disposición datos actualizados sobre el universo de población con discapacidad.

4 Esta cifra corresponde a la suma de las personas con discapacidad psiquiátrica (262.151) e intelectual (301.591). Este total representa el 16,83% dentro de las personas con discapacidad y el 3,53% de la población nacional.

Derechos Humanos 2014, ha señalado que entre los desafíos que enfrenta Chile para la plena implementación de los estándares internacionales de derechos humanos están “el igual reconocimiento ante la ley y el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, mediante apoyos y salvaguardas, si fueren necesarios, desterrando aquellos modelos de voluntad sustitutiva en manos de terceros; [así como] el consentimiento libre e informado para cirugías, tratamientos [e] internaciones” (Cisternas, 2014).

El presente apartado examina la situación de discriminación que afecta a las personas con discapacidad mental en el ejercicio de su autonomía, analizando el ámbito normativo y algunas situaciones prácticas que se alejan de los estándares planteados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Particularmente, se analizará el procedimiento de interdicción, la internación involuntaria y los procedimientos irreversibles como la psicocirugía⁵ y la esterilización.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Con la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo⁶, así como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁷, la comunidad internacional cambió el enfoque del tratamiento a las personas con discapacidad en general⁸. Como se reseñó en el Informe Anual

2011, este nuevo paradigma –conocido como modelo social de la discapacidad– tiene en consideración especialmente “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”⁹.

En el sistema universal de derechos humanos, la CDPD reconoce la igualdad ante la ley de todas las personas y la igual protección legal (art. 5.1) e insta el aseguramiento por parte de los Estados del desarrollo de las mujeres y niñas con discapacidad en igualdad de condiciones (art. 6.1). Además, prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contra las personas con discapacidad, señalando expresamente que se requiere su libre consentimiento para ser sometidas a experimentos médicos o científicos (art. 15.1).

En el sistema regional, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, reafirma que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, además de señalar que el término “discriminación”, en el caso de este colectivo, corresponde a “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁰.

Una expresión del respeto a la dignidad y a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, consiste en el reconocimiento de su personalidad jurídica. Así queda plasmado en la CDPD, donde se establece que “[l]os Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”¹¹ y “reconocerán que [...] tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los

5 Corresponde a una cirugía aplicada al tejido cerebral con el fin de tratar a pacientes con enfermedades mentales que no mejoran con psicofármacos.

6 Ambos instrumentos fueron ratificados por el Estado el 29 de julio de 2008.

7 Ratificada por Chile el 4 de diciembre de 2001.

8 El tratamiento anterior no reconocía la posibilidad de que las personas con discapacidad tomaran sus propias decisiones de manera autónoma. Esto se apreciaba con la evolución de la terminología utilizada para referirse a este grupo de personas en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas. En ellos comienzan refiriéndose a esta población como “retrasados mentales” en la Declaración de Derechos del Retrasado Mental de 1971 (A/RES/2856 (XXVI)); “impedidos” en la Declaración de Derechos del Impedido de 1975 (A/RES/3447 (XXX)); “enfermos mentales” en los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud de 1991 (A/RES/3447 (XXX)); finalizando con “discapacitados mentales” en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2006 (A/RES/61/106).

9 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3, letra a).

10 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. I, número 2, letra a).

11 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12.1.

aspectos de la vida”¹². Adicionalmente, la Convención señala que se “adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”¹³ y se asegurará “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”¹⁴.

El propósito de dichas salvaguardias es asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”¹⁵. Por último, la Convención indica que “[se] tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”¹⁶.

Sobre la capacidad jurídica, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) señaló en 2014 que “Los Estados Partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria,

de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”¹⁷. El Comité aclara que “[l]a capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales [...] El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”¹⁸. Por eso, de lo que se trata es de transitar de un modelo en el que se sustituye a la persona en la toma de decisiones, a uno donde se le apoya para que pueda tomarlas.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló en su observaciones finales a Chile en 2012 que el Estado debe velar “por que el personal médico solicite el consentimiento plenamente informado antes de realizar esterilizaciones, se sancione a los profesionales que realicen esterilizaciones sin dicho consentimiento y se ofrezca una reparación y una indemnización monetaria a las mujeres víctimas de esterilizaciones no consentidas”¹⁹.

12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 12.2.

13 *Ibíd.*, art. 12.3.

14 *Ibíd.*, art. 12.4.

15 *Ibíd.*

16 *Ibíd.*, art. 12.5.

17 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N°1. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, párr. 7.

18 *Ibíd.*, párr. 13.

19 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53^{er} período de sesiones (1 a 19 de octubre de 2012). CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012, párr. 35 letra b).

Finalmente, el Comité de expertos de la CDPD, en su 92 sesión del 7 de abril de 2013, manifestó que la violencia contra mujeres y niñas con discapacidad es cuatro veces más grave que en la población general, concluyendo que esta población sufre una situación de Desastre Humanitario Global, lo que obliga a los Estados Partes a intervenir sin demora.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República, en su artículo 1º, establece que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (inciso primero) y que “[e]l 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 a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (inciso tercero).

Por su parte, la Ley 20.422 tiene como propósito asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades y erradicar toda forma de discriminación hacia las personas con discapacidad. Esta ley consagra entre sus principios rectores el de vida independiente, entendido como “[e]l estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad”²⁰. Asimismo, la ley establece que la rehabilitación de personas con discapacidad mental “propenderá a que estas desarrollen al máximo sus capacidades y aptitudes. En ningún caso, la persona con discapacidad mental podrá ser sometida, contra su voluntad, a prácticas o terapias que atenten contra su dignidad, derechos o formen parte de experimentos médicos o científicos”²¹. Además, la norma reconoce expresamente la autonomía de las mujeres con discapacidad y de las personas con discapacidad mental al estipular “el pleno goce y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con las demás, en especial lo referente a su dignidad, el

derecho a constituir y ser parte de una familia, su sexualidad y salud reproductiva”²².

Sin embargo, permanecen otras normativas que resultan contradictorias con lo establecido en la Ley 20.422, puesto que limitan la autonomía de las personas con discapacidad mental. Ejemplo de ello son los artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Civil, donde se les inhabilita como testigos a aquellos que se hallen en interdicción por causas de demencia, o que se hallaren privados de la razón al tiempo de declarar o en que sucedieron los hechos que motivan su declaración. También son ejemplos los artículos 456 y 457 del Código Civil, donde se les priva de la administración de sus bienes. Es necesario que la normativa pueda establecer diferencias entre los grados o niveles de discapacidad mental que pueden tener las personas, además de incorporar los apoyos cuando sea necesario.

Para dar cuenta de estas contradicciones se analizan tres tipos de situaciones: las interdicciones, la internación involuntaria y procedimientos irreversibles, como las psicocirugías y las esterilizaciones.

INTERDICCIÓN

La capacidad jurídica es un atributo de la personalidad mediante el que una persona es titular de derechos (conocido como capacidad de goce) que puede hacer valer frente a terceros (capacidad de ejercicio). Todas las personas tienen capacidad de goce, es decir, son titulares de derechos, por ejemplo, para disponer de sus bienes. Sin embargo las personas con discapacidad mental, mediante la institución de la interdicción, ven limitada su capacidad de ejercer tales derechos, cuando así lo establece la ley. La forma de cumplir con los estándares internacionales es que las normas y procedimientos incorporen las salvaguardias necesarias, es decir, que se respete la voluntad y preferencias de la persona en todos los temas, incluso en los económicos, que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, y que sean examinadas periódicamente por una autoridad competente, independiente e imparcial.

20 Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, art. 3 letra a).

21 *Ibidem*, art. 11.

22 Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, art. 9.

En particular, el Código Civil reconoce que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”²³ y establece que “[s]on absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”²⁴. Esto implica que todos los actos jurídicos que haya celebrado la persona “demente” quedan invalidados, pues “no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”²⁵. Adicionalmente, este cuerpo normativo señala que “[e]l adulto que se halla en un estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos”²⁶.

Para sustituir la voluntad de la persona con discapacidad mental, el Código Civil contempla la figura de “curaduría del demente”²⁷, la que se establece mediante un juicio de interdicción. Este procedimiento puede ser solicitado por la familia (cónyuge o cualquiera de sus consanguíneos hasta el cuarto grado) y el defensor público, pero “si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también el procurador de ciudad o cualquiera del pueblo provocar la interdicción”²⁸.

El juicio se realiza ante los Tribunales de Familia y varía dependiendo si la persona a la cual se busca declarar interdicta se encuentra inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad o no. En el primer caso, la Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, dictada en 1987 y vigente a la fecha, implementa mecanismos para facilitar la administración de los bienes de las personas con discapacidad mental al señalar que “[c]uando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad, otorgada de conformidad al Título II de la ley N° 19.284, y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete

la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente”²⁹. En el caso que la persona no se encuentre inscrita en el Registro Nacional de la Discapacidad, se sigue un juicio ordinario con las variantes establecidas por el Código Civil. En este proceso, “[e]l juez se informará de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, y oirá el dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia”³⁰, lo que supone una interpretación más pro persona que en el caso anterior.

INTERNACIÓN INVOLUNTARIA

La internación involuntaria es otro ejemplo de cómo opera la sustitución de la voluntad en las personas con discapacidad mental. Hasta la promulgación en 2012 de la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (también conocida como de Derechos y Deberes del paciente), este procedimiento se encontraba regulado por un decreto del Ministerio de Salud. La regulación de este derecho mediante una ley en lugar de un decreto constituye un avance, en la medida que la internación se trata de una limitación a la libertad personal, garantía consagrada por la Constitución en su artículo 19 N° 7.

Según la Ley 20.584, para que una persona sea objeto de hospitalización involuntaria deben concurrir cinco requisitos copulativos, es decir, que se deben dar todos al mismo tiempo: “a) Certificación de un médico cirujano que indique fundadamente la necesidad de proceder al ingreso de una persona para llevar a cabo la evaluación de su estado de salud mental; b) Que el estado de la misma comporte un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros; c) Que la hospitalización tenga exclusivamente una finalidad terapéutica; d) Que no exista otro medio menos restrictivo de suministrar los cuidados apropiados, y e) Que el parecer de la persona atendida haya sido tenido en consideración. De no ser posible esto último, se tendrá en cuenta la opinión de su representante legal o, en su defecto, de su apoderado a efectos del tratamiento y, en ausencia de ambos, de la

23 Código Civil, art. 1446.

24 Código Civil, art. 1447, inciso primero.

25 Código civil, art. 1447, inciso segundo.

26 Código Civil, art. 456, inciso primero.

27 Según señala el art. 338 del Código Civil, “[l]as tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida”.

28 Código Civil, arts. 443 y 459.

29 Ley 18.600 que establece normas sobre deficientes mentales, art. 4.

30 Código Civil, art. 460.

persona más vinculada a él por razón familiar o de hecho”³¹. Similares modelos de suplencia de la voluntad de la persona con discapacidad mental se reproducen en otras dos normas que regulan la internación y las residencias protegidas, ambas vigentes a la fecha³².

Por su parte, el D.S. 570 indica que la internación involuntaria puede ser de tres tipos: i) la de urgencia no voluntaria, cuya extensión no puede superar las 72 horas, su determinación recae en un médico “atendido a que el paciente se encuentra en una situación de crisis y que no es posible contar con el consentimiento”³³, y su finalidad es elaborar un diagnóstico médico especializado o superar la crisis; ii) la internación administrativa, decretada por la autoridad sanitaria a partir de la iniciativa de la policía, la familia, el médico tratante o cualquier miembro de la comunidad, con el fin de internar en un centro asistencial a una persona aparentemente afectada por un trastorno mental “cuya conducta pone en riesgo su integridad y la de los demás, o bien, altera el orden o la tranquilidad en lugares de uso o acceso público”³⁴, la cual será reevaluada cada 30 días con la opinión de un médico distinto al tratante; y iii) la internación judicial dispuesta por una resolución judicial³⁵. No obstante, una salvaguardia que dispone la norma es que estas hospitalizaciones involuntarias deben ser siempre comunicadas a la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud y a la Comisión Regional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales³⁶. Además, “[l]a Autoridad Sanitaria Regional velará por el respeto de los derechos de las personas ingresadas en instituciones de salud mental, y autorizará el ingreso de todas las hospitalizaciones

involuntarias que excedan de setenta y dos horas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 130 y 131 del Código Sanitario”³⁷.

Un ámbito de especial preocupación en este tema es que el D.S. 570, además de regular reglamentariamente varias materias que son más propias de legislación, permite que en contextos de internación involuntaria se suspenda el consentimiento previo e informado para tratamientos médicos, exceptuando los de carácter irreversible, cuando i) el paciente sea niño, niña o adolescente, en cuyo caso el consentimiento debe ser otorgado por su representante legal; ii) el paciente se encuentre inconsciente y requiere del tratamiento para salvar su vida; iii) el paciente se encuentre sujeto a una internación judicial; iv) el paciente es mayor de edad y sea evaluado por su médico tratante como incapaz de decidir, en cuyo caso la decisión será de un familiar o el director del establecimiento³⁸. Esta disposición deja un margen de acción excesivo a la autoridad sanitaria, sobre todo en los casos de internación judicial, donde a la persona con discapacidad mental –por el solo hecho de ser internada– se le niega la posibilidad de consentir a los tratamientos médicos a los cuales será sometida, aun cuando esté consciente. Sin perjuicio de lo anterior, al INDH le preocupa la extensa regulación de ámbitos de derechos de estas personas a través de decretos reglamentarios.

PROCEDIMIENTOS IRREVERSIBLES

Un último ámbito a revisar corresponde a los procedimientos médicos irreversibles, donde se agrupan la psicocirugía y las esterilizaciones. La realización de estas intervenciones se encuentra regulada a nivel general en la Ley 20.584, que establece que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”³⁹. Además, señala la ley, en el caso que “la persona no se encuentre en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales

31 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 25.

32 Decreto Supremo N° 570 del Ministerio de Salud del 28 de agosto de 1998, aprueba reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y los establecimientos que la proporcionan. Este reglamento se encuentra en proceso de actualización, debiendo ser aprobado en diciembre de 2014 (Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014). También se encuentra vigente la Resolución Exenta N° 392 del Ministerio de Salud del 13 de junio de 2006 que aprueba la norma técnica sobre residencias protegidas.

33 Decreto Supremo N° 570 del Ministerio de Salud, art. 13.

34 *Ibidem*, art. 14.

35 *Ibidem*, art. 15.

36 Las Comisiones Regionales corresponden a la representación en cada región de la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

37 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 25.

38 Decreto Supremo N° 570 del Ministerio de Salud, art. 22.

39 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 14.

como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento”⁴⁰. Sin embargo, esta norma permite que una persona con discapacidad mental sea tratada contra su voluntad cuando se cumplen los siguientes requisitos copulativos: “a) Esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros, y que suspender o no tener tratamiento significa un empeoramiento de su condición de salud. En todo caso, este tratamiento no se deberá aplicar más allá del período estrictamente necesario a tal propósito; b) El tratamiento responda a un plan prescrito individualmente, que atienda las necesidades de salud de la persona, esté indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles; c) Se tenga en cuenta, siempre que ello sea posible, la opinión de la misma persona; se revise el plan periódicamente y se modifique en caso de ser necesario, y d) Se registre en la ficha clínica de la persona”⁴¹. La única excepción a esto la constituye la participación en investigaciones científicas, ámbito donde existe una prohibición general de participación a aquellas personas con discapacidad mental que no puedan expresar su voluntad⁴².

En términos específicos, la psicocirugía se encuentra regulada para los establecimientos que la proporcionan en la Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud (2002), sean estos públicos o privados. Se le reconoce como un tratamiento invasivo e irreversible y se expone que “no existe suficiente evidencia científica ni completo consenso universal acerca de la adecuada relación que debe existir entre los eventuales beneficios y perjuicios que pudiere significar para el enfermo”⁴³. De acuerdo con esta norma, la psicocirugía solo constituye una opción terapéutica para aquellas personas que presenten “trastornos resistentes depresivos mayores o trastornos obsesivo compulsivos de

gran severidad, refractarios a los tratamientos aceptados y disponibles en el país, que hayan sido aplicados en cantidad y frecuencia suficiente, por el tiempo que sea necesario, y según la prescripción del médico tratante a cargo”⁴⁴.

Para la realización de la psicocirugía se requiere que en la ficha clínica quede constancia de una segunda opinión psiquiátrica que ratifique el tratamiento a realizar y el consentimiento válido e informado del paciente –o, en caso que el médico tratante fundamente que este no se encuentra capacitado para ello, de su representante legal–, además de remitir obligatoriamente los antecedentes con un mínimo de 30 días de anticipación a la Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales (CONAPREM)⁴⁵, entidad que visará el procedimiento⁴⁶.

Por su parte, la esterilización se encuentra regulada en la Resolución Exenta N° 1110 del Ministerio de Salud que aprueba la Norma Técnica N° 71 sobre normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental. Aquí se establece que este procedimiento solo es aplicable a “personas mayores de edad con discapacidad psíquica que afecte la capacidad para la reproducción, la maternidad/paternidad y la crianza y que no tengan la capacidad para dar consentimiento informado”⁴⁷. En este sentido, no puede solicitarse un procedimiento de esta naturaleza para niñas y niños con discapacidad mental, en la medida que no han completado su desarrollo. Así, en caso de requerir anticoncepción siempre se les indicarán métodos reversibles.

40 Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, art. 24.

41 *Ibidem*, art. 27.

42 *Ibidem*, art. 28.

43 Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud del 20 de junio de 2002, que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, considerando 2°.

44 Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud del 20 de junio de 2002, que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, art. 2.

45 Esta entidad fue modificada por el Decreto N° 23 del Ministerio de Salud del 12 de junio de 2012, en atención a la entrada en vigencia de la ley 20.584. Su función es velar por la protección de los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual en materia de salud, ya sea en el ámbito público o privado. A nivel regional, tiene representación por medio de Comisiones Regionales de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales.

46 Resolución Exenta 656 del Ministerio de Salud del 20 de junio de 2002, que regula la aplicación de la técnica de psicocirugía o cirugía aplicada al tejido cerebral, art. 3.

47 Norma Técnica N° 71 sobre normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental, pág. 20. Tanto esta norma técnica, como la Resolución Exenta 656 (2002) se encuentran en proceso de actualización, esperando ser aprobadas en diciembre de 2014, según el Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

Además, señala la norma técnica, la solicitud de esterilización no puede hacerse en favor de una institución o para la conveniencia de terceros, y “de ninguna manera [debe] representar una solución al peligro de abuso que corren las personas con discapacidad mental”⁴⁸. Al igual que en el caso de la psicocirugía, la realización de una esterilización quirúrgica en personas con discapacidad mental debe cumplir una serie de requisitos, entre los que se encuentran la solicitud ante el Comité de Ética de cada centro asistencial y la revisión de los antecedentes por parte de la CONAPREM, entidad que autoriza o rechaza el procedimiento⁴⁹.

A partir de lo expuesto, se puede concluir que la implementación del modelo social de la discapacidad se enfrenta a una contradicción en el derecho interno, alejada de los estándares internacionales. Al respecto, el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) confirma “la deficiente implementación interna del artículo 12 [...] reconociéndose de esta manera que la armonización legislativa en este sentido, es entonces, una tarea pendiente de máxima urgencia en nuestro país”⁵⁰. A los fines de armonizar la normativa de acuerdo con los estándares, esta debiera reconocer la gradación existente en la discapacidad mental; el derecho a prestar declaraciones, con ayuda si es necesario; la capacidad jurídica de estas personas en todas las materias; asegurar el derecho de acceso a la información que contiene su ficha médica, entre otros aspectos.

SITUACIÓN SOBRE AUTONOMÍA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL EN CHILE

Según datos del Ministerio de Salud, en el año 2013 hubo 473.920 ingresos de salud mental a nivel nacional, de los que 35,2% son hombres y 64,8% mujeres. Predominan los ingresos en la Región Metropolitana (214.865), Región del Biobío (56.507), Región de Valparaíso (41.689), Región de O'Higgins (27.124), Región de Los Lagos (27.020), Región

de La Araucanía (22.079)⁵¹. Los ingresos por Retraso Mental fueron 4.285 (49,8% hombres y 50,2% mujeres). Sin embargo, es aún mayor el número de personas que se controlan habitualmente en los servicios de salud, por razones de salud mental. El año 2013 fueron 821.871 personas (32,5% hombres y 67,5% mujeres), de las cuales 10.427 fueron controladas por Retraso Mental (47,3% hombres y un 52,7% mujeres).

Según información de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (oficio 7215, 2014) durante el año 2013, las causas ingresadas para interdicción por disipación⁵² fueron 23 y por demencia fueron 1412.

Entre el año 2010 y julio de 2014 se registra un total de 8.994 ingresos de causas de interdicciones por demencia (8.883) o disipación (111). De las causas ingresadas por demencia se concentran en la Región Metropolitana 3.331 (37,5%), Región del Biobío 1.885 (21,2%), Región de Valparaíso 1.104 (12,4%). En cuanto a la interdicción por disipación, se concentran en la Región de Valparaíso 30 (27,2%), Región Metropolitana 29 (26,1%) y la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins 13 (11,7%).

En cuanto a las *interdicciones*, un análisis desarrollado por el Departamento de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados señaló que “[l]a regla general es la ausencia de capacidad civil para las personas con discapacidad mental. En este sentido, toda la gama de discapacidad mental es considerada de la misma forma, sin que se prevea la posibilidad de autonomía o capacidad progresiva para cada caso. Esta regla hace que las personas con discapacidad mental sean doblemente discriminadas en el ejercicio de su capacidad jurídica, primero respecto de las personas sin discapacidad y segundo, respecto de las personas con otras discapacidades. Finalmente, cabe señalar que los procedimientos judiciales de interdicción por demencia y nombramiento de curador, que operan con el solo mérito de la certificación médica y de su inscripción respectiva, no cumplen con los estándares de protección civil que la Convención señala” (Cámara de Diputados, 2013, pág. 19).

48 Norma Técnica N° 71 sobre normas de esterilización quirúrgica en personas con enfermedad mental, pág. 21.

49 *Ibidem*, págs. 21-24.

50 Oficio N° 3648 de SENADIS, de 29 de agosto de 2014.

51 Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

52 Según el art. 445 del Código Civil, la disipación se manifiesta por una dilapidación de recursos o falta total de prudencia.

Por su parte, el Observatorio de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental ha señalado que la legislación vigente en Chile —en especial la Ley 18.600— contraviene los principios de la CDPD y, por ello, es necesario “transitar de un modelo de sustitución en la toma de decisiones⁵³ a un modelo de apoyo en la toma de decisiones⁵⁴” (ODDHPDM, 2014, pág. 22).

Posición similar posee SENADIS, para el que se debe “pasar de un sistema de sustitución de la voluntad a un modelo de apoyo en la toma de decisiones”⁵⁵. Para eso, parte de sus propuestas contemplan que “debe ser derogada la primera parte del artículo 1447 del Código Civil que elimine la incapacidad absoluta”⁵⁶. Además debería modificarse y/o derogarse el artículo 4 de la Ley 18.600, pues contempla un procedimiento de incapacitación definitiva, lo que contraría los principios de igualdad y no discriminación. Lo mismo para el artículo 16, ya que “permite pactar una remuneración inferior al ingreso mínimo, únicamente en razón de la discapacidad mental del trabajador, lo que impide alcanzar la finalidad de inclusión social de las personas que integran esta colectividad”⁵⁷.

Es así que SENADIS desde el 2001 decidió dar inicio a un sistema de defensoría⁵⁸. Este sistema consiste en la coordinación de distintas instituciones públicas y privadas que otorgan asesoría y representación jurídica gratuita, siendo el principal tema de consulta la vulneración y/o discriminación basada en la discapacidad. Para ello, SENADIS ha desarrollado convenios con universidades para apoyo a través de clínicas jurídicas, además de financiar abogados/as en

las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ)⁵⁹. Al respecto, cabe mencionar que el presupuesto total del año 2014 es menor al del 2012⁶⁰, mientras que la CAJ Valparaíso ha obtenido el mayor presupuesto a lo largo de estos cuatro años de funcionamiento⁶¹ y la CAJ Biobío el menor⁶².

El INDH también ha presentado su opinión por medio de un *amicus curiae*. Fue el caso de una persona con síndrome de Down que, contando con una tarjeta de una empresa del retail, no se le permitió pagar con ella, pues según la empresa “debía contar con un certificado médico para comprar”, situación constitutiva de discriminación arbitraria por motivos de discapacidad. Con esta acción se negó su capacidad jurídica, solo por “suponer incapacidad absoluta de una persona que posee síndrome de Down exclusivamente por un examen superficial de su aspecto físico, [lo cual] no solo es contrario a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de capacidades diferentes, sino que también es contrario a la evidencia científica sobre la materia”⁶³.

En cuanto a la internación no voluntaria, dentro de los datos existentes que ha revisado la CONAPPREM, solo poseen registro de las internaciones administrativas, de forma que no se conoce el universo total de internaciones en el país, incluyendo las de urgencia y las judiciales⁶⁴. Durante el año 2011, la CONAPPREM registró aproximadamente

53 Basado en la incapacidad de las personas con discapacidad mental para ser titular y ejercer derechos, habilitando a un tercero para tomar decisiones que podrían tomar ellas mismas (ODDHPDM, 2014).

54 Basado en la igualdad y la dignidad intrínseca de todas las personas, donde se presume que las personas con discapacidad mental son capaces de ejercer sus derechos y tomar decisiones, y que en determinados casos, de acuerdo con situaciones específicas, pueden ser asistidas pero no sustituidas por un representante, considerando las garantías judiciales en la promoción de su autonomía (ODDHPDM, 2014).

55 Oficio N° 3648 de 29 de agosto de 2014.

56 Oficio N° 3648 de SENADIS de 29 de agosto de 2014.

57 Ibídem.

58 Según la información contenida en el Oficio N° 3648 de 29 de agosto de 2014, en la actualidad SENADIS está diseñando un programa de acceso a la justicia con financiamiento propio.

59 SENADIS respondió, mediante Oficio N° 3648 de 29 de agosto de 2014, que tiene pendiente la generación de datos desagregados sobre las atenciones realizadas en su programa de asesoría jurídica.

60 De los \$177.500.000 millones de pesos asignados a las CAJ en 2012, se pasó a \$165.800.000. El año 2011 no se considera, por ser un presupuesto reducido que contempla solo octubre a diciembre de 2011 (\$22.500.000). Datos según Oficio N° 3648 de SENADIS, con fecha 29 de agosto de 2014.

61 CAJ Valparaíso contempla la II, IV y V región, obteniendo un presupuesto de \$152.000.000.

62 El año 2012, de las cinco regiones que agrupa la CAJ Biobío (VIII, IX, X, XI, XIV), solo tres estaban en funcionamiento. Las otras dos entran en funcionamiento el 2013. Su presupuesto asciende a \$114.000.000 entre 2012 y 2014. Datos según Oficio N° 3648 de SENADIS, con fecha 29 de agosto de 2014.

63 INDH, *Amicus curiae* presentado en la causa Rol N° C-1389-2013.

64 “El registro de estas solicitudes no se realiza de manera centralizada en el REM o SIGGES. Cada Servicio de Salud y Seremi cuenta con registros locales cuyo procesamiento no pudo ser obtenido en los plazos requeridos para la elaboración de este informe [...] la solicitud realizada por el INDH visibiliza una brecha en el sistema centralizado de registros de información”. Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

600 internaciones administrativas ejecutadas⁶⁵. La ausencia de información completa dificulta el análisis sobre la situación nacional, tanto desde el punto de vista de los derechos humanos, como para una adecuada planificación, diseño y ejecución de políticas en este campo.

Para SENADIS, el Decreto N° 570 del Ministerio de Salud sobre la internación de personas enfermas mentales, en su título ya da muestra de la utilización de “términos peyorativos y desactualizados, debiendo ser reemplazado por otros que hicieran mención a la atención en salud mental propiamente tal, eliminando la referencia a ‘enfermedades o enfermos mentales’”; mientras que las expresiones “tratamiento psiquiátrico” e “internación a una persona con enfermedad o trastorno mental”, usadas en su artículo 8, debieran reemplazarse por “atención en salud mental” y “persona con trastorno mental o del comportamiento”⁶⁶.

El Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud, en entrevista con el INDH, señaló que “el espíritu de la Convención es que no existan [internaciones involuntarias], pero, en la práctica [...] no hay ningún país en el mundo, que yo conozca, que haya eliminado toda forma de internación involuntaria. Es un tema que estamos lejos de evitar por completo”⁶⁷. Además, el entrevistado planteó la existencia de aspectos que no están adecuadamente regulados en nuestro país y que constituyen un mandato desde los estándares internacionales, entre los que se cuentan: “que la autorización y la indicación de que se lleve a cabo una internación involuntaria debiera ser por un organismo autónomo, la OMS habla de organismos judiciales o cuasi judiciales y acá lo hace la SEREMI de Salud que no es autó-

noma; que existan organismos de revisión autónomos, pues la Comisión Nacional de Protección –que es un avance– depende de la autoridad de salud, es un organismo asesor del Ministerio; y que existan mecanismos de apelación, que hoy no existen”⁶⁸.

Una persona que estuvo internada involuntariamente por alrededor de un mes en el año 2007, en la Unidad de Corta Estadía del Hospital Sótero del Río, describe su experiencia de internación en los siguientes términos: “hay cero consideración, en todo ese tiempo fui un títere, estuve amarrado, súper medicamentado, nos bañábamos con agua fría. Tú no sabes nada, te dicen qué tienes que tomar, lo que tienes que comer, dónde tienes que ir, pero no te dan información sobre los tratamientos o quién te va a atender. Ni siquiera tuve un diagnóstico por varias semanas”⁶⁹. Ante la consulta por los derechos que deberían cautelarse durante una internación, el entrevistado señaló: “el derecho a decidir si me quiero internar o no, al consentimiento informado, a saber cuánto tiempo voy a estar ahí, en qué consiste el tratamiento que me van a realizar, cuáles son los efectos inmediatos y medianos de las drogas que me van a aplicar, si tengo alternativa para esas drogas, si quiero este tratamiento o no, a tener un diagnóstico en el plazo más breve posible, a tener la información completa”⁷⁰.

En esa línea, analizando el Decreto N° 570, SENADIS explicita que se excluye el consentimiento del paciente. Además, frente a la posible reevaluación de la internación, no se contempla la posibilidad de una evaluación judicial, elemento que se debería considerar, pues “la internación se trata de una privación de libertad, que se ve intensificada en razón de la situación de discapacidad intelectual de estas personas”⁷¹.

En particular, en cuanto a la atención especializada en los establecimientos de salud mental cerrados, de 310.628 personas atendidas el 2010, se pasó a 602.974 personas

65 Se indica el valor aproximado porque los totales presentados para la Región Metropolitana (RM) varían entre 164 y 174 internaciones administrativas el año 2011 (108 hombres y 56 mujeres, total 174). No se indican datos de la RM año 2012. El resto de las regiones presentan 425 internaciones administrativas el año 2011, concentrándose especialmente en la Región de La Araucanía (128), del Biobío (122), Valparaíso (52) y el Maule (47). El año 2012 el total fue de 532 internaciones administrativas, excluyendo la RM: Región de La Araucanía (142), del Biobío (130), Valparaíso (97), Los Lagos (56) y el Maule (48). Cabe destacar que las regiones I, IV, VI, XIV y XV no registran ninguna internación administrativa los años 2011 y 2012. Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

66 Oficio N° 3648 de SENADIS, 29 de agosto de 2014.

67 Entrevista a Mauricio Gómez, Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud. La entrevista fue realizada el 21 de agosto de 2014.

68 Entrevista a Mauricio Gómez, Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud. La entrevista fue realizada el 21 de agosto de 2014.

69 Entrevista a Rodrigo Fredes, presidente de Fundamental Chile, organización de personas en situación de discapacidad psicosocial. La entrevista fue realizada el 23 de julio de 2014.

70 *Ibidem*.

71 Oficio N° 3648 de 29 de agosto de 2014.

el 2013⁷². El Ministerio de Salud reconoce que “[u]na falencia importante es la [ausencia de] mayor disponibilidad de servicios de psiquiatría de corta estadía para la población infantojuvenil, existiendo actualmente ocho de estos servicios”⁷³. El caso de Robinson García da cuenta de que este problema también se extiende a la internación en larga estadía, pues como persona imputada con epilepsia y discapacidad mental, le correspondía ser internado en un hospital psiquiátrico. Sin embargo, al no tener cupo el hospital fue recluido en el Centro de Detención Penitenciario Santiago I, donde murió una semana más tarde, el día 11 de enero de 2013, al no recibir sus medicamentos. Según Gendarmería, al 1 de febrero de 2013 había un total de 158 personas imputadas que poseían alguna discapacidad; nueve de ellas tenían discapacidad mental⁷⁴, situación que no se encuentra acorde con la normativa nacional ni internacional.

En cuanto a los *procedimientos irreversibles y las cirugías* a las que se ven sometidas las personas con discapacidad mental, no existen registros centralizados. Todos los procedimientos deberían ser informados a la CONAPREM. Esta evaluó seis casos entre 2010 y 2013, los cuales no cumplían con los requisitos para ser autorizados. Frente a la falta de datos, “[e]xiste preocupación por que se realicen psicocirugías sin que sean informadas a la CONAPREM, particularmente en el ámbito privado”⁷⁵, elemento que debe ser prontamente solucionado por las autoridades competentes en este ámbito.

Para el Jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud, “si la evidencia dice que con esta cirugía, más los medicamentos y la psicoterapia cognitiva conductual, el paciente va a mejorar su calidad de vida, tiene derecho a decidir si está dispuesto a realizársela. El tema aquí es la transparencia, el consentimiento y la libertad de elegir de la persona cuando se le ha dado toda la información pertinente. Es decir, que cada persona en su sano juicio pueda decidir. El tema es cuando no estás en tu sano juicio,

ahí no debería imponerse un tratamiento irreversible. Ahí está la lógica: no aplicar estos procedimientos a gente sin consentimiento porque es demasiado invasivo, pero si la persona tiene capacidad de consentimiento es su decisión aceptar si la han informado bien, si han sido honestos con ella, si la técnica está bien aplicada y todo”⁷⁶.

Respecto de las *esterilizaciones involuntarias*, la dificultad para obtener estadísticas es similar a la de las psicocirugías. A nivel nacional también le corresponde a la CONAPREM autorizarlas, por lo que esta Comisión debería registrar la totalidad de esterilizaciones. “De los 28 casos llegados a la Comisión Nacional en este período [2010-2014], 17 casos, equivalentes a 59% del total, han reunido los requisitos para efectuar el procedimiento. Muchas de estas solicitudes no han tenido el perfil exigido o han faltado antecedentes para evaluar el caso”, rechazando al menos cuatro casos por corresponder a menores de edad⁷⁷.

La presidenta de la Fundación Down21 Chile señala que la esterilización involuntaria en mujeres y niñas existe en Chile, y “se da indistintamente en personas con recursos y sin recursos [...] Cuando llega a consulta una persona con síndrome de Down el médico ofrece la esterilización sin consentimiento, porque hay ignorancia de que son ciudadanos de pleno derecho y, en el caso de los niños, de que están en desarrollo. En cuanto a los mayores de 18 años, no hay conciencia de que, si bien se puede esterilizar, tiene que ser con consentimiento de la persona, y que hay que llegar a ese consentimiento educando, preguntando y dando los apoyos necesarios para que sea la propia persona la que tome la decisión. Sin embargo, a mujeres mayores de 18 años igual le hacen esterilización forzosa porque tú les preguntas y no saben lo que les hicieron”⁷⁸. Además, la entrevistada agrega que “las familias no esperan a que las niñas tengan 18 años, porque es más fácil, no les dicen nada, incluso les sacan el útero para que no les llegue la menstruación, porque así andan más limpias [...] Recientemente conocimos el caso de una niña de 12 años con discapacidad mental que fue

72 Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014. No se presenta el dato desagregado por sexo o edad.

73 Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

74 Oficio N° 30 de Gendarmería de 31 de enero de 2013.

75 Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

76 Entrevista a Mauricio Gómez, jefe del Departamento de Salud Mental del Ministerio de Salud. La entrevista fue realizada el 21 de agosto de 2014.

77 Oficio N° 3237 de Ministerio de Salud, 21 de octubre de 2014.

78 Entrevista a Irma Iglesias, presidenta de la Fundación Down21 Chile. La entrevista fue realizada el 1 de septiembre de 2014.

esterilizada en un servicio público de Viña del Mar [...]. En el control de rutina llegó un momento en que la doctora que la atendía le dijo a la madre que ya era tiempo de ver el tema de la esterilización, porque era mejor hacerlo cuando eran pequeñas que cuando era más grande, que ahí era más complicado, y que ella tenía que autorizar el procedimiento [...]. La doctora nunca le dijo que no se podía, yo vi los papeles y lo que puso fue que operaron a la niña por ovarios poliquísticos”⁷⁹. La CONAPPREM recibió 12 reclamos el año 2013 para revisar casos de esterilización.

BIBLIOGRAFÍA

- Bravo, D. (16 de octubre de 2014). *El drama de María Luisa. Madre con discapacidad cognitiva lucha por la tuición de su hija*. The Clinic. Chile.
- Cámara de Diputados (2013). *Evaluación de la Ley N°18.600 Establece normas sobre discapacitados mentales*. Chile.
- Cisternas, M. S. (28 de julio de 2014). Discurso Premio Nacional de Derechos Humanos 2014 [archivo de audio]. Santiago, Chile.
- FONADIS. *Resultado Nacional Prevalencia de Personas con Discapacidad en Chile*. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_discapacidad/pdf/presentacionresultadosstudionacionaldeladiscapacidad.pdf
- INDH (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile.
- INDH (2013). *Análisis del significado de las ocupaciones atribuidas a ser mujer y madre para un grupo de mujeres con discapacidad intelectual en la ciudad de Punta Arenas. Tesis ganadora del Concurso “Cuenta tu tesis en derechos humanos” 2013*. Santiago, Chile.
- INDH (11 de diciembre de 2013). *Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de INDH: <http://www.indh.cl/encuesta-nacional-de-derechos-humanos-2013>
- ODDHPDM (2014). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental: Diagnóstico de la Situación en Chile*. Santiago, Chile.
- Riquelme, O. (7 de abril de 2014). Víctimas eran nueve pacientes psiquiátricos y una cuidadora del recinto, ubicado en Paillaco, región de Los Ríos: Diez personas mueren a puertas cerradas en incendio en una casa de reposo. *El Mercurio*, sección Nacional, pág. C9.
- SENADIS (2005). *Primer estudio nacional de la discapacidad en Chile. ENDISC-CIF 2004*. Santiago, Chile. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/encuestas_discapacidad/discapacidad.php

⁷⁹ Entrevista a Irma Iglesias, presidenta de la Fundación Down21 Chile. La entrevista fue realizada el 1 de septiembre de 2014.

3

DERECHOS DE LAS PERSONAS AFROCHILENAS



Fotografía: Organización Oro Negro



DERECHOS DE LAS PERSONAS AFROCHILENAS

ANTECEDENTES

La lucha contra la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia ha desempeñado un rol fundamental en la extensión de las fronteras de protección de los derechos humanos. La prohibición de discriminación por razones de raza y etnia han sido gravitantes en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, constituyendo su prohibición un principio que recorre toda la normativa internacional de derechos humanos, encarnada en la cláusula de igualdad y no discriminación. Se trata de un principio que pertenece al dominio del *ius cogens* por constituir una norma imperativa de derecho¹. Ello no es casual, sino que responde a que las expresiones extremas de intolerancia (racismo, xenofobia y otras) han devenido en lesiones sistemáticas a la dignidad humana, como los crímenes de odio, el genocidio, el *apartheid*, y la esclavitud, los que han impactado la conciencia de la comunidad internacional.

El sustrato común a todas estas formas de vejaciones y crímenes ha sido la negación de la condición de sujeto/a titular de derechos, individuales y colectivos, de otras y otros, que por su color de piel, su etnia, su nacionalidad, o por cualquier otra condición, son diversos/as y distintos/as a la sociedad mayoritaria y basándose en esa diferencia se les han concul-

cado, privado o lesionado sus derechos fundamentales. En la base de las prácticas discriminatorias se esconde, las más de las veces, una institucionalidad pública y una sociedad que no es capaz de concebirse en la diversidad, y por lo tanto desconoce o niega la diferencia y su pluralidad identitaria.

Conscientes de que la descendencia de la diáspora africana es objeto de violaciones a sus derechos y libertades fundamentales, las Naciones Unidas dará inicio en el año 2015 al Decenio Internacional de los Afrodescendientes, bajo el lema 'reconocimiento, justicia y desarrollo', llamado que reitera el que todos los seres humanos estamos dotados de una misma dignidad y que toda doctrina fundada en la superioridad racial es "[c]ientíficamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa y deben rechazarse, al igual que las teorías con que se pretenda determinar la existencia de distintas razas humanas"².

En el caso de Chile, la condición pluricultural de la sociedad se refleja no solo en la presencia de nueve pueblos originarios, sino en la existencia de otros grupos humanos, que compartiendo rasgos identitarios, se autoidentifican en su condición de descendientes de la diáspora africana nacidos en Chile. En tanto colectivo que se asume en la diferencia con el resto de la población que habita el territorio nacional, hoy demandan reconocimiento de ese estatus. La esclavitud fue abolida en Chile por Ley de 24 de julio de 1823 y se estima que a la época había entre tres mil y cinco mil esclavos negros y pardos (Feliú, 1973, pág. 13). Ello dejó una huella imprecionada hasta al día de hoy.

Se trata de un colectivo especialmente vulnerable como consecuencia del general desconocimiento de que han sido objeto históricamente. En el año 2013, Chile fue examinado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación

¹ La Comisión IDH ha señalado a este respecto que "[e]l principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico". Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 de diciembre 2011, párr. 94. Ver también, Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 98. Un efecto derivado de esta condición, es que las obligaciones de protección, respeto y garantía, son exigibles a todos los Estados y genera efectos respecto de todos, incluidos los particulares. Es decir, es una norma *erga omnes*, oponible a todas y todos sin excepción y por lo mismo, de efectos horizontales. Ver Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 110.

² Resolución aprobada por la Asamblea General el 23 de diciembre de 2013. A/RES/68/237 de 7 de febrero de 2014.

Racial³. En el Informe complementario al Comité, el INDH señaló casos en que personas afrodescendientes habían sido objeto de actos de discriminación, como la intención de despedir de su trabajo a una persona por su color de piel⁴. Actos racistas de estas características deben interpelar a la institucionalidad pública y la sociedad en su conjunto, a los fines de garantizar la dignidad de todos y todas, asumiendo en plenitud nuestra diversidad cultural e identitaria.

El presente apartado se propone contribuir a visibilizar la situación de los afrodescendientes chilenos, en la convicción de que este es el paso inicial para avanzar en la construcción de políticas orientadas a la protección y garantía de los derechos humanos de los que son titulares⁵. Para ello, se aborda de manera sucinta algunos antecedentes históricos de la presencia afro en el territorio nacional. En segundo lugar, se revisan los estándares internacionales aplicables a la población afrodescendiente, y por último, su situación en el ejercicio y goce de aquellos derechos reconocidos en la normativa nacional e internacional. No se hace referencia a la población migrante afrodescendiente, en atención a que dicho colectivo ha sido objeto de análisis en otros informes por parte del INDH⁶.

3 El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial es el órgano de especialistas independientes que supervisa la aplicación de la Convención. Se constituyó en mandato al art. 8 de la Convención.

4 INDH. Informe Complementario INDH sobre aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Párr. 107. Los datos del caso se encuentran disponibles en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2010/12/27/455112/director-del-fosis-de-arica-y-parinacota-presenta-su-renuncia-tras-polemica.html>

5 Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011, párr. 6.

6 La situación de la población migrante afrodescendiente ha sido analizada en diversos informes por el INDH, entre ellos: Informe Misión de Observación Situación de la Población Migrante Iquique Colchane, 29 al 31 de mayo de 2013. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl> Ver Informe Anual 2012, pág. 161 y siguientes; e Informe Anual 2013, pág. 151 y siguientes. En estos informes se ha dado cuenta de las dificultades que los afrodescendientes, así como otros grupos de migrantes, encuentran para ingresar al país, así como los obstáculos en el acceso a prestaciones de salud y educación; y las precarias condiciones en que muchos/as viven. También se consignan las denuncias de organizaciones de migrantes y de otras organizaciones de la sociedad civil por rechazos en frontera a solicitantes de refugio, trato denigrante y discriminatorio de parte de los/as funcionarios/as, y arbitrariedades en la exigencia de requisitos poco claros para autorizar el ingreso —como los montos de solvencia o ‘bolsas de viaje’— que tienen entre otras consecuencias, el aumento de la migración irregular y del tráfico de migrantes.

LA PRESENCIA AFRICANA EN CHILE

La trata y la esclavitud de población de origen africana en América duró cuatro siglos. Particularmente en Sudamérica, ellos fueron destinados a la explotación de minas en Bolivia y Perú, en las plantaciones de azúcar, algodón, café y coca, entre otras, existentes en los valles andinos y la costa caribeña. También fueron designados para realizar tareas rurales como peones, sirvientes domésticos y artesanos (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2010, pág. 17)⁷.

En el caso del territorio que actualmente comprende Chile (que de aquí en adelante y para simplificar llamaremos simplemente “Chile”), la esclavitud de personas de origen africano fue una expresión secundaria, frente a otras formas y fuentes de trabajo forzado. Predominó en estas latitudes la ‘encomienda’⁸ (Mellafe, 1959, pág. 28), sistema de trabajo que abasteció de brazos indígenas la producción minera y agropecuaria. Así, la mano de obra esclavizada de origen africano fue vital en aquellos territorios en que los pueblos originarios fueron diezmados como consecuencia de la conquista en América⁹.

Los registros censales disponibles así como diversos otros testimonios y fuentes desmienten la creencia de que en Chile, la presencia afro no habría existido. Dicha interpretación de los hechos ha sido funcional a la idea dominante de una sociedad e identidad nacional homogénea culturalmente, negando su

7 El estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo —PNUD— estima que entre los primeros años de la conquista europea y la abolición de la esclavitud en Brasil (último país americano en decretarla), llegaron al continente, aproximadamente, entre 20 y 40 millones de esclavos/as.

8 De origen medieval, la encomienda es una institución por la que por los servicios prestados a la Corona, a cada conquistador se le asignaba un conjunto de indios/as, los/as que debían rendir un tributo a su favor. A cambio de esta prestación o tributo, el conquistador se obligaba a protegerlos y evangelizarlos. En el caso del territorio chileno, este tributo consistió en la realización de servicios personales a favor del conquistador “[q]ue los indios realizaban como mano de obra, predominantemente en lavaderos de oro” (DIBAM)

9 El autor afirma que: “En las Antillas y en Tierra Firme se planteará, pues, por primera vez, el problema y la solución de la mano de obra, que se repetirá en parecidas condiciones en las demás secciones de América. Cuando las encomiendas no bastaron por falta de población indígena o porque la legislación indiana los protegía de ciertos trabajos, la falta de brazos se suplió con esclavos” (Mellafe, 1959, pág. 28).

carácter plural y diverso. La población esclava afrodescendiente fue importante y demográficamente significativa¹⁰.

Esta población esclava tendió a concentrarse en la ciudad de Arica, y los valles andinos colindantes a ella, región que se incorporó plenamente a la soberanía chilena a partir del tratado de Lima de 1929. Otro lugar de concentración de población de origen africano fue el valle de Azapa, un centro de producción de caña de azúcar y siembra de algodón, principales cultivos que concentraron la mano de obra esclava.

Para 1813, de acuerdo con las estimaciones censales de entonces, la población afrodescendiente desde Copiapó por el norte, hasta Talca por el sur (sin considerar la provincia de Santiago y Concepción), arrojaba una cifra de 22.661 personas negras y mulatas sobre un total de población de 295.000 (Salgado, 2013, pág. 61)¹¹.

La importancia de la población afro queda evidenciada por su rol en las luchas por la independencia. Es reconocida la participación del 'Batallón de Infantes de la Patria' durante la guerra de la independencia, milicia integrada por personas negras y mulatos de la ciudad de Santiago, que sirvieron a las ordenes de los libertadores y tuvieron destacada actuación en las batallas decisivas incluida la de Maipú (Contreras, 2011, pág. 85).

10 La presencia esclava de origen africano está documentada desde la llegada de los primeros conquistadores españoles (Diego de Almagro y Pedro de Valdivia). Este último habría traído alrededor de diez personas esclavas de origen afrodescendiente (Mellafe, 1959, pág. 50). Para 1570 este autor refiere que en lo que es la capitanía de Chile hay: "7 mil negros y mestizos de color (7 mil vecinos españoles y 10 mil mestizos) (Mellafe, 1959, pág. 217). Estimaciones censales indican que entre los siglos XVII y XVIII, el 10% de la población asentada entre Atacama y el río Maule, correspondía a aquella de ascendencia africana. Datos obtenidos en 1778 por el empadronamiento de la población encargado por el gobernador Agustín de Jáuregui, determinó que, de un total de 259.646 habitantes, unos 25.508 tenían sangre negra –aproximadamente un 10%–, asentado mayoritariamente entre Atacama y el río Maule (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2010, pág. 50). A mediados del siglo XIX (1871) la población afrodescendiente de Arica representaban el 58% de la población total (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, 2010, pág. 49).

11 Las cifras corresponden a la sistematización del censo de 1813 disponible en: http://www.inec.cl/canales/usuarios/cedoc_online/censos/pdf/censo_1813.pdf

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes destinado a prohibir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹². La Convención constituye el primer instrumento internacional de carácter vinculante que ofreció una definición de discriminación racial, señalando que es "[t]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública"¹³.

La Convención habla de 'discriminación racial' y los instrumentos internacionales de derechos humanos utilizan el concepto 'raza'¹⁴ para señalar las categorías sospechosas de discriminación. Este concepto junto con el de 'etnia' han desempeñado un papel en tanto "[p]lataforma conceptual para movilizar los procesos de identidad política de los afrodescendientes (...) y ha permitido sentar las bases para la autoidentificación de estas poblaciones en los censos y las encuestas" (CEPAL, 2009, pág. 17). Ambos conceptos son dinámicos en el sentido de que no constituyen 'categorías fijas' y "[d]eben ser entendidos como construcciones sociales que responden a los contextos políticos de la historia de las ideas, del conocimiento institucionalizado y de las prácticas sociales" (CEPAL, 2009, pág. 18). Por 'raza' se han entendido las características fenotípicas (o características físicas notorias, como el color de la piel) de la población humana. "Esta

12 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. En el caso de nuestro ordenamiento: Decreto 747 que aprueba la Convención. Publicado en el Diario Oficial el 12 de noviembre de 1971.

13 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 1.1.

14 Por ejemplo el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que incluye dentro de los factores sospechosos de discriminación la 'raza'; o el art. 2.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño

noción alude a la división taxonómica del género humano a partir de distinciones biológicas, morfológicas y fisiológicas (...). En todo caso, cada una de estas caracterizaciones raciales responde a construcciones mentales y sociales que obedecen a estereotipos y prejuicios propios de una época y una circunstancia” (CEPAL, 2009, pág. 18), los que, como ha sido señalado por las Naciones Unidas en su resolución sobre esta materia, “deben rechazarse, al igual que las teorías con que se pretenda determinar la existencia de distintas razas humanas”¹⁵.

El concepto etnia por su parte, “[d]enota a un grupo humano que comparte una cultura, una historia y costumbres, y cuyos miembros están unidos por una conciencia de identidad” (CEPAL, 2009, pág. 19).

Dado el despojo histórico de que han sido víctimas las personas afrodescendientes, y en la perspectiva de superar el legado de discriminación estructural¹⁶ que padecen, se ha promovido desde el derecho internacional de los derechos humanos la necesidad de adoptar medidas especiales en relación con este grupo de la población. Se aspira mediante la implementación de estas acciones, corregir las desigualdades históricas que soportan determinados sectores de la población. Con este propósito, la Convención incorpora el concepto de ‘medidas especiales’¹⁷, también conocidas

como medidas de acción afirmativa¹⁸, sosteniendo que ellas en caso alguno pueden ser concebidas como un trato discriminatorio¹⁹.

La Convención contiene un conjunto de disposiciones generales de protección, que consisten en la abstención de todo acto o práctica de discriminación fundada en la raza contra personas, grupos o instituciones; y obligaciones de garantía referidas a la prohibición y adecuación de conductas, prácticas y diseños normativos, incluidas las de enmendar, derogar o anular leyes y disposiciones reglamentarias que entrañen o fomenten un acto de discriminación en razón del origen racial de una persona, grupo o institución. Se impone a los Estados, en virtud de este tratado, la obligación de elaborar y seguir una política orientada a erradicar la discriminación racial en todas sus formas²⁰.

Esta obligación general de los Estados parte es especialmente relevante cuando las categorías de exclusión y segregación

15 Resolución aprobada por la Asamblea General el 23 de diciembre de 2013. A/RES/68/237 de 7 de febrero de 2014.

16 Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 34: Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 6. “El racismo y la discriminación estructural contra afrodescendientes, enraizados en el infame régimen de la esclavitud, se manifiestan en situaciones de desigualdad que afectan a estas personas y que se reflejan entre otras cosas, en lo siguiente; el hecho de que formen parte, junto con las poblaciones indígenas, de los grupos más pobres de la población; sus bajas tasas de participación y representación en los procesos políticos e institucionales de adopción de decisiones; las dificultades adicionales a que hacen frente en el acceso a la educación, la calidad de esta y las posibilidades de complementarla, lo que hace que la pobreza se transmita de generación en generación; el acceso desigual al mercado del trabajo; el limitado reconocimiento social y la escasa valoración de su diversidad étnica y cultural, y su desproporcionada presencia en la población carcelaria”.

17 Ver art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

18 Comisión IDH. La situación de las personas Afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, 5 de diciembre de 2011, párr. 24: “[m]edidas de acción afirmativa son una herramienta excepcional y temporal dentro del campo de las medidas positivas, mediante las cuales se otorga un tratamiento diferenciado a un grupo sistemáticamente desaventajado con el fin de corregir desigualdades estructurales y coadyuvar a la superación de los obstáculos que les impiden el pleno goce de sus derechos humanos”. Nuestro ordenamiento hace un expreso reconocimiento a estas medidas en la ley que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, Ley 20.422, en los artículos 7°, 23 y 43.

19 Ver art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que “[e]l concepto de medidas especiales se basa en el principio de que las leyes, políticas y prácticas adoptadas y aplicadas para cumplir las obligaciones previstas en la Convención deben complementarse, cuando las circunstancias lo aconsejen, con la adopción de medidas especiales temporales destinadas a garantizar el disfrute pleno e igual de los derechos humanos y las libertades fundamentales por los grupos desfavorecidos. Las medidas especiales forman parte del conjunto de disposiciones de la Convención encaminadas a eliminar la discriminación racial, para cuyo cumplimiento será necesario aplicar fielmente todas las disposiciones de la Convención”. Recomendación General N° 32, referida al significado y alcance de las medidas especiales. CERD/C/GC/32, 29 de septiembre de 2009, párr. 11.

20 Ver art. 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. De acuerdo con lo sostenido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la noción de discriminación y, por lo tanto, la prohibición abarca la discriminación intencional, también conocida como directa, de la discriminación práctica o indirecta, en este sentido, “[c]onstituye discriminación no solo una “distinción, exclusión o restricción” injustificables sino también una “preferencia injustificable”. Recomendación General N° 32, referida al significado y alcance de las medidas especiales. CERD/C/GC/32, 29 de septiembre de 2009, párr. 7. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, indica que “[...] el Comité considera que el término ‘discriminación’, tal como se emplea en el

se han diversificado, y aquellas fundadas en las características puramente fenotípicas (el color de la piel u otros rasgos físicos de una persona) o las teorías o ideologías construidas sobre la superioridad racial (por ejemplo, las sustentadas por Joseph de Gobineau a fines del siglo XIX²¹ o el nazismo la primera mitad del siglo XX) han cedido paso a otras manifestaciones de odio e intolerancia. Nuevas formas de exclusión, igualmente asentadas en el prejuicio y la estigmatización, devienen en lo que se ha denominado 'racismo sociocultural', queriendo con ello relevar un patrón de discriminación dirigido a un sector de la población que es diferente al predominante (por su origen nacional o por su identidad cultural) (Gruenberg, 2014, pág. 20). En virtud de estas nuevas expresiones de discriminación, categorías de población o identidades culturales son blanco de la intolerancia, de nuevas formas de segregación y/o sujetos pasivos de crímenes de odio²².

La Convención establece también la obligación de que los ordenamientos jurídicos de los Estados tipifiquen y sancionen toda expresión de odio racial, incluidas la imposición de penas a la difusión de ideas basadas en la superioridad racial, y el castigo a todo acto de incitación a la discriminación racial o de violencia racial (art. 4.a). Al alero de esta disposición, el tratado fija la obligación de proscribir y declarar fuera de la legalidad a toda organización que promueva el odio o la violencia racial, incluidas las actividades de propaganda que inciten a dicha discriminación

Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas". Observación General N° 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, párr. 7.

21 (1816-1882) Fundador de las teorías del racismo científico (Cisneros, 2001, pág. 180).

22 Para Gruenberg, "Setenta años después del holocausto, el racismo biologicista perdió legitimidad y vigencia como ideología formal pero se transformó en una nueva forma de racismo sociocultural. En la práctica, las diferencias entre poblaciones ya no son codificadas con base a una escala descendente de diferencias biológicas sino culturales. El renovado racismo sin razas (Balibar, 1991, p.21) ha seleccionado a la población migrante como su nuevo objeto de exclusión, control y eliminación; al señalarla con un estigma de marginalidad, inseguridad y atraso cultural. Así, el racismo sociocultural opera como un sistema clasificatorio que convierte a la población migrante en una amenaza inminente para la seguridad, el bienestar y la homogeneidad de las poblaciones nacionales" (Gruenberg, 2014, pág. 20).

(art. 4.d). En definitiva el discurso y expresiones de odio racial deben ser objeto de reproche penal.

Finalmente la Convención hace un llamado a la adopción de medidas eficaces en el ámbito de la enseñanza, la cultura y la información orientada a combatir los prejuicios sobre los cuales se amparan las prácticas y conductas discriminatorias (art. 7).

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el año 2011, adoptó la Recomendación General N° 34 dirigida a la población afrodescendiente, precisando los alcances de los derechos de que es titular este colectivo de conformidad a la Convención. El órgano de control sostuvo que los afrodescendientes son titulares de derechos individuales y colectivos, entre otros, a ejercer sin discriminación alguna el derecho de propiedad, incluidos el uso, la conservación y la protección de las tierras que hayan ocupado tradicionalmente, en caso de que los modos de vida y su cultura estén vinculados a la utilización de esas tierras y recursos. En segundo término, reconoce y promueve el derecho a la identidad cultural y a mantener, salvaguardar y promover su modo de vida y sus formas de organización, cultura, idiomas y expresiones religiosas; y el derecho a que se les consulte previamente cuando se tomen decisiones que puedan ser susceptibles de afectar sus intereses, de conformidad con las normas internacionales²³.

Esta interpretación es consistente con el tratamiento de estos colectivos como pueblos tribales, y en esa condición, titulares de similares derechos a los que les corresponden a las naciones o pueblos originarios, en la medida que mantengan y conserven modos de vida, tradiciones, y cosmovisiones basadas en sus costumbres, incluidas una especial relación con el territorio en que habitan. En efecto, los órganos de supervisión del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes han señalado en diversas oportunidades que el Convenio debe aplicarse a las comunidades afrodescendientes que reúnen los requisitos establecidos por el artículo 1, párrafo 1, apartado a), del Convenio que establece que este se aplica: "[a] los pueblos tribales en países independientes, cuyas

23 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General N° 34 Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 4.

condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”²⁴. Dichos órganos también han señalado que el Convenio 169 de la OIT debe aplicarse a las comunidades afrodescendientes que, de conformidad al párrafo 2 del mismo artículo 1 de este Convenio, tengan “[l]a conciencia de su identidad indígena”, la que constituye un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican sus disposiciones²⁵.

De la misma manera, la Corte IDH (2013) señaló que a las comunidades afrodescendientes les son aplicables aquellas normas destinadas a proteger la especial relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios, expresión del derecho de propiedad colectiva. Ello en tanto condición que tiene por objeto garantizar la supervivencia física y cultural del grupo humano y de esta manera asegurar que la “(...) identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”²⁶. El mismo órgano, en el año 2007, señaló en relación con el pueblo Saramaka, cuyos ancestros fueron esclavos africanos trasladados a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII²⁷, que a este colectivo les son aplicables las normas relativas a los pueblos tribales en tanto grupo que mantiene tradiciones sociales, culturales y económicas, que se identifican con sus

territorios ancestrales y están regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones, y se encuentran por tanto amparados por el derecho internacional de los derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas y tribales²⁸, incluido el Convenio 169 de la OIT.

SOBRE LA DEFINICIÓN DE POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE

Las Declaraciones y Planes de Acción de Santiago y Durban²⁹ definen como afrodescendientes a aquellas personas descendientes de la diáspora africana, constituyendo un grupo humano al que se le han denegado históricamente el ejercicio de sus derechos fundamentales. Si bien las Declaraciones y Planes de Acción de Santiago y Durban no son vinculantes, representan el consenso político de la comunidad internacional orientados al reconocimiento de derechos para las y los afrodescendientes. Tal definición fue recogida por la Recomendación General N° 34 (2011) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la que señala que a los fines de la presente Recomendación se entenderá por afrodescendientes a “[a]quellas personas

24 Observaciones de la Comisión de Expertos frente a la comunicación de la CUT de Brasil referida a la aplicación del Convenio 169 de la OIT a las comunidades negras rurales Quilombolas de Brasil. Conferencia Internacional del Trabajo, Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009 P. 733 y 734.

25 Observaciones de la Comisión de Expertos de la OIT frente a la información de comunidades afrodescendientes Curbaradó y Jigamiandó de Colombia que reclaman poseer cultura e historia propia, tener tradiciones y costumbres y autoidentificarse como pueblo tribal, exigiendo por lo tanto la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Comisión de Expertos, 76.a sesión, 2005, Observación, Colombia, publicación 2006. En Organización Internacional del Trabajo (Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, OIT, Ginebra, 2009, p. 12.

26 Corte IDH Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 346 y párr. 354.

27 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 80.

28 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 79. “En principio, la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”.

29 Conferencia Regional de las Américas, Preparativos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, WCR/RCONF/SANT/2000/L.1/Rev. 4. 20 de diciembre de 2000. Declaración y Programa de Acción de Durban. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. La Conferencia Mundial tiene su origen en la resolución 1997/74 de 18 de abril de 1997 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la resolución 52/111 de 12 de diciembre de 1997 de la Asamblea General de la ONU y otras resoluciones posteriores. Las Naciones Unidas resuelven realizar la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de Intolerancia en Durban, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Como parte de las actividades preparatorias de la Conferencia mundial se realizaron una serie de eventos y conferencias previas. Una de ellas fue la Conferencia Regional Preparatoria de las Américas, efectuada en Santiago de Chile del 5 al 7 de diciembre del año 2000. De la Conferencia surgieron dos instrumentos básicos, a saber, la Declaración de Durban y la Plataforma de Acción de Durban. Ver: (CEPAL, 2006, pág. 15)

así referidas en la Declaración y el Programa de Acción de Durban, y que se identifican a sí mismas como tales”³⁰.

NORMATIVA NACIONAL

La naciente República adoptó en 1811 la Ley de “libertad de vientres”, en mérito de la cual se declaró libres a los hijos de esclavas que nacieran a partir de entonces, y a todos aquellos esclavos que permanecieran por más de seis meses en el país. Consolidada la independencia, en julio de 1823, se dictó la Ley de Abolición de la Esclavitud en Chile, la que habría beneficiado de tres mil a cinco mil esclavos/as (DIBAM). Finalmente, la Constitución Política de 1823 preceptuó que en “Chile no hay esclavos: el que pise su territorio por un día natural será libre. El que tenga este comercio no puede habitar aquí más de un mes, ni naturalizarse jamás” (art. 8). Esta declaración viene a consolidar desde el punto de vista del diseño institucional el proceso de manumisión, iniciado en 1811³¹.

La Constitución Política vigente, recogiendo estos principios, declara en su artículo primero que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, para señalar luego en el listado de garantías constitucionales que en “[e]n Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”³². Concreción de esta disposición es la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación. La misma contiene una definición de ‘discriminación arbitraria’ y establece un “mecanismo judicial que permit[e] restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”³³.

30 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General N° 34 Discriminación racial contra afrodescendientes. CERD/C/GC/34. 3 de octubre de 2011, párr. 1.

31 Se ha destacado la circunstancia histórica de ser Chile el segundo país en abolir formalmente la esclavitud después de Dinamarca (Feliú, 1973, pág. 15). Este historiador, al interpretar las causas que explican por qué en Estados Unidos, a pesar de la influencia liberal, persistió el sistema esclavista, releva la importancia de las razones de orden económico y social que allí imperaban. En Chile por el contrario “la abolición de la esclavitud no dio origen a ningún género de dificultades en el orden social, económico y político” (Feliú, 1973, pág. 18), no obstante la negativa y el rechazo de aquellos que detentaban la propiedad esclava en el país.

32 Constitución Política de la República art. 19 núm. 2.

33 Publicada en el Diario Oficial el 24 de julio de 2012. Para un análisis de esta ley ver: INDH. Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile año 2010, pág. 71 e Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile año 2012, pág. 109 y ss.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2013), al tiempo de valorar la adopción de esta ley como un avance legislativo en el combate contra la discriminación racial, expresó su preocupación por que “la ‘discriminación arbitraria’ contenida en la Ley de no discriminación podría llevar a los jueces a una interpretación que justifique ciertas acciones de discriminación y exima de responsabilidad a los actores de dicha discriminación”³⁴. Por ello alentó al Estado de Chile “[a] revisar las categorías de discriminación consideradas ‘no arbitrarias’ para alinear la Ley de no discriminación a la Convención”³⁵.

También el Comité recomendó al Estado parte “que clarifique que la Ley contempla las medidas especiales en el combate de la discriminación racial tomando en cuenta su Recomendación general N° 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención”³⁶.

Finalmente y en relación con la normativa nacional, el Comité recomendó que el Estado de Chile sancione y tipifique penalmente “[t]oda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, todo acto de violencia con motivación racial así como la participación en organizaciones o actividades que inciten a la discriminación racial”³⁷.

Se debe señalar que aun cuando no esté sancionado y tipificado el delito de incitación al odio, lo que es objeto de una iniciativa legislativa, existe la Ley N° 19.773, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que contempla una norma que señala que “[e]l que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa

34 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Párr. 9.

35 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013). Párr. 9.

36 *Ibidem*.

37 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones; 12 a 30 de agosto de 2013, párr. 10.

de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales”³⁸.

En el marco de la discusión del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, el INDH ha sostenido que “[l]a prohibición y sanción de la incitación al odio deviene de un principio fundante del derecho internacional de los derechos humanos, como lo es el igual goce y protección de los derechos sin discriminación, y se relaciona a su vez, a modo de límite con el derecho a la libertad de expresión”³⁹. Por lo mismo “[r]esulta imprescindible agotar todas las instancias de sanción anteriores al uso de la herramienta penal, restringiendo la utilización de penas privativas de libertad a los casos en que esta manifestación o incitación, efectivamente reúna las condiciones suficientes de gravedad para poner en riesgo efectivo la integridad física, psíquica o moral de las personas o grupos objetos de ataque. El Instituto considera, como principio general, que una sociedad democrática tiene el derecho y el deber de establecer y utilizar las herramientas de prevención o sancionatorias de conductas contrarias a los derechos humanos, como lo es sin duda, el discurso que incita al odio y la discriminación, sin embargo, hay que tener presente que la lucha contra la discriminación requiere de un marco mucho más amplio de normas, políticas y programas y en las que las sanciones penales deben ser un elemento de *ultima ratio*. En tal sentido, el Instituto llama a tener presente la necesidad de generar un marco coherente y armónico de normas para la lucha contra la discriminación, teniéndose en cuenta las sanciones ya existentes en el conjunto de normas generales y especiales a las que se ha hecho referencia durante esta presentación” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014, pág. 10).

SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN AFROCHILENA

De acuerdo con la información que arroja la Primera Encuesta Ciudadana (SESEGOB, 2013), el 31% de las personas que respondieron la consulta declaró que sí había discriminado a alguien, siendo uno de los principales motivos la raza o la etnia (21%)⁴⁰. Otro dato, esta vez recabado por el INDH mediante de la Segunda Encuesta Nacional de Derechos Humanos (2013) es que un 5,8 % (promedio nacional) de la población se ha sentido discriminado debido a su color de piel, incrementándose este porcentaje al 10,5% en la Región de Arica Parinacota⁴¹. Ello respondería a que esta Región es la que concentra la mayor presencia afro en el territorio nacional.

Una especial preocupación de los órganos de control de tratados, así como de otras instancias internacionales de protección de derechos humanos⁴² ha sido la necesidad de disponer de instrumentos censales que permitan capturar adecuadamente información que identifique a esta población. Ello es estimado una medida indispensable por cuanto “[s]in datos confiables, sin indicadores y mediciones periódicas es imposible tomar decisiones políticas destinadas a enfrentar el problema de la discriminación. Las cifras además tienen un innegable componente político, pues para los afectados significa la visibilización de su situación así como una forma de reconocimiento frente a los otros” (CEPAL, 2006, pág. 25).

El Estado de Chile no posee datos estadísticos de carácter nacional que incluyan indicadores económicos y sociales en relación con la población afrodescendiente. Ello ha sido representado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en agosto de 2013, como una insuficiencia que impide medir adecuadamente el goce de derechos por

38 Ley N° 19.773. Art. 31.

39 El INDH presentó un Informe al Proyecto de Ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, Boletín N° 7130-07. Informe aprobado por el Consejo del INDH el 13 de octubre de 2014-Sesión 223, disponible en: www.bibliotecadigital.indh.cl Este Informe fue presentado ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado el día 14 de octubre de 2014 por el Consejero Manuel Nuñez Poblete.

40 El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en la Primera Encuesta Relaciones Interculturales, 2012, consultó sobre la experiencia de discriminación teniendo como fuente el hecho de ser indígena. Resultados disponibles en <http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2013/10/Primera-Encuesta-de-Relaciones-Interculturales-PNUD-2013.pdf>

41 Otra encuesta Fundación IDEAS (2009) señalaba que el 13,3% de las personas encuestadas señaló como principal motivo de discriminación la raza o la etnia (en CIDH. La Situación de las personas afrodescendientes en las Américas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, párr. 20).

42 Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62, párr. 38.

parte de esas personas⁴³. Ello fue señalado ante el Comité, entre otros, por el INDH, que sostuvo que “[la] inclusión de la variable afrodescendiente en el Censo de 2012 no se cumplió. Actualmente, los Afrodescendientes pertenecientes a las distintas agrupaciones existentes, si bien se han reconocido y organizado como tales, carecen de una descripción que revele su realidad socioeconómica y cultural. Esta situación se presenta como un problema, dado que no se puede incurrir en ningún tipo de reclamación formal para la inclusión de este grupo en la agenda política, ya que existe un desconocimiento de su existencia como grupo étnico o comunidad”⁴⁴.

El Comité ha reiterado la recomendación para que el Estado produzca la información necesaria de manera desglosada a los fines de identificar, caracterizar y establecer las políticas públicas acordes a esa realidad⁴⁵.

Al año 2011, la población afrodescendiente en Chile era del orden del 0,1%, de acuerdo con información proporcionada por el Estado a la Comisión IDH⁴⁶. Sin embargo, como se ha señalado, no existe información sistemática sobre la autoidentificación y condiciones de vida respecto de este grupo de la población.

Un esfuerzo tendiente a superar este vacío, y que el INDH destaca como una práctica armónica y respetuosa con los estándares de derechos humanos, fue el llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadísticas –INE–. Esta institución, previa consulta con organizaciones afrodescendientes de la Región de Arica-Parinacota, y recogiendo un sentido anhelo de estas, realizó entre agosto y noviembre de 2013 la Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente –ENCAFRO– en

las comunas de Arica y Camarones –Región de Arica y Parinacota– (INE, 2014)⁴⁷.

El criterio utilizado para la identificación como afrodescendiente es el autorreconocimiento de la persona entrevistada. Aplicada la encuesta, esta arrojó como resultado que 8.415 personas, es decir, el 4,7% de la población en la Región se autodefine como afrodescendiente. El 93,2% de esta población es nacida en Chile. De los afrodescendientes, un 44,2% son varones y un 55,8% mujeres; y 7.503 personas, esto es, el 89,2% de esta población vive en la ciudad (INE, 2014).

Con el objeto de conocer las condiciones de acceso a prestaciones sociales básicas y detectar eventuales brechas entre la población afrodescendiente y el resto de la población que habita la Región de Arica-Parinacota, el INDH seleccionó aquí tres variables reveladas por la encuesta del INE, y que se relacionan con el acceso a la educación (años de escolaridad); coberturas a seguros de salud; y la tasa de población en edad de trabajar (ocupada y desocupada). Estos datos son presentados en conjunto con las cifras que arroja la Encuesta de Caracterización Socio Económica –CASEN– 2011 para la misma Región, en las variables indicadas. Ello solo con el objeto de ilustrar la realidad de esta población, y advirtiendo que por tratarse de instrumentos de medición diferentes, no es posible hacer comparaciones o colegir conclusiones.

En el ámbito laboral, la mayoría de la población afrodescendiente en edad de trabajar se desempeña como asalariados/as (78,2%). El indicador de ocupación utilizado en la ENCAFRO, correspondiente al porcentaje de ocupados sobre el total de la población en edad de trabajar, arroja que el 47% de la población afrodescendiente de la Región, de 15 años y más, se encuentra ocupada⁴⁸. De acuerdo con la misma encuesta, el 7,1% de esta población se encuentra desocupada. Por su parte, según la CASEN 2011, la tasa de participación

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

44 INDH. Informe Complementario INDH aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 106.

45 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013, párr. 8.

46 Comisión IDH. La Situación de las personas afrodescendiente en las Américas OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. párr. 23.

47 Ver “Diez argumentos a favor de la inclusión de la variable afrodescendiente en el censo chileno de 2012”. Documento elaborado por la Corporación Participa en colaboración con la Alianza Afrochilena. La prueba piloto de caracterización se realizó el año 2009 (Alianza Afrochilena, 2010).

48 “Se consideran ocupadas aquellas personas que se encuentran trabajando por ingreso, quienes tienen empleo pero no están trabajando (ocupados ausentes) y quienes trabajan para un familiar sin mediar pago” (INE, 2014, pág. 38).

laboral en la Región de Arica y Parinacota, que informa el porcentaje de la población en edad de trabajar que participaba activamente en el mercado del trabajo, corresponde al 53,1% y la tasa de desocupados asciende al 7,2% (Ministerio de Desarrollo Social, 2013).

Por su parte, el promedio de escolaridad de la población afro en la Región es igual a 9,05 años (INE, 2014). El nivel de escolaridad promedio de la Región de acuerdo con la CASEN 2011 es cercano a los 11 años (Ministerio de Desarrollo Social, 2013).

En el ámbito de la salud, el 5,9% de la población afrodescendiente de la Región declara no pertenecer a ninguno de los sistemas previsionales de salud. El 81,3% pertenece al sistema público de Salud (FONASA) y el 11,1% al sistema privado (ISAPRE). Los promedios regionales, de acuerdo a la CASEN, en relación con esta variable señalan que el 79,9% de la población de la Región está afiliada al sistema público de salud y el 8,3% al sistema privado⁴⁹ (Ministerio de Desarrollo Social, 2013).

Con el objeto de profundizar sobre la percepción de la situación de derechos humanos de esta población, el INDH envió un cuestionario dirigido a organizaciones afrochilenas de defensa y promoción de los derechos humanos⁵⁰.

Tres de estas organizaciones respondieron el cuestionario, destacando en todas ellas un diagnóstico común: la principal dificultad en materia de derechos humanos para las personas afrodescendientes es la falta de reconocimiento. Para una dirigente de la ONG Oro Negro, este vacío se expresa en el ámbito normativo, en el espacio educativo y en los instrumentos de medición censal⁵¹. Esta opinión es compar-

tada por otra dirigente de la organización Hijas de Azapa, Organización de Afrodescendientes Lumbanga⁵².

Para una integrante de la organización de afrodescendientes Luanda, esta ausencia de reconocimiento se extiende a la negación de la condición de pueblo tribal. En palabras de esta dirigente: “[e]l Estado de Chile no nos ha incluido dentro de la consulta amparada por el Convenio 169 de la OIT, para la creación del Ministerio de Asuntos Indígenas, el cual en su artículo 6 y 7 habla de la vinculación a las comunidades originarias y tribales, categoría en la cual se ubicaría la comunidad afrochilena”, lo que en último término lesiona el derecho a la identidad⁵³.

Hay en esta materia una conducta contradictoria por parte del Estado, porque como lo señala dicha dirigente, mientras el Ministerio de Desarrollo Social no contempla a los afrodescendientes en el proceso de consulta previa, en relación con el anteproyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas⁵⁴, el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, sí ha considerado a la población afrodescendiente en su propio proceso de consulta previa para la creación del Ministerio de Cultura (Consejo Nacional de la Cultura y las Artes). En tanto, grupo humano que comparte una cultura, una historia y costumbres, cuyos miembros están unidos por una conciencia de identidad, corresponde que se proceda a consultarlos previamente, toda vez que se prevea una medida legislativa o administrativa susceptible de afectarlos directamente, de conformidad a lo que mandata el Convenio 169 de la OIT. Se requiere en esta materia aunar criterios que eviten un trato diferenciado respecto de una misma comunidad que eventualmente pudiera entrañar un trato discriminatorio. Lo advertía la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo cuando le indicó al Estado de Chile en relación con “[e]l mecanismo de consultas previsto no incluye a los pueblos afrodescendientes en la consulta. Sin embargo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones tomó nota

49 Un 4,2% no está en ningún sistema particular; el 4,2% está afiliado a algún sistema de las FFAA y de Orden; el 0,9% a otro sistema, y para un 2,4% no hay información (CASEN 2011).

50 El cuestionario fue enviado mediante correo electrónico en agosto de 2014, a las siguientes organizaciones: Red de Mujeres Afrodescendientes; Organización de Mujeres Afrodescendientes Luanda; Oro Negro; Lumbanga; Hijas de Azapa. El instrumento utilizado pretendió responder a las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las principales dificultades en materia de derechos humanos a que se ven expuestas las personas afrodescendientes en Chile?; ¿Cuál es el principal déficit de las políticas del Estado en relación con la comunidad afrodescendiente en Chile?; y por último, ¿cuál es la principal experiencia de discriminación que debe soportar una persona afrodescendiente en Chile?

51 Marta Victoria Salgado Henríquez, dirigente de la ONG Oro Negro de Desarrollo de Afrodescendientes Chilenos. 11 de agosto de 2014.

52 Azeneth Báez Ríos. Hijas de Azapa, Organización de Afrodescendientes Lumbanga. 4 de septiembre de 2014.

53 Camila Rivera Tapia. Organización de Mujeres Afrodescendientes, Luanda, de 7 de septiembre de 2014.

54 Ministerio de Desarrollo Social, Resolución Exenta Núm. 276, publicada en el Diario Oficial el 24 de junio de 2014.

de la existencia de un proyecto de ley de reconocimiento de los pueblos afrodescendientes. Se sugiere tener en cuenta a los pueblos afrodescendientes en el proceso de consulta⁵⁵. Ante lo que el Estado de Chile señaló “[q]ue nuestro país impulsa decididamente una clara política contra la discriminación a cualquier persona, incluida la población afrodescendiente, la que según estimaciones preliminares está compuesta por alrededor de 3.000 personas, concentradas principalmente en el valle de Azapa, Región de Arica y Parinacota”⁵⁶. Sin pronunciarse sobre la recomendación de considerar a la población afrodescendiente en los procesos de consulta pertinente.

En relación con la falta de reconocimiento en el ámbito normativo es necesario señalar que desde agosto del año 2009 existe un proyecto de ley que establece el reconocimiento de la etnia afrodescendiente en Chile⁵⁷. Este aún se encuentra en primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, sin que a la fecha haya tenido avances⁵⁸. En relación con este punto, el INDH informó al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que “[l]a situación de nulo avance respecto de la tramitación del proyecto de ley mencionado es un reflejo de que la situación de los afrodescendientes en Chile no tiene visibilidad ni es parte de la agenda pública en nuestro país”. En su informe final, el Comité (2013) lamentó que “[e]l proyecto de ley de reconocimiento de la comunidad afrodescendiente en Chile aún no haya sido aprobado (...)”, recomendando al Estado

que adopte las medidas necesarias que permitan acelerar la tramitación de este proyecto de ley⁵⁹.

No obstante los avances registrados (Ley Antidiscriminación, Encuesta de caracterización de la Población Afrodescendiente) persisten desafíos, entre otros, en garantizar el derecho a la identidad asumiendo constitucionalmente la condición de país pluricultural; adecuar la legislación vigente con el objeto de armonizarla plenamente a los estándares internacionales; reconocer a los afrodescendientes que reúnan los requisitos señalados en el artículo 1 N^{os} 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT la calidad de pueblos tribales, así como los derechos asociados a dicha calidad establecidos en este tratado internacional; e incorporar la variable afrodescendiente en el próximo ejercicio censal a los fines de diseñar políticas públicas pertinentes y respetuosas de la diversidad de la sociedad. Ello debe ir acompañado de esfuerzos en todos los ámbitos de la enseñanza –formal e informal– que por un lado reconozcan la presencia africana y su legado en la construcción del país, y por otro, contribuyan a fortalecer una cultura respetuosa de la dignidad del ser humano.

55 CEACR. Solicitud Directa 2010/81 y Observación 2010/81

56 Respuesta a la Solicitud Directa 2010/81 y a la Observación 2010/81 de la OIT planteadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT respecto de la Memoria y Adendum presentados por el Gobierno de Chile con fechas 1 de septiembre de 2010 y 10 de noviembre del mismo año acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (Núm) 169 de la OIT. Disponible en: http://www.conadi.gob.cl/documentos/Observacion-2010-81-OIT-01-09-11_.pdf

57 Establece el reconocimiento de la etnia afrodescendiente en Chile. Boletín N° 6655-17

58 INDH. Informe Complementario INDH aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, párr. 104

59 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. CERD/C/CHL/CO/19-21. Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones del 12 al 30 de agosto de 2013, párr. 17.

BIBLIOGRAFÍA

- Alianza Afrochilena (2010). Informe de resultados de la prueba de Caracterización sobre población Afrodescendiente en Arica. Santiago.
- Archivo Nacional (s.f.). *Censo de 1813*. Recuperado el 18 de noviembre de 2014, de http://www.ine.cl/canales/usuarios/cedoc_online/censos/pdf/censo_1813.pdf
- Carillo, C. (2013). *Migrantes internacionales 'negros' y/o afrodescendientes en Chile: conjugados entre lo visible e invisible*. Santiago.
- CEPAL (2009). *Afrodescendientes en América Latina y el Caribe: del reconocimiento estadístico a la realización de derechos*. Santiago.
- CEPAL (2006). Los Pueblos indígenas y afrodescendientes ante el nuevo milenio. Santiago.
- Cisneros, I. (2001). Intolerancia cultural: racismo, nacionalismo, xenofobia. México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (s.f.). cultura.gob. Recuperado el 7 de octubre de 2014, de <http://www.cultura.gob.cl/consulta-previa/>
- Contreras, H. (2011). ARTESANOS MULATOS Y SOLDADOS BENEMÉRITOS. El batallón de infantes de la patria en la guerra de independencia de Chile; 1795-1820. Historia, 51-89.
- DIBAM (s.f.). *archivonacional.cl*. Recuperado el 26 de agosto de 2014, de http://www.archivonacional.cl/Vistas_Publicas/publicContenido/contenidoPublicDetalle.aspx?folio=7404&pagina=1
- DIBAM (s.f.). *memoriachilena.cl*. Recuperado el 1 de octubre de 2014, de La encomienda: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-685.html>
- Feliú, G. (1973). *La abolición de la esclavitud en Chile*. Santiago: Universitaria.
- González, C. (2014). *Esclavos y esclavas demandando justicia. Chile, 1740-1823*. Documentación judicial por carta de libertad y papel de venta. Santiago: Universitaria.
- Gruenberg, C. (2014). Migración, racismo y transparencia: hacia la descolonización de la información pública. En R. Córdoba, P. Ceriani, & J. Knippen, *Migrar en las Américas: movilidad humana, información y derechos humanos* (págs. 13-52). Barcelona: Edisa.
- INE (2014). *Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente*.
- Mellafe, R. (1959). *La introducción de la esclavitud en Chile. Tráfico y rutas*. Santiago: Universitaria.
- MIDEPLAN (2009). *Educación Encuesta CASEN 2009*. Recuperado el 17 de septiembre de 2014, de Ministerio de Desarrollo Social: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen2009/casen_educacion.pdf
- Ministerio de Desarrollo Social (30 de octubre de 2013). *observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl*. Recuperado el 17 de septiembre de 2014, de http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/casen/XV_AricayParinacota_oct13.pdf
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD (2010). *Derechos de la población afrodescendiente de América Latina: Desafíos para su implementación*. Ciudad de Panamá.
- Salgado, M. (2013). *Afrochilenos Una Historia Oculta*. Arica: Herco.
- SESEGOB (octubre de 2013). *Resultados de la Primera Consulta Ciudadana*. Recuperado el 5 de septiembre de 2014, de [sesegob.cl: http://participacionciudadana.segegob.cl/sites/default/files/PPT%20-%20Resultados%20Primer%20Consulta%20Ciudadana%20sobre%20la%20Discriminaci%C3%B3n%20en%20Chile.pdf](http://participacionciudadana.segegob.cl/sites/default/files/PPT%20-%20Resultados%20Primer%20Consulta%20Ciudadana%20sobre%20la%20Discriminaci%C3%B3n%20en%20Chile.pdf)

4

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN PROCESOS JUDICIALES



Fotografía: Enrique Cerdá



DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN PROCESOS JUDICIALES



ANTECEDENTES

En noviembre de 2014 se cumplieron 25 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹, ocasión que brinda un marco pertinente para evaluar en qué medida sus principios rectores son respetados y garantizados en nuestro país, particularmente en el marco de procesos judiciales de los que participan niños, niñas y adolescentes (NNA) en calidad de víctimas o testigos.

Sobre este grupo de población aún persiste en Chile una concepción paternalista-asistencialista, lo que se puede apreciar en normativas y prácticas institucionales que no consideran su participación, opinión y sentimientos en la toma de decisiones que les conciernen. “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” (INDH, 2010, pág. 124). Se ha señalado, además, la complejidad existente al abordar la violencia hacia niños/as y adolescentes, “pues muchas de sus expresiones permanecen invisibles ante la falta de datos estadísticos, no se encuentran tipificadas como delitos o están profundamente arraigadas en la cultura” (INDH, 2013, pág. 91).

Frente a esta dificultad, las tasas de denuncias por violencia intrafamiliar y violencia sexual pueden aportar un primer diagnóstico. En un estudio realizado en 2014 por encargo del Observatorio Niñez y Adolescencia, se señala que la tasa de denuncias de NNA por violencia intrafamiliar fue de 232,1 por cada 100.000 para el 2012. De estas denuncias,

un 33,5% corresponde a denuncias de niños/as entre 6 y 13 años, y el 56,3% a adolescentes entre 14 y 17 años. Respecto de las denuncias por violencia sexual para el 2012, su tasa fue de 159,8 por cada 100.000 NNA, aumentando en relación con el 2011. Esta es una tendencia que crece progresivamente (Sepúlveda et al., 2014, pág. 29 y 33).

En 2013 ingresaron 24.122 personas a la Fiscalía como víctimas de algún delito sexual, de las que 74% eran menores de 18 años. A partir de la denuncia, solo 28,3% llegó a una salida judicial, y de estas, solo 34,8% terminó en una sentencia condenatoria (Ministerio Público, 2013). Esto da muestra de las dificultades que se enfrentan para investigar y probar las denuncias de delitos sexuales en que se encuentran involucrados NNA, siendo la prueba fundamental el relato del propio niño o niña.

En cuanto a procesos de familia, para ese mismo año, la Fiscalía registró 143.744 causas por violencia intrafamiliar², de las que un 7% correspondía a NNA víctimas de violencia directa a nivel nacional (10.820 casos) (Ministerio Público, 2013). Basándose en un estudio de años anteriores, el 57,9% de los casos en tribunales penales por violencia intrafamiliar presentaban hijos/as entre las partes (Casas, Riveros y Vargas, 2009). Esta cifra se incrementaba a 83,7% en tribunales de familia. Sin embargo, los mismos autores indicaron que estas cifras no eran representativas del total de casos existentes, pues no todas las carpetas revisadas incluían esta información³ (Casas, Riveros & Vargas, 2009:77).

¹ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por Chile el 26 de enero de 1990.

² De las cuales un 39,9% corresponden a amenazas y un 47,9% a lesiones.

³ En sede penal, las carpetas que no presentaban el dato ascendían al 33,3%, mientras que en sede familiar al 9% (Casas, Riveros & Vargas, 2009, pág. 76 y 77).

Según el Servicio Nacional de Menores (SENAME), por medio de su Programa de Representación Jurídica (PRJ)⁴ para NNA víctimas de delitos, el servicio realizó 2.883 atenciones durante el 2013 (SENAME, 2014). De los 93.190 NNA vigentes⁵ en los centros o programas al 31 de diciembre de 2013, un 48,38% ingresó por causa de algún tipo de maltrato, correspondiendo un 18,39% a víctimas de negligencia, 11,1% de abuso sexual, 5,7% de maltrato físico, 4,17% de maltrato psicológico y 1,18% de violación; a lo que se suma un 6,85% de testigos de violencia intrafamiliar (SENAME, 2013b, pág. 11)⁶.

Este panorama da cuenta de una cantidad considerable de NNA que interactúa con la institucionalidad judicial, con motivo de procesos penales por delitos sexuales y procesos de familia, ya sea en calidad de víctimas o testigos.

En tanto niño/a víctima, junto a la victimización primaria generada por la comisión del delito en su contra, se puede generar una victimización secundaria por su entorno socioafectivo y las instituciones a cargo de investigar el ilícito e impartir justicia, generando un daño “a partir de una mala o nula respuesta institucional hacia la víctima” (Consejo Nacional de la Infancia, 2014). Ejemplo de ello es la presión que puede ser ejercida para obtener un relato, la estigmatización por las personas que le rodean, la invisibilización de su opinión, entre otros. Además, la dificultad para establecer las pruebas que acrediten o no la comisión del delito, también podría afectar a las personas imputadas. Todos estos aspectos son importantes para garantizar un debido proceso.

4 Es necesario consignar que a nivel nacional solo existen 8 PRJ: 1 en Antofagasta, 1 en Biobío, 1 en Los Ríos, 1 en Los Lagos y 4 en la Región Metropolitana; por ende, las 2.883 atenciones no dan cuenta de la demanda real existente a nivel país.

5 “Vigente: corresponde a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema SENAME en un día determinado. Es como una ‘fotografía’ que permite ver la atención o los niños registrados en los centros o programas de la red en solo un día, por lo que va cambiando continuamente debido a nuevos ingresos y egresos” (SENAME, 2013a, pág. 4). Un mejor dato para dar cuenta del número efectivo de NNA tratados anualmente en SENAME son los NNA “atendidos”, los que ascienden a 200.007 el año 2013. Sin embargo, SENAME no presenta un informe detallando sus causas de ingreso, como sí lo hace con los NNA vigentes (SENAME, 2013a, 2013b, 2014).

6 La categoría “maltrato físico” agrupa maltrato físico sin lesiones (2,43%), leve (2,51%) y grave con lesiones (0,76%) (SENAME, 2013b). No se incluyen aquellos tipos de maltratos que representan un porcentaje menor al 1%. Cabe destacar que de los niños y niñas con maltrato, un 45,82% corresponde a niños y un 54,18% a niñas (SENAME, 2013b, pág. 8).

Ante esta situación se han manifestado organizaciones de la sociedad civil y diversas autoridades públicas. Por un lado, en noviembre del año 2013, la Fundación Amparo y Justicia lanzó la campaña “No me preguntes más”⁷, cuyo objetivo es reducir el número de entrevistas realizadas a niños y niñas víctimas del delito de abuso sexual. Por otro lado, en julio de 2014 se creó la Comisión Técnica sobre Garantías de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Procesos Judiciales⁸, del Consejo Nacional de la Infancia⁹, cuya finalidad es “coordinar intersectorialmente el trabajo de los diversos actores involucrados en el proceso, para reducir la victimización secundaria sufrida por niños, niñas y adolescentes en tanto víctimas de delitos graves o testigos, especialmente de aquellos que han sufrido delitos sexuales” (Consejo Nacional de la Infancia, 2014). Por su parte, el presidente de la Corte Suprema, en agosto de este año, se pronunció diciendo que —en su opinión— “eliminaría la declaración de los niños en todo tipo de delitos”, tanto para víctimas como testigos (Cooperativa.cl, 2014).

Estas afirmaciones dan cuenta del debate existente. De acuerdo con los estándares de derechos humanos, para el INDH el problema no está en que los NNA participen en los procesos judiciales, como es su derecho, sino en el tipo de trato que reciben en su paso por estos procesos.

En este capítulo se analizarán los estándares internacionales y nacionales sobre el tema, incorporando la opinión de especialistas y de operadores del sistema de justicia. Esto con el fin de contribuir al diagnóstico de eventuales vulneraciones de derechos de NNA, cuando participan en procesos judiciales en calidad de víctima o testigo, tanto en el ámbito penal como civil.

7 Ver www.nomepreguntenmas.cl

8 Comisión presentada el 11 de julio de 2014. A la fecha de cierre de redacción, la Comisión aún no presentaba su informe de resultados, previsto para septiembre de 2014.

9 Creado con fecha 14 de marzo de 2014, por medio del Decreto Supremo N° 21 de 2014 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ se señala que “[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (art. 3.2). Al respecto, el Comité de Derechos del Niño ha realizado una serie de Observaciones Generales que interpretan y fijan el alcance de los derechos reconocidos en la Convención mencionada.

Por su parte, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó en el año 2005 las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos¹¹, que constituyen un marco para que los Estados desarrollen prácticas adecuadas, siendo uno de sus objetivos el “[p]restar asistencia para la revisión de leyes, procedimientos y prácticas locales y nacionales con objeto de garantizar el pleno respeto de los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos” (párr. 3, letra a))¹².

SOBRE EL DERECHO A SER ESCUCHADO/A Y A EXPRESAR SU OPINIÓN

Según la Convención, la opinión de todo niño/a que esté en condiciones de formarse un juicio debe considerarse en todos los asuntos que le afectan (art. 12.1). “Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (art. 12.2).

La Convención no establece distinciones respecto de los temas sobre los que pueden opinar y tampoco limita la edad

para que los NNA puedan expresar libremente su opinión, tal que se “[...] desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan” (OG N° 12, Art.21, 2009)¹³. Expresar libremente su opinión quiere decir expresarse sin presiones ni influencias, pudiendo elegir si quiere o no ejercer este derecho (párr. 22 OG N° 12, 2009). Los NNA no se encuentran obligados/as a dar su opinión. Por lo mismo, cuando se investiguen acontecimientos dañinos, “[e]l niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria [...]. El proceso de ‘escuchar’ a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño”. (párr. 24 OG N° 12, 2009).

SOBRE LA PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁴ reconoce que “[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. [...] [T]oda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores” (art. 14.1).

A esta normativa vinculante se añade lo que señala el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía¹⁵: los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses de los niños/as en todas las fases del proceso penal, lo que en particular significa “[r]econocer la vulnerabilidad

10 Ratificada por Chile en 1990.

11 Resolución E/2005/INF/2/add.1, del 22 de julio de 2005.

12 En el documento sobre las Directrices se mencionan los siguientes derechos: el derecho a un trato digno y comprensivo, a la protección contra la discriminación, a ser informado, a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, derecho a una asistencia eficaz, a la intimidad, a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia, a la seguridad, a la reparación y a medidas preventivas especiales.

13 También ver Observación General N° 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011), art. 63.

14 Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

15 Resolución Asamblea General A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos” (art. 8.1, letra a). Entonces, “se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades. El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento” (párr. 85 OG N° 14, 2013), respetando siempre las garantías procesales, “en todo momento y lugar: [...] [A]demás, hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias.” (párr. 54 OG N° 13, 2011).

Según las Directrices, “[l]a edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad solo en razón de su edad” (art. 18). Deberán mantenerse al mismo tiempo “[...] normas exigentes en la reunión de pruebas a fin de garantizar un resultado justo y equitativo del proceso de justicia” (párr. 12)¹⁶. Esto es “garantizar justicia a los niños víctimas y testigos a la vez que los derechos de los infractores acusados y de los declarados culpables” (párr. 7.j). De esta forma, expresar libremente su opinión constituye una opción, sin que renunciar a ejercer este derecho comprometa su derecho a la protección o a acceder a la justicia, ya sean procesos penales, extrajudiciales –como la justicia restaurativa– o no penales, como el divorcio, custodia, adopción, entre otros (párr. 6).

NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

El Comité de los Derechos del Niño también se ha pronunciado sobre la participación de NNA indígenas en procesos judiciales¹⁷. Esta situación es especialmente preocupante para el INDH, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran por su exposición a hechos de violencia (INDH, 2013). El Comité alienta a los Estados Partes a “ayu-

dar a los pueblos indígenas a organizar y poner en práctica sistemas tradicionales de justicia restaurativa, siempre que esos programas sean conformes a los derechos enunciados en la Convención, en particular el interés superior del niño” (párr. 75 OG N° 11, 2009). También se recomienda, en conformidad con el artículo 12 de la Convención, que los Estados Partes adopten medidas para “proporcionar los servicios de un intérprete sin cargo alguno, de ser necesario, y para garantizar al niño asistencia letrada de forma que se tenga en cuenta su contexto cultural” (párr. 76 OG N° 11, 2009).

En relación con los profesionales que trabajan en las fuerzas de orden y seguridad, y en el Poder Judicial, el Comité establece la necesidad de “una formación apropiada sobre el contenido y el significado de las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos Facultativos, en particular la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para los niños indígenas y otros grupos especiales” (párr. 77 OG N° 11, 2009).

SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

De acuerdo con la Convención, es obligación del Estado el tomar las medidas necesarias para proteger a NNA de toda forma de discriminación, sin distinción alguna basada en la condición del niño/a, sus padres o representantes legales (art. 2).

Una de las medidas para garantizar este derecho en los procesos judiciales es reconocer la condición de vulnerabilidad de los/as niños/as, como se enuncia en las Directrices. Se propone requerir una protección especial apropiada a su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales (párr. 7.b), de modo que se garantice también su derecho a un trato equitativo y justo (8.b). En otras palabras, “[e]l proceso de justicia y los servicios de apoyo a disposición de los niños víctimas y testigos de delitos y de sus familias deberán tener en cuenta la edad, los deseos, el nivel de comprensión, el sexo, la orientación sexual, las circunstancias étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas y sociales, la casta, la situación socioeconómica y la condición de inmigrante o refugiado del niño, y también sus necesidades especiales, incluidas las relacionadas con su salud, sus aptitudes y su capacidad” (párr. 16)¹⁸.

16 Ver también Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, párr. 8.6.

17 Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención. CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

18 Ver también Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, párr. 10.

SOBRE EL DERECHO A SER INFORMADO/A

El derecho a la información se incluye en el derecho a la libertad de expresión, enunciado en el artículo 13 de la Convención. El principio general es que puedan expresar sus opiniones y que puedan recibir información adaptada a sus necesidades. “El cumplimiento del derecho del niño a la información de manera coherente con el artículo 17 es en gran medida condición necesaria para la realización efectiva del derecho a expresar las opiniones. Los niños necesitan tener acceso a la información en formatos adaptados a su edad y capacidad de acuerdo a las cuestiones que les interesan” (párr. 82 OG N° 12, 2009). Asimismo señala “[l]os responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que les afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese” (párr. 41 OG N° 12, 2009).

SOBRE EL DERECHO A UN TRATO DIGNO Y COMPRENSIVO

“Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños” (párr. 34 OG N° 12, 2009), siendo necesario adaptar el trato en los interrogatorios (párr. 54.b) OG N° 13, 2011), los cuales deberían “adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral” (párr. 43 OG N° 12, 2009).

Una forma de resguardar este trato adaptado, es por medio de profesionales especializados/as, como ya se mencionó en el caso de NNA indígenas. En esa línea, el Comité destaca que “[t]odos los profesionales que trabajen con y para los niños e intervengan en esos casos deben recibir una formación interdisciplinaria especial sobre los derechos y las necesidades de los niños de diferentes grupos de edad, así como sobre los procedimientos más idóneos para ellos” (párr. 56 OG N° 13, 2011). Las Directrices proponen que los/as profesionales cuenten con “[...] la capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con objeto

de proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y de tratarlos con efectividad y sensibilidad” (párr. 40). Proscriben el uso de cualquier técnica de interrogación que constituya medios intimidatorios (párr. 31.c), debiendo los NNA “ser entrevistados en forma adaptada a su comprensión y lenguaje” (párr. 31.c), y “en un idioma que el niño hable y entienda” (párr. 14).

SOBRE EL DERECHO A LA SEGURIDAD, A MEDIDAS PREVENTIVAS ESPECIALES Y PROTECCIÓN

Este derecho es especialmente importante para asegurar la tranquilidad y libertad del NNA, ya sea en su calidad de víctima o testigo, lo que está expresamente señalado en el artículo 19 de la Convención, cuando indica que “se deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño”, lo que refuerza las garantías para los NNA.

En el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los Estados Partes se obligan a “adoptar medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas” (art. 8), especificando que deberán “[v]elar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias” (art. 8.f).

El Comité de Derechos del Niño añade la necesidad de la intervención judicial no solo para proteger y salvaguardar al NNA partícipe del proceso judicial, sino también a otros/as NNA “si existe un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia” (párr. 54 OG N° 13, 2011). Según las Directrices, estas medidas deben considerar la protección necesaria frente a situaciones de riesgo, debiendo existir los medios que permitan comunicar dichas situaciones en forma expedita (párr. 32). Para prevenir la intimidación, amenazas o daños por parte de las personas acusadas, proponen tomar medidas como la imposición de prohibiciones judiciales sujetas a un sistema de registro, la prisión preventiva o su arresto domiciliario. También se podrá brindar protección policial o reservar el domicilio de los niños/as para evitar el contacto directo con los presuntos autores/as de los delitos (párr. 34).

SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y A LA INTIMIDAD

Este derecho, enunciado en el artículo 16 de la Convención, refiere a las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada del niño/a que pudiesen afectar su honra y reputación. Por eso “[e]s preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad” (párr. 43 OG N° 12, 2009).

En términos prácticos –según las Directrices– para garantizar la intimidad del niño/a víctima y testigo se puede proteger la información de su participación en el proceso judicial, debiendo sujetarse a estricta confidencialidad y con restricción de acceso a la información o a su divulgación (párr. 27). Esto incluye restricciones a la exhibición del niño/a (aparición excesiva en público), o la transmisión de imágenes o contenidos directos de su declaración, siendo una alternativa el excluir al público y medios de comunicación de la sala de audiencia, mientras el NNA entrega su testimonio (párr. 28). Este elemento es importante, toda vez que los medios de comunicación pueden incidir en la victimización secundaria y estigmatización de los NNA.

NORMATIVA NACIONAL

Los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos participan en los procesos judiciales principalmente a partir de denuncias de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar. La normativa nacional prácticamente no hace distinciones en el tratamiento que se dará a NNA en procesos judiciales en razón de su edad. Se consideran ciertas excepciones, pero estas se encuentran dispersas en documentos con distinta jerarquía jurídica, de forma que no existe una única norma que asegure de manera integral y coherente su participación y protección durante todo el proceso judicial. Así, NNA pasarán por las mismas etapas que cualquier persona adulta: la denuncia del hecho, su investigación y el juicio.

Se han identificado esfuerzos recientes para mejorar esta situación. El más reciente es el auto acordado *ad hoc* de la Corte Suprema, del 3 de junio del año 2014, el cual procura incorporar prácticas que “generen un entorno facilitador

para su libre expresión, que morigere su sobreexposición y evite la generación de ambientes que puedan percibirse como hostiles”¹⁹. Allí dispone que cada Tribunal Oral en lo Penal cuente con una sala, que además de estar acondicionada a las necesidades de la persona menor de edad, permita la transmisión simultánea hacia la sala donde se desarrolla el juicio. De esta manera, los intervinientes tienen el derecho a participar en el interrogatorio, estando comunicados con el juez, de forma recíproca y con la debida reserva. En el mismo documento se establece la posibilidad de que las partes acuerden que el juez sea acompañado por un/a profesional especializado/a para que lo asista en el interrogatorio. Dicho procedimiento se define y califica como una “medida de protección”, cuya aplicabilidad deberá ser evaluada por cada tribunal.

No obstante, un auto acordado no es el instrumento idóneo para regular el ejercicio de los derechos fundamentales de NNA, que debería estar regulado por ley para garantizar el principio de legalidad. Por lo demás, en la misma norma se señala que su implementación efectiva se encuentra condicionada a la existencia de recursos. De esta forma urge que la normativa sea adecuada de forma de garantizar legalmente los derechos de NNA que participan en procesos judiciales, y que se encuentran consignados en instrumentos internacionales que son vinculantes para el país.

PARTICIPACIÓN DE NNA EN PROCESOS PENALES POR DELITOS DE CONNOTACIÓN SEXUAL

Cualquier víctima de un delito, luego de interponer una denuncia, será escuchada por un fiscal en las primeras etapas del proceso. Si el fiscal reúne los antecedentes suficientes durante la investigación y decide formular una acusación, se comienza con la preparación del juicio oral. En esta etapa avanzada del proceso, la víctima podría ser nuevamente escuchada, esta vez por un juez.

Este proceso es similar en cuanto a la participación de niños/as en procesos penales por delitos de connotación sexual. Actualmente, solo existen oficios internos de Fiscalía Nacional que regulan las entrevistas que sostenga el fiscal

¹⁹ Acta N° 79-2014.

con el/la NNA, mientras que las entrevistas ante el juez se encuentran reguladas en el Código Procesal Penal para ciertos casos de delitos sexuales. Esto deja desprovistos a NNA víctimas y testigos de otros delitos.

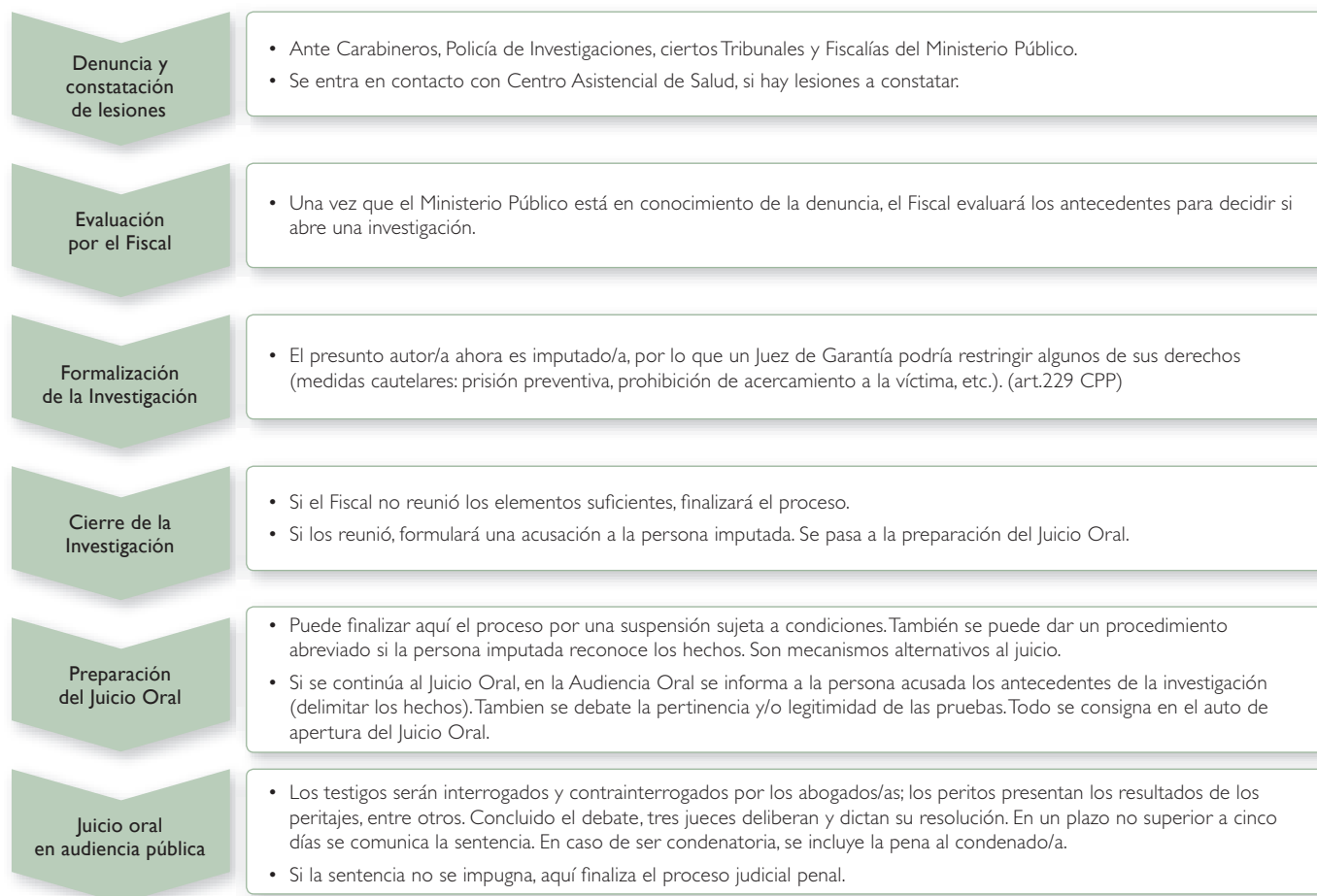
En las primeras etapas del proceso, tales como la declaración policial y las diligencias probatorias inmediatas, la Fiscalía Nacional instruye criterios de actuación específicos en la investigación de delitos sexuales, y dispone medidas para impedir una innecesaria reiteración de la declaración inicial. Por ejemplo, se señala que “[e]n la recepción de la denuncia, el funcionario policial se limitará a consignar en el parte sólo los datos de la víctima y las circunstancias del hecho, sin que proceda tomarle declaración” (apartado 2.2 Oficio N° 160, 2009). “Al fiscal le corresponderá participar personalmente en la toma de declaración de la víctima, sin perjuicio de delegar la realización de la diligencia en funcionarios o profesionales especializados del Ministerio Público. Excepcionalmente, podrá delegar dicha diligencia en funcionarios especializados de alguna de las policías” (Idem).

Una vez que el NNA víctima y/o testigo se encuentra en la etapa del juicio oral, su participación se regula por ley. En el Código Procesal Penal (CPP) se explicita que no se tomará juramento a las personas menores de 18 años cuando deban declarar (art. 306, inc.2), para reducir las eventuales responsabilidades que pudieran afectarla, y minimizar el grado de tensión que supone su intervención en un juicio. De ahí también que se consigne su facultad de no declarar; para lo que el NNA deberá comprender el significado de

la facultad de abstenerse. Si no lo hiciese, se requerirá que la decisión sea tomada por el representante legal, o sea, sus padres o tutor (art. 32 CPP). Además, se señala que durante el juicio el NNA testigo “[s]olo será interrogado por el [juez] presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio” (art. 310 CPP). Así, en la normativa chilena no se considera la posibilidad de que el interrogatorio o entrevista del NNA sea realizado por un/a profesional especializado/a.

El NNA también podrá declarar anticipadamente, es decir, ante el juez de garantía. Esto será en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a su edad y etapa evolutiva, debiendo citar el juez a todos aquellos que tengan derecho a asistir al juicio oral, pues esta declaración se incorporará a esa etapa del proceso (art. 191 bis CPP). Sin embargo, esta excepción viene dada solo para los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párr. 5 y 6 del Código Penal (CP), como la violación, el estupro y otros delitos sexuales (producción de material pornográfico, la promoción o facilitación de la prostitución infantil). De esta forma, se excluye el delito de incesto (párr. 9 CP) y todos los otros delitos en que el NNA sea víctima. Por lo demás, “[...] si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral” (art. 191 bis, inc. 2 CPP), lo que podría incidir en la victimización secundaria del NNA, al tener que repetir su testimonio.

SER VÍCTIMA DE UN DELITO: ETAPAS DEL PROCESO PENAL DESPUÉS DE LA DENUNCIA



Fuente: Elaboración propia. CPP: Código Procesal Penal.

PROCESOS CIVILES ANTE TRIBUNALES DE FAMILIA

Los Tribunales de Familia se crearon como consecuencia de la reforma al sistema de justicia de familia, por medio de la Ley 19.968. En su artículo 8 señala que su competencia es conocer aquellas causas en que exista vulneración o amenaza a los derechos de niños y niñas, y aquellas en que éstos cometan un hecho punible, siendo menores de 14 años²⁰.

La Ley 19.968 también introduce la figura del curador *ad litem* para que defienda los intereses de los NNA. Le corresponderá al juez de familia designar un abogado/a (curador),

cuando el niño carezca de representante legal o cuando el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con aquellos de quien lo representa. Esta "representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal" (art. 19). Si bien el INDH ha valorado la existencia de esta figura (INDH, 2010:124), los curadores son instituciones jurídicas que se aplican para la defensa de "incapaces o ausentes", basando su defensa en el bien común. Esto es útil ante la ausencia de apoyo, sin embargo, un curador *ad litem* está lejos de convertirse en un defensor en la perspectiva y acorde a los estándares que introduce la Convención, pues esta supera el concepto de incapacidad e instala los conceptos de sujeto de derechos y autonomía progresiva para los NNA.

Los procedimientos llevados por estos tribunales se encuentran organizados según materia. Para ello se distingue

²⁰ En el artículo 8.9, inc.1, también se otorga competencia a los Tribunales de Familia para conocer ciertas faltas penales cometidas por mayores de 14 y menores de 16 años, y por mayores de 16 y menores de 18 años.

entre un procedimiento ordinario de aplicación general, y un procedimiento especial para ciertas materias²¹. El procedimiento ordinario consiste en una audiencia preparatoria y otra de juicio, las cuales son orales y realizadas ante el juez de familia y las partes.

La audiencia preparatoria se lleva a cabo con las partes representadas por sus abogados. Las partes realizan una exposición sintética de la demanda y su contestación; el juez resuelve sobre eventuales medidas cautelares, promueve la resolución del conflicto a través de la mediación o la conciliación, de ser factible; determina el objeto del juicio, fija los hechos que deben ser probados y las convenciones probatorias, recibe los datos de los testigos que presentará cada parte, entre otros. A la audiencia de juicio concurren las partes personalmente con su abogado y rinden la prueba ante el juez (testimonio, documentos, etc.). Al finalizar esta audiencia, el juez debe comunicar su resolución a las partes, sin perjuicio que fije otra audiencia para la lectura del fallo.

Para establecer medidas de protección hacia los NNA, en el artículo 69 de la Ley 19.968 se señala expresamente que el juez debe tener en cuenta sus opiniones, considerando su edad o madurez, debiendo realizarse la declaración en un ambiente apto y acorde a su condición, aspectos acordes a los estándares internacionales. La declaración puede hacerla en la audiencia preparatoria, de juicio o en otra fijada especialmente para ello. El juicio puede ser iniciado de oficio por el juez, a requerimiento del niño/a, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores, del director del establecimiento educacional al que asiste, de los profesionales de la salud que lo atienden, de SENAME o de cualquier persona que tenga interés en ello.

Respecto de las medidas cautelares posibles, la Ley 19.968 señala en su artículo 71 que la sentencia será dictada en forma oral una vez terminada la audiencia de juicio y el juez deberá promover que las partes acuerden la forma más conducente a la solución de la situación. Si ello no es

posible, deberá explicar a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y duración²².

En la misma Ley 19.968 se prohíbe tomar juramento al/la testigo menor de 18 años (art. 38). Se dispone que el tribunal debe informar adecuadamente a la persona menor de edad acerca del motivo del proceso y sus derechos, debiendo resolverse las consultas que formule durante la audiencia preparatoria. Dicha comunicación se realizará en un lenguaje y forma comprensibles por el niño/a o adolescente (art. 72), lo que también es un requisito de los estándares internacionales en la materia. Asimismo, esta ley faculta al juez para asesorarse profesionalmente (consejeros técnicos) cuando deba valorar la declaración de una persona menor de edad para poder resolver (art. 5).

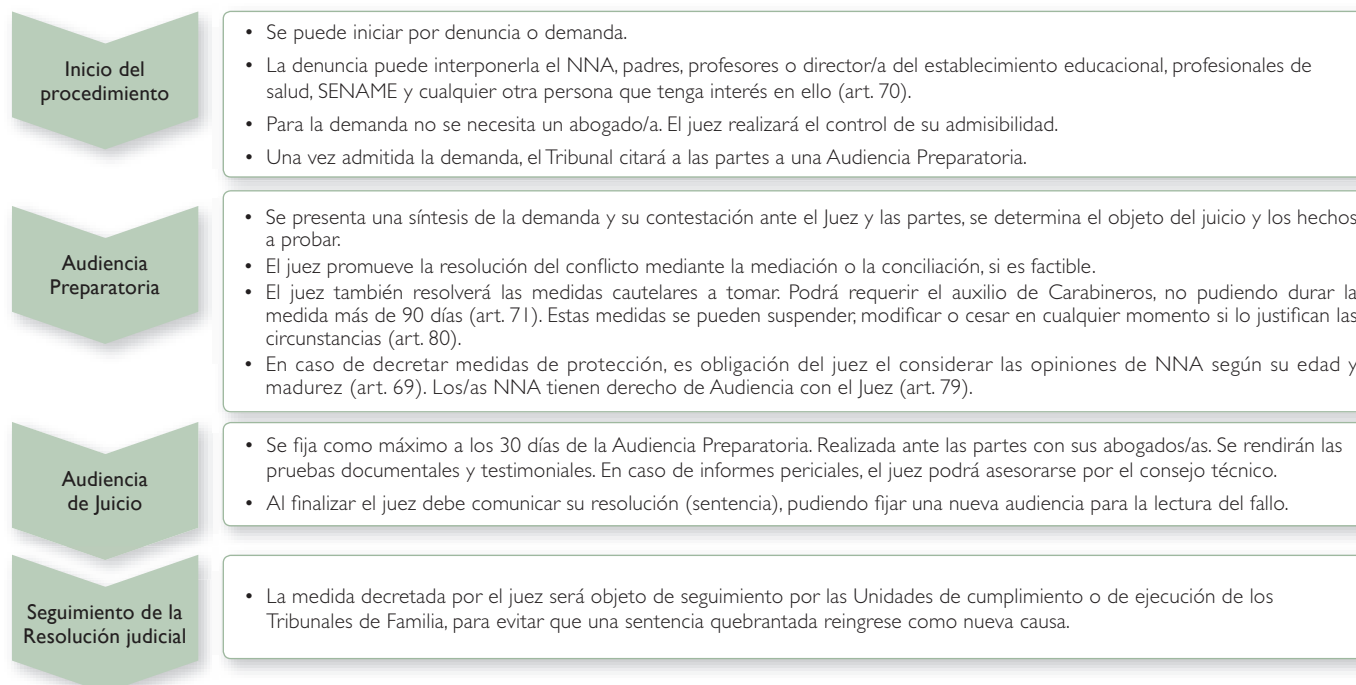
El juez tomará directamente el testimonio del NNA y las partes deberán dirigir sus consultas u observaciones por su intermedio. No obstante, la regla se relativiza si el NNA es capaz de soportar un interrogatorio directo, circunstancia que debe ser apreciada por el propio juez (art. 41 Ley 19.968). La declaración debe realizarse en un ambiente apto y acorde, pero esta mención se hace solo para casos en que intervengan como víctimas y se evalúe la posibilidad de aplicar alguna medida de protección, sin considerar a los NNA testigos (art. 69 Ley 19.968). Cabe destacar que "[l]os niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente" (art. 79 Ley 19.968), consignando así su derecho de audiencia con el juez.

Ante los Tribunales de Familia no existen reglas generales que habiliten la declaración anticipada de un NNA. La excepción corresponde a los actos de violencia intrafamiliar, pues el juez podrá recabar la declaración del denunciante –mayor o menor de edad– previo a la realización de la audiencia preliminar (art. 91 Ley 19.968). Además, la denuncia de la víctima en casos de violencia intrafamiliar le otorgará la calidad de parte en el proceso (art. 82 Ley 19.968).

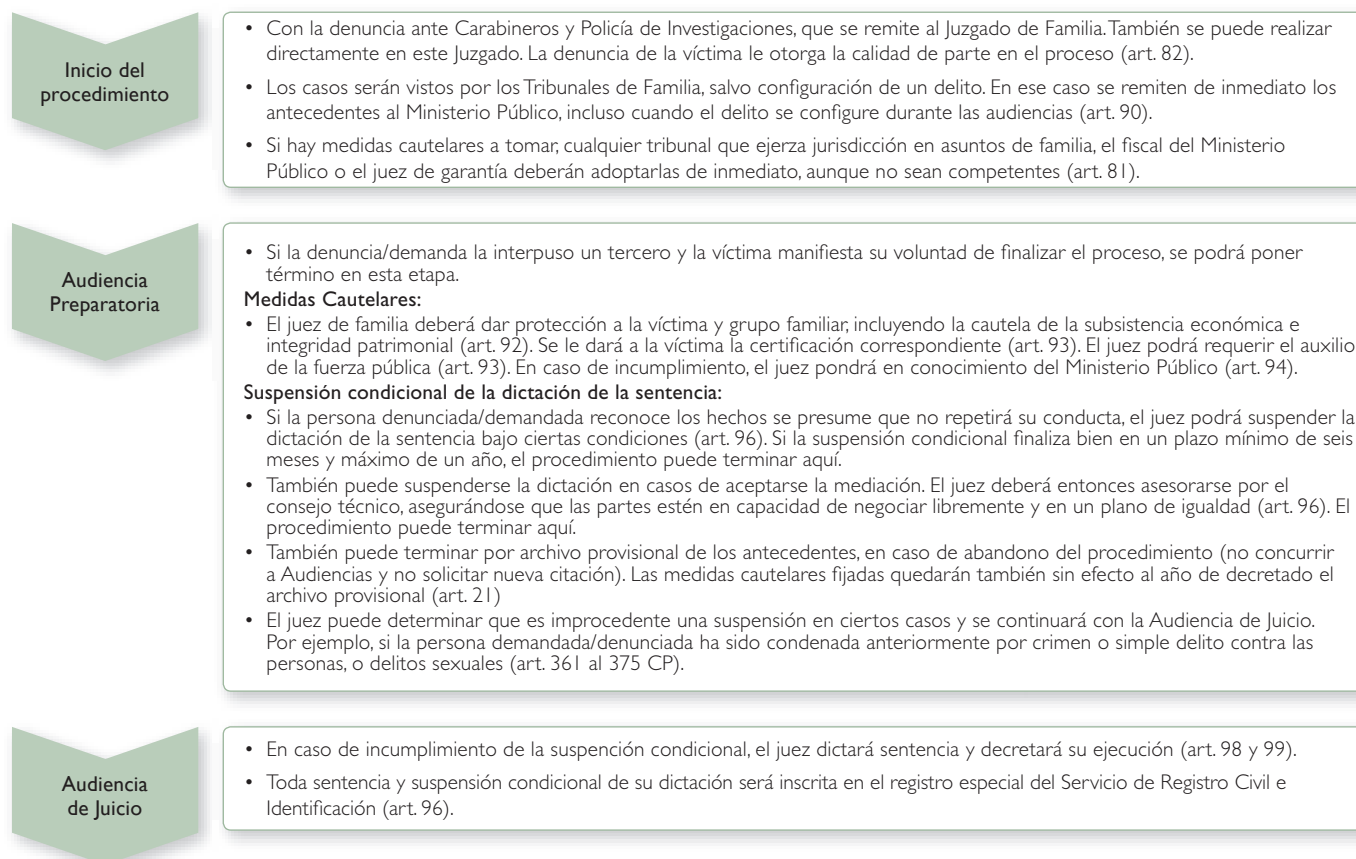
21 Algunas materias corresponden al ámbito Proteccional en casos de derechos vulnerados (arts. 68 a 80 bis), Violencia Intrafamiliar (arts. 81 a 101), Infracional (arts. 102A a 102N), y en casos de adopción (Ley N° 19.620).

22 La ley señala como medidas posibles la entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado, confiarlo al cuidado de una persona o familia en caso de urgencia, el ingreso a un programa de familia de acogida o centro de diagnóstico o residencia, disponer su concurrencia a un programa o acción de apoyo, reparación u orientación, suspender el derecho de una persona a mantener relación directa y regular con el niño, niña o adolescente, determinar algunas prohibiciones, internación en un establecimiento hospitalario, entre otras.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE NNA FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS (ARTS. 68 A 80 BIS LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA)



PROCEDIMIENTO ESPECIAL EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (ARTS. 81 A 101 LEY 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA)



SITUACIÓN SOBRE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS JUDICIALES PENALES Y DE FAMILIA

Como se mencionó en el Informe Anual 2013, “todos/as los/as ciudadanos/as deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente” (INDH, 2013, pág. 59). Para ello el Estado inició una serie de reformas y modificaciones legales que también han incidido en el tratamiento que se les da a niños, niñas y adolescentes (NNA) en procesos judiciales.

Con la Reforma Procesal Penal, la Fundación Amparo y Justicia cree que se produjo un cambio favorable, pues “[p]or primera vez se han establecido en forma escrita, en el sistema de administración de justicia, una serie de derechos que tienen los niños y las niñas”, reconociendo explícitamente que en tanto víctima el NNA es un actor válido del proceso (Cortés, Chía & cols., 2009, pág. 13).

Sin embargo, subsistirían una serie de dificultades que vulneran sus derechos al momento de entrar en contacto con las instituciones auxiliares de justicia (como las policías, SENAME) o las instituciones de justicia misma (Ministerio Público, Juzgados), entre otros.

DELITOS SEXUALES

La falta de protocolos es un problema extendido. En el caso de NNA víctimas de delitos sexuales, cada institución involucrada posee sus propios protocolos, e incluso dentro de la misma institución su aplicación varía. En el caso específico del delito de abuso sexual, Carabineros menciona que “las pautas de entrevistas no resultan ser estandarizadas ni consensuadas entre los diversos operadores, por lo que cada uno pregunta desde su saber y necesidad de conocimiento”²³.

Esta situación es preocupante para la Asociación Chilena pro Naciones Unidas (ACHNU), pues las opiniones que entregue un funcionario/a sobre el hecho pueden desincentivar

que se continúe con la acción judicial. ACHNU remarca que Carabineros, en tanto institución que suele tener uno de los primeros contactos con la víctima de abuso sexual, no debe pronunciarse sobre la admisibilidad o no de este tipo de denuncia, pues esa es labor del fiscal²⁴.

Los problemas descritos dan cuenta del inicio de un largo recorrido de entrevistas que tienen los NNA víctimas de delitos sexuales. En un estudio realizado por el INDH²⁵ se identificaron al menos ocho instancias que debe atravesar un NNA víctima de abuso sexual, traducándose en al menos ocho interrogatorios o entrevistas con distintos actores institucionales.

El recorrido se inicia con la primera develación del abuso (1), es decir, con la primera vez que el NNA relata a otra persona que ha sido víctima de abuso sexual. La develación se realizará a una figura de afecto (mamá, papá o cuidador/a primario/a, siempre que no estén involucrados en los hechos) o alguna persona de confianza. Si se efectúa a personas que trabajan en establecimientos educacionales u otros organismos públicos, la denuncia debe realizarse en un plazo de 24 horas.

La denuncia (2) puede ser realizada en cuatro lugares: Carabineros de Chile, en el Servicio Médico Legal, en un Centro Asistencial de Salud o directamente en la Fiscalía de la comuna donde reside la víctima. Los tres primeros organismos tendrán que informar al Ministerio Público (3), de forma que se active la recopilación de antecedentes y comience la investigación por parte del fiscal a cargo. Es él quien decide y autoriza dónde se realiza el peritaje físico/sexológico y/o psicológico (4), pudiendo ser especialistas del Ministerio Público, del Servicio Médico Legal u otra institución colaboradora. Los dos tipos de peritajes mencionados incluyen entrevistas con especialistas, para recopilar antecedentes (5), como la existencia de testigos o cómplices del abuso, y la evaluación de la veracidad del relato. Si el fiscal considera

²³ Documento entregado presencialmente por Carabineros de Chile al INDH, el día 11 de julio de 2014.

²⁴ Entrevista realizada a representante de ACHNU, el 10 de junio de 2014.

²⁵ En el marco de este estudio se realizaron 21 entrevistas, entre el 16 de mayo y el 12 de agosto de 2014. Se entrevistó a integrantes del Poder Judicial (juez de familia, de garantía, del Tribunal Oral en lo Penal, de la Corte de Apelaciones), del Ministerio Público, del Servicio Médico Legal (SML), de las Policías y del SENAME. Además, se entrevistó a especialistas de Naciones Unidas, a académicos y representantes de las organizaciones de la sociedad civil.

que los antecedentes que él ha recabado no constituyen la necesidad de realizar un juicio, el proceso llega hasta esa instancia, sin que el NNA reciba algún tipo de atención psicológica u otro apoyo institucional. Por el contrario, si estas primeras entrevistas logran entregar los antecedentes necesarios, el fiscal presentará el caso ante un juez en lo penal.

En este último caso, el fiscal a cargo debe decidir si se deriva al NNA a Tribunales de Familia (6). Si lo hace, se abren dos posibilidades. La primera, que se notifique al juez/a de familia para que decrete medidas de protección (6.1). Esto implica que puede ser citado/a de forma paralela ante el Tribunal de Familia y los tribunales penales, lo que propende a su victimización secundaria. La segunda posibilidad, es que el juez/a de familia, ante la afectación psicológica y necesidad de protección del NNA, derive a Programas de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) y/o a terapia reparatoria (6.2)²⁶. Ambas posibilidades implican nuevas entrevistas por nuevos profesionales y especialistas. Mientras que por el lado del proceso penal, la víctima continuará hacia la preparación del juicio (7) y el juicio en sí mismo (8).

Dadas las múltiples etapas y derivaciones del NNA víctima de abuso sexual, ACHNU menciona que es una “pérdida de tiempo” denunciar en instancias previas al Ministerio Público, ya que solo el fiscal está autorizado para instruir los peritajes al Servicio Médico Legal y/o Policía de Investigaciones²⁷.

Para la Corporación Opción, “lamentablemente el sistema probatorio está sustentado en el niño/a como la prueba central y a partir de ese contexto se supedita a lo que él o ella consiga relatar y a la manera en que lo haga (si demuestra convicción, la cantidad de descripciones que entrega, etc.). Lo anterior no considera otras variables que intervienen en dicho proceso, tales como sus características evolutivas, interferencias emocionales, variables sociofamiliares que promueven el silenciamiento o estrategias de victimización

de los presuntos agresores. Asimismo, el sistema probatorio no establece los mecanismos alternativos para que dichas variables u otras sean consideradas, complementadas o ponderadas según sea el caso”²⁸. En este sentido, existen NNA que no son capaces de entregar el relato de su experiencia cuando el trauma aún persiste, no obteniéndose una de las principales pruebas en este tipo de juicios.

Frente a este contexto, SENAME afirma que el sistema es poco amigable con las víctimas, “no gira en torno a la víctima, sino que el sistema gira en torno al imputado. [...] Se está aceptando que es un derecho que el niño o la niña, adolescente, cuando es víctima de un delito, tenga un querellante institucional. Un querellante particular que represente sus intereses, porque el fiscal no representa a la víctima, representa el afán punitivo estatal”²⁹. Este elemento es muy relevante, pues para que las causas de abuso sexual avancen más rápido, es importante contar con un abogado/a, el cual no siempre pueden financiar las familias. Por ese motivo, el INDH valora la existencia del Programa de Representación Jurídica (PRJ) de SENAME, aunque reconociendo que se deben establecer mejoras, pues, como señala esta institución, el programa no está implementado en todas las regiones del país y existen listas de espera, lo que limita el derecho de acceso a la justicia sin discriminación.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Respecto de los procesos de violencia intrafamiliar, pueden ser llevados por los Tribunales de familia, pero también por un Tribunal Penal dependiendo del caso. En cuanto a los procesos en Tribunales de Familia, no siempre están coordinados con los procesos penales cuando involucran a las mismas personas (adultos y NNA). Si el Tribunal de Familia toma conocimiento de algún delito contra una persona menor de edad, es su deber informar la comisión del delito al fiscal para activar el área penal. Por el contrario, si un fiscal se encuentra en la investigación de un presunto delito contra NNA, no necesariamente da cuenta a Tribunales de Familia para activar la vía proteccional. No existe la seguridad de

26 En ambas derivaciones se identifica la necesidad de apoyo hacia la víctima a partir de la red psicosocial (escolarización en el caso que no asista a la escuela, identificación de consumo problemático de drogas y/o alcohol dentro de la familia y/o cuidadores, etc.).

27 Entrevista realizada a representante de ACHNU, el 10 de junio de 2014. Se constata también una dificultad en términos del funcionamiento de estos servicios en regiones, pues no todos funcionan las 24 horas del día, y en todas las regiones no existen programas vinculados.

28 Entrevista realizada a representantes de la Corporación Opción, el 29 de mayo de 2014.

29 Entrevista realizada a representante del SENAME, el 11 de julio de 2014.

que los NNA víctimas estén resguardados con las medidas de protección necesarias, pues ambos tribunales trabajan por separado.

Este trabajo por separado es preocupante, pues “la victimización sexual no se instala en una tábula rasa, en ese sentido el estudio de la dialéctica víctima-victimario, la posición que ocupan las otras figuras de protección respecto del autor y a la víctima, los factores de vulnerabilidad asociados al medio social inmediato y al cultural, los estresantes psicosociales presentes, etcétera, proporcionan información valiosa para la comprensión de la dinámica abusiva” (Salinas, 2006, pág. 8). De esta forma, mientras el sistema penal no considere el contexto familiar en el que se comenten ciertos delitos, y no informe a los Tribunales de Familia de las causas penales en las que se ven involucrados NNA, las víctimas menores de edad seguirán respondiendo a las diligencias de cada ámbito, lo que propende a su no consideración como víctima directa en casos de violencia intrafamiliar, delitos sexuales y otros, contribuyendo en última instancia a su victimización secundaria.

Por eso es relevante visibilizar la participación de NNA en estos procesos, considerando su afectación en tanto testigo y/o víctima directa. Los fenómenos de violencia al interior de la familia “tiene[n] un efecto expansivo, ya que afecta a todos los integrantes de la familia” (Casas, Riveros & Vargas, 2009, pág. 76). Así la exposición de NNA a la violencia doméstica es una forma de violencia psicológica que menoscaba su dignidad y desarrollo, como lo señala el Comité de Derechos del Niño (OG N° 13, 2011).

La poca importancia dada al registro de la existencia de hijos/as da cuenta de la invisibilidad de NNA en estos procesos judiciales. Las cifras esconden un número indeterminado de NNA que son subrepresentados/as, obviando el hecho de que la exposición a la violencia los constituye en víctimas directas al interior de sus hogares. Esta situación se podría estimar por las cifras del SENAME, pues de los NNA vigentes en los distintos programas al 31 de diciembre de 2013, 10.221 ingresó como “testigos de violencia intrafamiliar” y “víctima de maltrato psicológico”³⁰; cifra que

30 Cifra que se desagrega en 6.338 NNA por motivo de ingreso “Testigo de Violencia Intrafamiliar” y 3.883 por ser “víctima de maltrato psicológico” (SENAME, 2014).

es prácticamente equivalente a los 10.259 NNA vigentes por abuso sexual (SENAME, 2014).

Entonces, la situación de NNA víctimas de abuso sexual que participan en procesos judiciales es tan preocupante como la situación de NNA que participa en procesos judiciales por violencia intrafamiliar. Cabe considerar además que no todos los casos se judicializan, de forma que puede haber NNA que no pasan por todo el proceso judicial y que, sin embargo, necesitan terapia de reparación. Los tiempos de espera para comenzar la terapia también constituyen un punto débil del proceso judicial actual. En casos de abuso sexual, el 47,2% de los casos derivados a terapia tuvo que esperar entre uno y seis meses para ser atendidos luego de interpuesta la denuncia, y un 28,8% debió esperar entre una y cuatro semanas. Esto es preocupante, si se considera que la primera fase es crucial para minimizar el daño psicológico producido por este delito (Cortés, Chía & cols., 2009).

NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES INDÍGENAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS

En términos legales, los NNA mapuche vieron vulnerados sus derechos cuando se les aplicó la Ley Antiterrorista (Ley 18.314). Esta situación debería haberse superado con la primera modificación a esta ley, en octubre de 2010, pues excluía de su alcance a los menores de edad (Ley 20.467). La Ley Antiterrorista fue nuevamente modificada en junio de 2011 (Ley 20.519), añadiéndose un segundo y tercer párrafo al artículo 1, excluyéndose explícitamente de su aplicación a los menores de edad³¹.

En cuanto al actuar de las policías, persiste la preocupación por el trato recibido por NNA mapuche. El Comité de Derechos del Niño, en su informe del año 2007 sobre Chile³², señala que ha recibido información “de que jóvenes indígenas han sido víctimas de maltrato a manos de la policía” (párr. 73), recomendando al Estado velar por “[...] que

31 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, Misión a Chile A/HRC/25/59/Add.2, 14 de abril de 2014. Párrafos 38 y 39.

32 Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la convención CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007.

los jóvenes indígenas no sean víctimas de malos tratos a manos de la policía y adopte medidas preventivas y correctivas en los casos de presuntos malos tratos” (párr. 74). Así también lo sentencia la Corte de Apelaciones de Temuco, que además de constatar la vulneración a la libertad personal y seguridad individual de los NNA indígenas, ordenó a las policías adoptar medidas para evitar que ello ocurriese de nuevo a futuro (INDH, 2013)³³.

Un último caso de vulneraciones llevó al INDH a interponer un recurso de amparo nuevamente ante la Corte de Apelaciones de Temuco. El día 22 de mayo de 2014, al menos 40 niños y niñas mapuche se vieron afectados con los gases lacrimógenos de un procedimiento de Carabineros, mientras se desarrollaban las actividades escolares de la Escuela Municipal G – 816 de Temucicui (comuna de Ercilla, región de La Araucanía)³⁴. El INDH reitera una vez más “la necesidad de establecer protocolos policiales para realizar operativos en el contexto de comunidades indígenas y, en especial, para resguardar los impactos posibles sobre niños y niñas. Este diagnóstico es compartido por UNICEF, que en septiembre de 2012 elaboró el Informe ‘Procedimientos policiales y Derechos del Niño’³⁵, en el que deja en evidencia la necesidad de adecuar el actuar policial en el contexto en que estén presentes niños y niñas indígenas” (INDH, 2013, pág. 85).

Finalmente, a partir del estado de situación general presentado, el INDH valora la existencia del Proyecto de Ley³⁶ que busca regular las entrevistas grabadas en video, de forma que se limite el número de veces en que un NNA pueda ser entrevistado/a en el marco de la investigación penal por delitos sexuales. Sin embargo, al ser exclusivo para casos de delitos sexuales, no da cuenta de la participación y protección de NNA en procesos judiciales por otro tipo de situaciones. Por lo demás, este proyecto no se pronuncia sobre quiénes tendrán acceso a la entrevista videograda,

el rol de los actores que participan en estos procesos, la existencia de reglas especiales para la declaración realizada durante la instrucción, los efectos de la declaración en casos de nulidad, considerando que no siempre es indispensable reiterarla. Estos elementos podrían constituir vacíos legales que finalmente incidan en la vulneración de los derechos de NNA y también en el derecho a la defensa de la persona imputada/acusada.

Según una integrante de la oficina de la Representante Especial de la ONU sobre la Violencia contra los Niños, “En Chile hay una deuda pendiente, porque es el único país de América del Sur que no tiene un código, una norma que de manera comprensiva aborde la percepción de derechos de la niñez y adolescencia, conforme a los estándares de la convención de la cual es un Estado Parte”³⁷. En esta línea, es necesaria generar una ley de protección universal a NNA; mejorar la coordinación entre Tribunales de Familia y tribunales penales; y dimensionar en términos estadísticos la participación de NNA en procesos judiciales, según tipo de delito al que se ven confrontados y calidad (víctimas o testigos); además las instituciones deberían generar los protocolos necesarios para adaptar el trato hacia NNA. Solo así se podrá visualizar la necesidad de orientar los procesos penales, brindar protección específica y acorde a sus derechos, proporcionando instancias de reparación del daño causado, el cual es asimilable a cualquier otra forma de violencia grave, incluida la negligencia y el abuso sexual.

33 Ver capítulo “Tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en INDH. (2013). Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013.

34 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, día 26 de agosto de 2014.

35 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. Procedimientos policiales y derechos del niño. Santiago de Chile, septiembre de 2012.

36 Boletín 9245-07. Esta iniciativa se encuentra actualmente en su primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución del Senado y que fue aprobado en general por la Sala del Senado.

37 Cecilia Anicama, miembro de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General de la ONU, sobre la Violencia contra los Niños, en entrevista con el INDH, realizada el 12 de agosto de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

Casas, L.; Riveros, F. & Vargas, M. (2009). *Violencia de género y la administración de justicia*. SERNAM. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de http://www.sernam.cl/descargas/violencia_genero.pdf

Consejo Nacional de la Infancia (11 de julio de 2014). *Presidenta Bachelet firma instructivo para reducir victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes en procesos judiciales*. Recuperado el 03 de octubre de 2014, de <http://www.consejoinfancia.gob.cl/2014/07/presidenta-bachelet-firma-instructivo-para-reducir-victimizacion-secundaria-de-ninos-ninas-y-adolesc/>

Cooperativa.cl. (08 de agosto de 2014). *Cooperativa.cl*. Recuperado el 03 de octubre de 2014, de Presidente de la Corte Suprema propone eliminar declaración de niños en procesos: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/corte-suprema/presidente-de-la-corte-suprema-propone-eliminar-declaracion-de-ninos-en-procesos/2014-08-08/063220.html>

Cortés, Chía & cols (2009). *Informe de Estudio para la Fundación Amparo y Justicia. Percepción de los Procesos de Investigación y judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en las Regiones Metropolitana, de Valparaíso y del Biobío*. Santiago, Chile: MIDE UC.

Gobierno de Chile (11 de julio de 2014). *La Presidenta Michelle Bachelet da a conocer la "Comisión Técnica en Garantías de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en procesos judiciales"*. Recuperado el 11 de octubre de 2014, de <http://www.gob.cl/2014/07/11/comision-tecnica-en-garantia-de-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentess/>

INDH (2010). *Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Informe Anual 2010.

INDH (2013). *Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Informe Anual 2013.

Ministerio Público (2013). *Boletín estadístico anual*. Chile. Recuperado el 24 de octubre de 2014, de <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>

Salinas, M. I. (2006). Variables Asociadas al contexto de Ocurrencia de la Victimización Sexual. *Opúsculos de Derecho Penal y Criminología* (97), 7-23.

SENAME (2013a). SENAME. *Boletín temático niños/as y adolescentes, primer trimestre 2013*. Departamento planificación y control de gestión, SENAME. Recuperado el 29 de septiembre de 2014, de http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2014/1/Boletin_201403_Nacional.pdf

SENAME (2013b). SENAME. *Boletín temático niños/as y adolescentes, cuarto trimestre 2013*. Departamento planificación y control de gestión, SENAME. Recuperado el 29 de septiembre de 2014, de http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/4/TEMATICO_201312.pdf

SENAME (2014). *Anuario estadístico Institucional, año 2013*.

Sepúlveda et. al. (2014). *Infancia cuenta en Chile 2014*. Segundo informe. Santiago, Chile: Observatorio niñez y adolescencia.

5

DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA



Fotografías: Enrique Cerdá



DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA



ANTECEDENTES

El derecho de toda persona a adherir o no a una fe determinada, como su derecho a manifestar pública o privadamente esa fe, es un derecho humano que debe ser respetado, garantizado y protegido por el Estado. No obstante, en democracias como la de Chile donde el Estado es no confesional (desde 1925) y donde la mayoría de la población adhiere a la religión católica, ha habido políticas, normas o prácticas que, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, han debido ser modificadas con el objeto de permitir el ejercicio igualitario de este derecho. Ejemplo de esto es que en 1999 se publicó la Ley 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, la que asegura en su artículo 2 que “ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley”.

Según la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos realizada por el INDH en 2013, el 58% de las personas encuestadas dijo que expresar una fe o creencia es un derecho humano, mientras que el 13% vinculó el concepto de derechos humanos a la libertad religiosa. Asimismo, un 51% respondió que el derecho a expresar su fe o creencia está totalmente protegido en el país, y, en sentido contrario, un 7% fue de la opinión que este derecho no estaba para nada protegido. Mientras un 89% dijo que nunca se ha sentido discriminado por su religión, un 16% cree que a personas de una religión distinta a la suya no se les respetan sus derechos humanos. En efecto, un 4,9% de las personas católicas encuestadas

dijo haberse sentido alguna vez discriminada por su religión, mientras que el porcentaje en el caso de las personas evangélicas alcanza el 20,9%. Asimismo, mientras el 9,9% de las personas encuestadas que dicen no pertenecer a una etnia indígena mencionaron haberse sentido discriminadas por su religión, el porcentaje en el caso de las que sí dicen pertenecer a una etnia indígena sube al 14,2% (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013).

Este derecho adquiere relevancia en una sociedad diversa, con un mayor número de adherentes a religiones distintas de la católica, y con el aumento de personas que han declarado no adherir a ninguna religión o culto específico, cuestión también protegida por este derecho. Y es que la libertad religiosa tiene un componente de autodeterminación de la persona: cada quien es libre para adherir o no a una religión o culto en particular, lo que obliga al Estado a no establecer obstáculos ilegítimos en el ejercicio de este derecho, los que se deben eliminar principalmente en el caso de grupos vulnerados, como personas pertenecientes a pueblos indígenas que están privados de libertad¹.

¹ En el último año, aspectos como la posibilidad de celebrar festividades específicas –como el año nuevo mapuche en establecimientos penitenciarios– fueron objeto de debate público. Justamente, respecto del caso de Celestino Córdova, condenado por el incendio con resultado de muerte del matrimonio Luchsinger MacKay, el Consejo del INDH manifestó mediante declaración pública que “las personas privadas de libertad, independientemente del delito por el que estén procesadas o condenadas, tienen derecho a manifestar y practicar su religión o credo. El Estado tiene la obligación de generar las condiciones que, resguardando la seguridad inherente a la vida penitenciaria, permitan dicho ejercicio en las unidades penales velando porque estas sean igualitarias para todas las religiones y credos” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013b).

Así entonces, el presente capítulo se centra en el contenido del derecho a la libertad religiosa, las esferas a proteger, las obligaciones del Estado en la materia acorde a los instrumentos internacionales y la legislación nacional, para luego revisar algunos casos judiciales del último tiempo conocidos por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema donde se ha analizado el ejercicio de este derecho. Finalmente, el capítulo se refiere a la objeción de conciencia en Chile y qué han manifestado al respecto distintos órganos internacionales de los derechos humanos.

ACLARACIONES CONCEPTUALES

Es necesario distinguir el derecho de libertad religiosa de otros derechos con características similares. Por ejemplo, la libertad de pensamiento, la que abarca la libre facultad de la persona para formarse sus propias ideas en todo tipo de ámbitos, protegiendo de ese modo cualquier representación intelectual de una persona. La libertad de conciencia, en cambio, refiere a aquellas representaciones de tipo valórico, que se traducen en determinadas pautas éticas o morales que fijan la noción de lo correcto e incorrecto (Nogueira, 2008, p. 11). Esta última debe ser considerada como el sustento necesario para que exista libertad religiosa.

La libertad religiosa surge a partir de la libertad de conciencia, pero excede ese ámbito, ya que se caracteriza por proteger tanto la esfera de pensamiento como el ámbito de acción vinculado a la relación de la persona humana con (o sin) una religión o creencia espiritual. La libertad religiosa posee una dimensión objetiva en virtud de la cual se definen los límites que tiene el Estado respecto de sus diversas expresiones, imponiendo el deber de respetar las múltiples religiones que se expresan en la sociedad y de remover los obstáculos para explicitar y manifestar libremente las creencias. Esta dimensión incide en la configuración moderna del Estado no confesional, en donde este se abstiene de intervenir en asuntos propios de los credos y donde a su vez las leyes, normativas y políticas públicas no se adoptan a base de criterios o principios puramente religiosos. En su dimensión subjetiva implica el derecho de cada persona de tener o no una creencia religiosa o espiritual, practicándola individual o colectivamente, en espacios públicos y privados.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A nivel internacional, el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su párrafo primero que “toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado”. Así, este párrafo establece dos derechos distintos: por una parte, la libertad para conservar la religión o las creencias (o de cambiar de religión o de creencias), y por otra, la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Esta distinción es relevante, ya que el párrafo segundo del artículo 12 establece que nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que menoscaben el primer conjunto de derechos (conservar o cambiar la religión o las creencias); mientras que, por su parte, el párrafo tercero del artículo admite que “la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por ley y necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”. Esta distinción entre los párrafos segundo y tercero del artículo 12 es vital para que cada Estado la respete al momento de regular la libertad religiosa. Finalmente, el párrafo cuarto del artículo reconoce el derecho de los padres, madres o tutores a que sus hijos, hijas y/o pupilos o pupilas reciban una educación religiosa y moral “[q]ue esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) es similar a la CADH en su reconocimiento de este derecho². El artículo 18 establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual

² La única diferencia es que mientras en la CADH la libertad de religión (artículo 12) está regulada de manera separada de la libertad de pensamiento (artículo 13), en el PIDCP ambos derechos están regulados en el mismo artículo 18.

o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza". Los párrafos siguientes establecen la misma regulación en cuanto a las restricciones permitidas a este derecho y el derecho de padres, madres y tutores a que sus hijos e hijas reciban una educación religiosa o moral acorde a sus convicciones. Asimismo, el artículo 27 establece que "en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"³.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano creado por el PIDCP, en su Observación General N° 22, estableció que este derecho es profundo y de largo alcance, en tanto cubre "creencias teístas, no teístas y ateas⁴, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia", añadiendo que "los términos 'creencias' y 'religión' deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales"⁵. En cuanto a las formas de manifestar las creencias y que quedan protegidas por este derecho, se menciona "la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto", añadiendo también costumbres como "la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida,

y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente solo hablan los miembros del grupo"⁶.

Dentro de la Observación General N° 22, el párrafo sexto resulta de gran relevancia. En él el Comité señala que el párrafo cuarto del artículo 18 protege la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias, en el sentido de que "permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva", señalando además que la libertad de los padres o de los tutores legales contemplada en ese párrafo 4 "está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18". De todos modos, el párrafo sexto de la Observación General precisa que la "educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores"⁷. Finalmente, el párrafo noveno de la Observación General, en relación con el principio de no discriminación por motivos religiosos, señala que "el hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes".

Posteriormente, y en relación con el artículo 27 del PIDCP, el Comité concluyó en su Observación General N° 23 que "se relaciona con los derechos cuya protección impone obligaciones específicas a los Estados Partes. La protección de esos derechos tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. [P]or tanto, los Estados Partes

3 Si bien la CADH y el PIDCP establecen el marco general internacional de regulación de la libertad religiosa y de culto, este derecho también está regulado en tratados específicos como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2) y la Convención del Estatuto de los Refugiados (artículo 4).

4 N. del E.: Las creencias ateas no creen en la existencia de un dios, mientras que las no teístas, si bien tampoco creen en la existencia de un dios, sí conciben ideas como la vida después de la muerte o la reencarnación.

5 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, adoptada en su 48° período de sesiones, 1993, párrafo 2.

6 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 22. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, adoptada en su 48° período de sesiones, 1993, párrafo 4.

7 Ibidem, párrafo 6.

tienen la obligación de asegurar la debida protección del ejercicio de esos derechos y deben indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con ese fin”⁸.

Un tercer tratado internacional donde se hace referencia a este derecho es el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el que en su artículo 5, literal a, establece que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones⁹. El artículo 6 de este instrumento internacional enumera algunas manifestaciones de la libertad religiosa y de culto. Entre ellas están la de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones; escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción; y establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional e internacional. La misma Asamblea General, en diciembre de 1992, aprobó la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas¹⁰ la que, en su artículo 1, establece que “los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural o religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Asimismo, el artículo 2 añade que “las personas pertenecientes

a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas [...] tendrán derecho a disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo”.

NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Política de la República (CPR) asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 6 “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”¹¹. La redacción es distinta a la revisada en los tratados internacionales, ya que no reconoce expresamente una libertad religiosa, aunque el origen de la redacción está en el numeral segundo del artículo 10 de la Constitución de 1925 y, en ese sentido, es parte de la tradición constitucional, a partir de ese momento en que, en definitiva, se consagró el Estado no confesional en nuestra República. Por lo mismo, entendiendo que esta libertad constitucional vigente comprende tanto la libertad de conciencia como la libertad de manifestar las creencias y la libertad de culto, es posible concluir que la Constitución resguarda la libertad religiosa al mencionar en este artículo sus diferentes dimensiones. En cuanto al régimen de restricciones a este derecho, la CPR no distingue entre libertad de conciencia y libertad de culto, lo que podría resultar relevante, pues de acuerdo con el PIDCP y la CADH la libertad de conciencia –como facultad que se ejerce en el ámbito interno– no es susceptible de ser regulada. De todas formas, una interpretación armónica con el ordenamiento jurídico internacional conduce a distinguir una esfera interna de libertad de conciencia que debe permanecer libre de coacción y restricciones por parte del Estado; y una esfera externa en donde rigen las limitaciones fundadas en la moral, las buenas costumbres y el orden público.

8 ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 23. Derecho de las minorías, adoptada en su 50° período de sesiones, 1994, párrafo 9.

9 ONU, Asamblea General, Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada el 25 de noviembre de 1981, Resolución 36/55.

10 ONU, Asamblea General, Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada el 18 de diciembre de 1992, Resolución 47/135.

11 El mismo artículo contiene dos incisos más referidos al derecho patrimonial de las confesiones religiosas como el derecho a erigir y conservar templos, y que estos junto a sus dependencias estarán exentos de toda clase de contribuciones.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, interpretando el artículo 19 N° 6 de la CPR, ha planteado que “la libertad de conciencia, o ideológica, constituye uno de los pilares del Estado de derecho”¹², y que como toda libertad pública, esta tiene “una doble dimensión: son ‘negativas’ pues exigen que las personas estén libres de todo impedimento o constricción, y son ‘positivas’, pues el Estado reconoce la facultad de las personas para realizar un propósito. Ambas dimensiones deben ser garantidas en una democracia no solo a nivel de la ley, sino también en la vida real”¹³.

A nivel legal, si bien este derecho está presente en distintas normativas, la regulación principal está en la Ley 19.638 que establece normas sobre la constitución jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas. En ella se establece que ninguna persona puede ser discriminada en virtud de sus creencias religiosas (artículo 2) y consagra en su artículo 20 que “el Estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea esta de derecho público o de derecho privado, y la plena capacidad de goce y ejercicio de las iglesias, confesiones e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley, entidades que mantendrán el régimen jurídico que les es propio, sin que ello sea causa de trato desigual entre dichas entidades y las que se constituyan en conformidad a esta ley”. En virtud de estos artículos es que se ha planteado que “la nueva ley [19.638] consagró la igualdad de todas las Iglesias” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014, p. 139). Por su parte, el artículo 6 establece que la libertad religiosa y de culto implica, entre otras, las facultades de profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna, manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; cambiar o abandonar la que profesaba; practicar en público o en privado, individual o colectivamente, actos de oración o culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos; observar su día de descanso semanal; no ser obligada a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales y no ser perturbada en el ejercicio de estos derechos. Asimismo, el artículo agrega el derecho a recibir asistencia religiosa donde quiera se encuentre la persona, reunirse o

manifestarse públicamente con fines religiosos, asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, recibir e impartir enseñanza o información religiosa por cualquier medio y elegir para sí la educación religiosa acorde a sus convicciones. Es destacable que esta regulación abarca no solamente los actos que se pueden ejercer en virtud de la adherencia a una religión o a un culto determinado, sino que además reconoce que la omisión (no profesar creencia alguna) también está amparada por este derecho. Parte de estos derechos son detallados en leyes especiales, como la Ley 20.584, que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, particularmente el derecho a recibir asistencia religiosa o espiritual (artículos 6, 7 y 18).

Del mismo modo, el artículo 138 y siguientes del Código Penal regula los crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los cultos y penaliza el impedir el ejercicio de un culto, retardar o interrumpir su ejercicio, ultrajar los objetos de un culto y ultrajar a un ministro de un culto en el ejercicio de su ministerio. La Ley 20.370 que establece la Ley General de Educación dispone como uno de los principios que rige el sistema educativo chileno es el de diversidad, el cual se traduce en el deber de “promover y respetar la diversidad de procesos y proyectos educativos institucionales, así como la diversidad cultural, religiosa y social” (artículo 3, literal e). Aclara además, en su artículo 4 inciso quinto que “es deber del Estado que el sistema integrado por los establecimientos educacionales de su propiedad provea una educación gratuita y de calidad, fundada en un proyecto educativo público, laico, esto es, respetuoso de toda expresión religiosa, y pluralista, que permita el acceso a él a toda la población y que promueva la inclusión social y la equidad”. La tolerancia y no discriminación son valores que aparecen a lo largo de esta normativa, con el objeto de fortalecer un sistema educativo respetuoso de la diversidad religiosa.

También a nivel legal existe la prohibición de discriminación por motivos religiosos. La Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación reconoce expresamente la religión o creencia como una de las categorías sospechosas que *a priori* no deberían justificar una distinción, exclusión o restricción en el ejercicio de derechos, aclarando en cualquier caso que podrán considerarse razonables las distinciones,

12 Tribunal Constitucional, Rol 567-2006, sentencia de 2 de junio de 2010, considerando 28.

13 *Ibidem*, considerando 29.

exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en motivos como la religión, “se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima” (artículo 2, inciso 3º)¹⁴. A nivel legal, se debe mencionar también la reciente modificación que introdujo la Ley 20.750 a la Ley 18.838 que crea el Consejo Nacional de Televisión, y que considera la diversidad religiosa como parte del pluralismo que caute-la este organismo¹⁵.

A la regulación constitucional y legal se deben agregar otras regulaciones de menor jerarquía jurídica contenidas en decretos¹⁶. Cabe destacar el Decreto Supremo (DS) N° 924 del Ministerio de Educación que reglamenta las clases de religión en establecimientos educacionales, estableciendo que las clases de religión deberán ser ofrecidas con carácter de optativas y que podrán ofrecerse clases de diversos credos religiosos (artículo 3). El artículo 5, por su parte, establece que “los establecimientos particulares confesionales ofrecerán a sus alumnos la enseñanza de la religión a cuyo credo pertenece y por cuya razón han sido elegidos por los padres de la familia al matricular a sus hijos”, agregando en el inciso segundo que “dichos establecimientos educacionales [particulares confesionales], sin embargo, deberán respetar la voluntad de los padres de familia que por tener otra fe religiosa, aunque hayan elegido libremente el colegio confesional, manifiesten por escrito que no desean la enseñanza de la religión oficial del establecimiento para sus hijos”.

14 Para un análisis en detalle sobre la Ley 20.609, ver INDH, Informe Anual 2012, página 109 y siguientes.

15 El nuevo inciso quinto del artículo 1 de la Ley 18.838 establece que “para efectos de esta ley, se entenderá por pluralismo el respeto a la diversidad social, cultural, étnica, política, religiosa, de género, de orientación sexual e identidad de género, siendo deber de los concesionarios y permisionarios de servicios de televisión, regulados por esta ley, la observancia de estos principios”.

16 Entre ellos, el Decreto Supremo N° 155 del Ministerio de Defensa Nacional que reglamenta la asistencia religiosa en establecimientos de las fuerzas armadas y de las de orden y seguridad pública; el Decreto Supremo N° 94 del Ministerio de Salud que aprueba el reglamento sobre asistencia religiosa en recintos hospitalarios; y el Decreto Supremo N° 703 del Ministerio de Justicia que aprueba el reglamento de asistencia religiosa en establecimientos penitenciarios y similares.

EL DERECHO EN TENSIÓN: CASOS JUDICIALIZADOS

TENSIONES CON OTROS DERECHOS

En la aplicación práctica de las garantías fundamentales, estas pueden entrar en tensión con otros derechos, lo que plantea la necesidad de ponderar los principios en pugna para el caso concreto. La libertad religiosa no escapa de esta lógica y existen casos en que la judicatura se ha visto enfrentada a resolver los conflictos entre alguna de las manifestaciones de la libertad de ejercer la propia religión con otros derechos. Uno de los principales mecanismos judiciales llamado a resolver estos conflictos es el recurso de protección, el cual expresamente incluye en su competencia al artículo 19 N° 6 de la CPR¹⁷. Por lo mismo, a continuación se consideran casos específicos que durante el período de análisis del presente Informe Anual han sido resueltos por los tribunales mediante esta acción constitucional¹⁸.

Un primer caso fue el de dos estudiantes universitarios —un hombre y una mujer— de tercer año de Odontología en la Universidad San Sebastián, quienes solicitaron la reprogramación de dos exámenes solemnes en virtud de que estaban calendarizados para un sábado, el que según su religión adventista constituye su día de descanso semanal. Ante la negativa de la casa de estudios, los estudiantes presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que si bien acogió el recurso obligando a la Universidad a reprogramar las solemnes, no fundamentó su decisión en una vulneración a la libertad religiosa “porque no existen antecedentes que permitan inferir que la situación denunciada por los recurrentes tuviera por origen la fe que ellos profesan o que por esta vía se pretendiere limitar su derecho a consagrarse a su culto”¹⁹. El análisis de la Corte

17 Aun cuando el recurso de protección es una de las acciones judiciales principales en esta materia, son pocos los casos en que se alega la vulneración de la libertad de religión y culto. Ver INDH, Informe Anual 2011, página 89 y siguientes.

18 Esto no obsta que existan más casos que hayan sido conocidos mediante otras acciones judiciales, como por ejemplo, por medio del mecanismo de tutela de derechos fundamentales en materia laboral.

19 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 132.162-2013, sentencia de 2 de enero de 2014, considerando cuarto.

se basa en que no vio una intención de vulnerar la libertad religiosa de los estudiantes, pero omite que la vulneración a derechos humanos no solo puede producirse donde existe una intención, sino que también cuando el resultado –independiente de la intención– vulnera derechos fundamentales. No obstante, la Corte consideró que la no modificación de la fecha fue arbitraria y afectó la igualdad ante la ley, ya que “al no darse razón alguna, aparece que es solo el exceso de rigor reglamentario el que provoca una situación que perjudica a los recurrentes”²⁰. En segunda instancia, la Corte Suprema revocó el fallo, con un voto disidente, al considerar que si bien “la Constitución y la ley efectivamente garantizan el derecho que reclaman los recurrentes; [...] ese derecho debe compatibilizarse con las situaciones académicas y contractuales que estos decidieron libremente asumir”²¹. De este modo, la casa de estudios adoptó la no modificación de la solemne “en estricta aplicación de los reglamentos y programas académicos que rigen para la generalidad de sus alumnos y de este modo no ha incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna”²². Siguiendo el test de convencionalidad, la Corte en el presente caso no presentó un análisis de proporcionalidad en orden a verificar si la calendarización del examen para un sábado era la medida menos lesiva para el ejercicio del derecho²³.

Un segundo caso es el de un funcionario de la Policía de Investigaciones (PDI) quien en enero de 2014 fue sancionado con una medida disciplinaria por ausentarse de sus labores un sábado. El funcionario defendió su ausencia en razón de que su jornada fue modificada incluyendo los sábados, lo cual para él no era posible al profesar el credo de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. La Corte de

Apelaciones de Valparaíso concluyó que “no se ha vulnerado el derecho que le asiste al recurrente de practicar y manifestar el culto religioso que profesa, y por ende no se ha infringido la Garantía Constitucional establecida en el N° 6 del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, ni La Ley 19.638[.] En efecto, la situación que se ha originado respecto al recurrente quien ha sido sancionado por su superior jerárquico, no dice relación con un impedimento para desarrollar y practicar su religión, sino con haber actuado al margen de los procedimientos establecidos en la Institución a la cual pertenece desde hace varios años, para justamente haber logrado eliminar las trabas, que estimó le afectaban para asistir al culto el día sábado”²⁴. La Corte añadió además que no se realizó conducta alguna con el objeto de privar al recurrente de su derecho a ejercer su culto. En este sentido, al igual que en el caso anterior, la Corte mantuvo el criterio de estimar que no basta con el mero conflicto entre el día de descanso semanal por motivos religiosos y la existencia de otras obligaciones ese día, en tanto las segundas no persigan la privación o perturbación del libre ejercicio del credo. En cuanto a la armonización entre ambas obligaciones, aparentemente para la Corte es suficiente la existencia de un procedimiento formal para manifestar estos obstáculos.

Un tercer caso se vincula con el derecho de recibir educación religiosa, y en particular, de no recibirla si no se desea. Una estudiante de tercero medio del colegio San Conrado de Futrono, establecimiento particular subvencionado dependiente del Obispado de Valdivia, dejó de asistir a las clases de religión basándose en que no era creyente, cuestión confirmada por sus padres. Ante esto, el establecimiento le comunicó que dado el carácter confesional del establecimiento, no se le renovarían para el próximo año el contrato de prestación de servicios educacionales, lo que motivó el recurso de protección presentado por la estudiante. La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso planteando que producto de la libertad de culto no es posible condicionar la matrícula de un alumno a la

20 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 132.162-2013, sentencia de 2 de enero de 2014, considerando quinto.

21 Corte Suprema, Rol N° 1720-2014, sentencia de 11 de marzo de 2014, considerando cuarto.

22 *Ibidem*, considerando quinto.

23 Este régimen constitucional de limitaciones debe ser analizado complementariamente con el “test de convencionalidad” realizado por la Corte IDH para verificar si la restricción al derecho ha sido legítima, es decir, si ha sido establecida por ley, si responde a un interés legítimo y si es necesaria en una sociedad democrática (proporcionalidad de la medida e interferir en la menor medida posible el ejercicio del derecho). Este test otorga certeza en cuanto a que la medida restrictiva ha sido debidamente debatida por los poderes del Estado competentes, que resulta razonable su aplicación y que su aplicación está libre de toda arbitrariedad por parte del Estado. Ver Corte IDH, caso *Claude Reyes vs. Chile*, 19 de septiembre de 2006, párrafos 89 a 91.

24 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 460-2014, sentencia de 4 de abril de 2014, considerando décimo.

asistencia de clases de religión²⁵. Agregó además que la libre suscripción de un contrato de prestación de servicios educacionales no puede alterar esta regla, considerando lo que al respecto regula el Decreto Supremo N° 924 del Ministerio de Educación que expresamente establece que las clases de religión serán optativas, y que tratándose de establecimientos confesionales, estos “deberán respetar la voluntad de los padres de familia que por tener otra fe religiosa, aunque hayan elegido libremente el colegio confesional, manifiesten por escrito que no desean la enseñanza de la religión oficial del establecimiento para sus hijos”²⁶.

Como se destacara anteriormente respecto de la Ley 19.638, la Corte aquí también hace un reconocimiento expreso al aspecto negativo de la libertad religiosa, en virtud de la cual esta comprende no solo la facultad de recibir y entregar determinada enseñanza religiosa, sino también la libertad de no ser coaccionado a recibir una determinada instrucción religiosa, protegiendo de esta manera un ámbito secular dentro de la concepción de libertad de conciencia. Además, la Corte es clara en cuanto a la imposibilidad de condicionar este derecho en virtud de un contrato de prestación de servicios educacionales, aun cuando este haya sido libremente firmado por los padres. A diferencia de los casos anteriores donde las Cortes de Santiago y Valparaíso consideraron que las facultades que emanan de la libertad religiosa podrían ceder ante obligaciones contractuales libremente asumidas, aquí la Corte de Apelaciones de Valdivia, tratándose de la libertad para elegir una determinada instrucción religiosa, determinó que es la propia regulación la que excluye que un contrato libremente asumido por las partes implique renunciar a la facultad de recibir —o no recibir— educación religiosa²⁷.

25 Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 2095-2013, sentencia de 21 de enero de 2014, considerando segundo.

26 Artículo 5°, DS N° 924 del Ministerio de Educación, 1983.

27 De todos modos, cabe agregar que el Decreto Supremo 924 del Ministerio de Educación (1984) presenta problemas de reserva legal, en razón de que establece restricciones a derechos, cuestión que debe ser materia de una ley general.

LIBERTAD RELIGIOSA Y PUEBLOS INDÍGENAS

Un cuarto caso involucra la libertad de culto del pueblo aimara en el norte del país. El recurso de protección²⁸ fue presentado a raíz de la Resolución Exenta N° 50 que contiene la calificación ambiental favorable de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Arica y Parinacota al proyecto de Manganese Los Pumas de la minera Hemisferio Sur C.S.M.²⁹. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Arica acogió el recurso señalando la afectación de la libertad de culto del pueblo aimara. En su razonamiento, la Corte señaló que “la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural, de todo lo cual se desprende que la probable afectación de la vertiente de la quebrada de Tarapacá, lo cual al erigirse como un lugar conectado con la divinidad andina, dada la cosmovisión aymara, en que el agua se estrecha con la vida, considerada una entidad sagrada “Uma”, cualquier afectación, por mínima que sea, se ve amenazada la garantía constitucional del artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República, esto es, el ejercicio libre de todo culto”³⁰. Asimismo, la Corte fundamenta esta decisión en los artículos 26 y 27 del PIDCP, el cual a juicio del tribunal “establecen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen

28 Si bien en este capítulo solo se analiza lo referente a la libertad religiosa y de culto (19 N° 6 CPR), en el recurso de protección se alega la vulneración de un conjunto de derechos, entre ellos la igualdad ante la ley (19 N° 2 CPR); a un medio ambiente libre de contaminación (19 N° 8 CPR) y a la falta de una consulta previa acorde al Convenio 169 de la OIT.

29 Como consta en los considerandos 16 y 17 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica (Rol 182-2013), Los Pumas es una mina a tajo abierto ubicada a 37 kilómetros al norte de Putre de donde se quiere extraer el mineral, para luego ser sometido a un proceso de separación que requiere agua que se obtendrá mediante un ducto desde la quebrada de Tarapacá, ubicada a 19 kilómetros de la mina. Todo este proceso requiere la intervención del ecosistema existente en la zona, en donde habitan pueblos aimara. Para más información sobre este proyecto, se puede visitar el mapa de conflictos ambientales realizado por el INDH. Ver <http://www.indh.cl/mapa-de-conflictos-socioambientales-en-chile>.

30 Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 182-2013, sentencia de 25 de noviembre de 2013, considerando trigésimo noveno.

derecho sin discriminación a similar protección, debiendo los Estados respetar las minorías étnicas para tener su propia cultura, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma”³¹. Por su parte, en segunda instancia la Corte Suprema revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica por falta de competencia, en virtud de que “si los reclamantes han pedido que esta Corte invalide una resolución de calificación ambiental dictada por la autoridad técnica competente aduciendo que adolece de vicios de legalidad en su otorgamiento, tal pretensión, por sus características, debe ser resuelta en sede de la nueva institucionalidad [tribunales ambientales], tanto más si no se vislumbra en el presente caso quebrantamiento de un derecho que haya de restablecerse mediante la acción de protección”³².

Este caso se vincula a otros resueltos por la Corte Suprema, en los que ha trazado una conexión entre el deber de no discriminación y la libertad religiosa de los pueblos indígenas. En este sentido, el fallo de la Corte Suprema de 16 de septiembre de 2013, referido a la construcción de un proyecto inmobiliario en las cercanías del Cementerio Topater en Calama, afirmó que “la intromisión desordenada, desautorizada e inconsulta de inversionistas que pretenden ejecutar un proyecto inmobiliario que, en lo físico, se ubicaría a no más de 35 metros de distancia del punto crítico donde se resguarda tal patrimonio, sumado al tránsito propio del hábitat en el que se desenvolvería la población que allí reside, perturba el derecho legítimo que tienen las recurrentes, tanto al libre ejercicio y desarrollo de sus creencias religiosas y ritos sagrados, garantizado para ellas y sus congéneres por el apartado 6° del artículo 19 de la carta fundamental, de modo que, de tolerar que se los pase a llevar, se los diferenciara, arbitrariamente, del resto de las personas que, no perteneciendo a las etnias de las actoras, no ven inconvenientes para el libre ejercicio de iguales prerrogativas, contrariándose de esa forma, además, la garantía de igualdad y no discriminación que sienta el numeral 2° del propio artículo 19”³³.

31 Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 182-2013, sentencia de 25 de noviembre de 2013, considerando trigésimo tercero.

32 Corte Suprema, Rol 17120-2013, sentencia de 12 de agosto de 2014, considerando quinto.

33 Corte Suprema, Rol 3010-2013, 26 de septiembre de 2013, considerando 11.

EL RESPETO POR LOS TEMPLOS Y LUGARES DE CULTO

La libertad religiosa se compone, en parte, por el respeto a los lugares religiosos donde las personas que adhieren una determinada religión o culto pueden profesar sus creencias en paz. Al respecto, y a propósito de hechos de violencia que ocurrieron en julio de 2013 en la Catedral de Santiago, el Consejo del INDH —mediante declaración pública— expresó que “la libertad de culto así como la garantía de su ejercicio también se encuentran amparadas por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. La intolerancia frente a cualquier tipo de expresión religiosa es incompatible con una cultura democrática y respetuosa de dichas libertades. Llamamos a la ciudadanía a rechazar todo acto de intolerancia y a respetar las diversas expresiones culturales y religiosas de nuestra sociedad” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Sobre esta materia, en junio de 2013, la Corte Suprema acogió un recurso de protección presentado en contra de la presidenta de la Sociedad Protectora de Animales Carlos Puelma Besa y de sus dirigentes por haber interrumpido en enero del mismo año la celebración de una misa en la Catedral de Valparaíso ingresando con pancartas y gritos en protesta al llamado que realizara el obispo de Punta Arenas para exterminar a los perros abandonados. Para la Corte Suprema, “es posible constatar que la sociedad protectora de animales recurrida en estos autos perturbó e interrumpió el acto ceremonial católico, desde que con prescindencia de la legitimidad de su reclamo se hizo presente en un templo católico alterando el desarrollo del oficio religioso que se celebraba en la Catedral de Valparaíso lesionando el ejercicio libre del culto de los feligreses que allí oraban”³⁴. Por lo mismo, la Corte dispuso que “en lo sucesivo la Sociedad Protectora de Animales Carlos Puelma Besa y sus dirigentes deberán abstenerse de perturbar los oficios religiosos que se celebren en la Catedral de Valparaíso o en cualquier recinto de una iglesia, confesión o entidad religiosa”³⁵.

Asimismo, en septiembre de 2013, la Corte Suprema falló un recurso de protección presentado por el párroco de la

34 Corte Suprema, Rol 2139-2013, 4 de junio de 2013, considerando 6.

35 *Ibíd.*, parte resolutive.

iglesia San Francisco de Asís de Santiago, en contra de la Municipalidad de esa comuna, con el objeto de que, entre otras cosas, prestara a través de Carabineros de servicio de vigilancia a dicha iglesia para evitar ataques. Señaló la Corte Suprema que “es dable concluir que la municipalidad recurrida —como órgano del Estado— participa del deber de cooperación y conservación del patrimonio nacional por lo que le asiste la obligación legal de realizar todos los esfuerzos necesarios para el debido cuidado de la Iglesia cuya protección se solicita por este arbitrio, debiendo en consecuencia aportar los medios materiales y humanos para su resguardo, proporcionar pintura de recuperación para pintar la fachada, muros y en especial cuidar las puertas del templo histórico. Asimismo Carabineros de Chile deberá incrementar las rondas periódicas para controlar y vigilar la posible acción de terceros que provoquen daños al templo”³⁶.

OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La objeción de conciencia puede ser definida como la negativa de una persona natural a cumplir un mandato jurídico determinado por considerarlo contrario a sus convicciones. Este concepto surgió históricamente a raíz de la negativa a cumplir el denominado “servicio militar obligatorio”, en tanto resultaría contrario al mandato de no violencia de algunas religiones. A partir de casos en este ámbito se desarrolló una doctrina que derivó de la libertad de conciencia al legítimo derecho a ser objetor de conciencia, y que ha sido recogida por algunos organismos internacionales, así como por legislaciones internas de múltiples países, que prevén ciertos requisitos para hacer uso de esta facultad y disponen obligaciones alternativas para estos casos.

La objeción de conciencia no está reconocida como derecho en ningún instrumento internacional. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en el párrafo final de su Observación General 22, indica que “en el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18”. En este sentido, el Comité hace un llamado a informar sobre las condiciones en que se puede

ejercer la objeción, cuál sería la duración y naturaleza de la obligación alternativa que surgiría; y a no discriminar a los objetores de conciencia.

Desde el derecho de los derechos humanos ha habido pronunciamientos sobre el silencio de la ley chilena en cuanto a consagrar la objeción de conciencia en el caso del servicio militar. Por una parte, la Comisión IDH consideró que “la jurisprudencia internacional de derechos humanos reconoce la condición de objetor de conciencia en los países que prevén dicha condición en sus leyes nacionales. En los países que no prevén la condición de objetor de conciencia, los órganos internacionales de derechos humanos concluyen que no existe violación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia o religión”³⁷. En dicho caso, concluye frente a la legislación chilena —que no regula expresamente la objeción de conciencia— que no es posible estimar que exista una vulneración de la libertad de conciencia por exigirse el servicio militar obligatorio. Por otra parte, en julio del presente año, el Comité de Derechos Humanos señaló en sus observaciones finales al Estado de Chile que “pese a la información suministrada por el Estado parte de que la normativa vigente establece la voluntariedad como criterio prevalente para llenar las vacantes de reclutamiento y que la realización obligatoria perdura solo como criterio subsidiario, el Comité sigue preocupado que la ley vigente no reconozca la objeción de conciencia al servicio militar; como lo indicó anteriormente (CCPR/C/CHL/CO/5, párr. 13) (art. 18)”³⁸, recomendando al Estado de Chile “agilizar la adopción de una legislación que reconozca la objeción de conciencia al servicio militar”³⁹.

El derecho a la libertad religiosa posee una composición que plantea desafíos para un Estado no confesional y democrático. Dicha complejidad está dada porque tanto la doctrina como los tratados internacionales y la normativa interna distinguen una dimensión que no puede ser regulada por el Estado (adherir o no a una fe, o cambiarla) y, una segunda manifestación, la libertad de culto (la divulgación

36 Corte Suprema, Rol 6086-2013, 24 de septiembre de 2013, considerando 7.

37 CIDH, Informe N° 43/05, Caso 12.219, Cristián Daniel Sahli Vera y Otros vs. Chile, 10 de marzo de 2005, párrafo 38.

38 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales: Chile, adoptada en el 111° período de sesiones, 7 al 25 de julio de 2014, párr. 24.

39 Ibidem.

o manifestación de la religión o creencia a la que se adhiere), que sí puede ser regulada de manera excepcional y conforme a ciertas reglas. En este sentido, si bien la norma constitucional del artículo 19 N° 6 establece un régimen único de limitaciones para ambas dimensiones, esta debe ser interpretada armónicamente acorde al derecho internacional de los derechos humanos permitiendo la regulación de este derecho solo en cuanto a su fase externa, es decir, la manifestación o divulgación de la religión o creencia. Asimismo, la Ley 19.638 avanza en el desarrollo de esta libertad al reconocer como manifestación de esta la no adhesión a una religión o creencia determinada. Finalmente, llama la atención en los casos judicializados analizados aquí, la no aplicación de criterios que permitan determinar la legitimidad de las restricciones impuestas a la libertad religiosa, atendiendo a su legalidad, proporcionalidad y necesidad⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- Durham, C. (1996). Perspectives on Religious Liberty: A comparative framework. In J. Van der Vyver, & J. Witte, *Religious Human Rights in Global Perspective*.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (30 de julio de 2013). *Declaración pública del INDH sobre hechos de violencia ocurridos en la Catedral de Santiago*. Obtenido de <http://www.indh.cl/declaracion-publica-del-indh-sobre-hechos-de-violencia-cometidos-en-la-catedral-de-santiago>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (diciembre de 2013). *II Encuesta Nacional de Derechos Humanos*. Obtenido de www.indh.cl
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (18 de junio de 2013b). *Declaración pública Consejo INDH por ceremonia religiosa indígena en cárcel de Temuco*. Obtenido de <http://www.indh.cl/declaracion-publica-consejo-indh-por-ceremonia-religiosa-indigena-en-carcel-de-temuco>
- Nogueira, H. (2008). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Santiago: Librotecnia.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2014). *Auditoría a la Democracia. Más y mejor democracias para un Chile inclusivo*.
- Tórtora, H. (2012). Bases constitucionales de la libertad de conciencia y culto en Chile. *Revista de Derechos Fundamentales* (7).

40 Sobre el “test de convencionalidad” de la Corte IDH, ver nota 23 en pie de página.

