

La actividad legislativa y
los Derechos Humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO

2018

4

La actividad legislativa y
los derechos humanos en Chile

**PRINCIPALES INFORMES DEL INDH
AL PARLAMENTO
2018**



LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN CHILE. PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO 2018

Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consuelo Contreras Largo, Directora

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

José Aylwin Oyarzún

Carolina Carrera Ferrer

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Sergio Micco Aguayo

Eduardo Saffirio Suárez

Margarita Romero Méndez

Debbie Guerra Maldonado

Branislav Marelic Rokov

Equipo de trabajo INDH

Tania Rojas Muñoz, Coordinadora

Nicole Lacrampette Polanco

Rodrigo Bustos Bottai

Julio Cortés Morales

Natalia Labbe Céspedes

Sebastián del Pino Rubio

Alexis Aguirre Fonseca

Leonardo Urrutia Álvarez

Edición de textos

Eliana Largo Vera

Diseño y diagramación

Michèle Leighton Palma

Impresión

Ograma Impresores

ISBN: 978-956-6014-14-0

Registro de Propiedad Intelectual: A-298935

Primera edición

1.500 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre de 2018

ÍNDICE

Presentación	6
1. Persecución penal, orden público consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos	9
• Informe sobre el proyecto de ley que modifica la ley N° 20.931 haciendo aplicable el control preventivo de identidad desde los 16 años. Boletín N° 11.314-25.	10
• Minuta sobre proyecto que modifica la Ley N° 20.084, de responsabilidad penal de adolescentes, para efectuar una distinción, en materia de determinación de penas aplicables, en función de la edad del infractor. Boletín N° 10.975-25.	29
• Minuta Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia. Boletín N° 11424-17.	41
2. Tortura y derechos humanos	57
• Minuta sobre el proyecto de ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el mecanismo nacional de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Boletín N° 11245-17.	58
3. Pueblos indígenas, originarios y tribales	75
• Informe sobre Proyecto de Ley General de Derechos lingüísticos de los pueblos originarios de Chile. Boletín 9424-17.	76
• Informe Sobre Proyecto de Ley de Reconocimiento Formal al Pueblo Tribal Afrodescendiente Chileno. Boletín N° 10625-17.	88
• Minuta sobre el proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas. Boletín N° 10.687-06	104
4. Migraciones y derechos humanos	133
• Informe sobre el Proyecto de Ley que Establece una Nueva Ley de Migraciones. Boletín N° 11395-06.	134
• Informe sobre el Informe sobre Proyecto de Ley de Migración y Extranjería. Boletín 8970-06.	152
5. Mujeres y derechos humanos	183
• Informe sobre el Proyecto de Ley de Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Boletín N°11077-07.	184

PRESENTACIÓN

A 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), existe consenso universal en el reconocimiento de la condición de igualdad y dignidad de todos los seres humanos, con independencia de su sexo, edad, nacionalidad, pensamiento o cualquier otra diferencia.

Conforme a ello, el respeto a los derechos humanos y la garantía de su protección por parte del Estado es la principal forma de fortalecer el sistema democrático. Esta responsabilidad implica para los funcionarios y funcionarias públicos/as y la ciudadanía en general, comprender y tener como eje de la acción y decisión el sentido profundo del artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, lo que converge con el artículo 1º de la Constitución Política del país, que afirma que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Desde la perspectiva de la ciudadanía, ello implica tener conciencia de sus derechos y hacerlos respetar, reconociendo en las otras personas iguales derechos y dignidad, condición básica de la convivencia democrática, la cual requiere su fortalecimiento para construir una sociedad de paz social.

Desde la institucionalidad, el rol del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es resguardar el respeto y garantía de los derechos de las personas, en cumplimiento con el mandato de la ley que le dio origen y que tiene “por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”¹.

En ese orden, la misión encomendada al INDH es la de cautelar y promover la plena vigencia de los derechos humanos en Chile. En su calidad de institución de la república, le corresponde observar, informar e intervenir en la defensa de los derechos humanos amenazados o vulnerados, como así mismo impulsar la construcción de una cultura que los reconozca y promueva en todos los ámbitos de la vida nacional.

En cumplimiento de su mandato², le corresponde al INDH: *Promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales en derechos*

1. Ley N° 20.405, artículo 2º, inciso 2º.

2. *Ibíd.*, artículo 3, numeral 4.

humanos ratificados por Chile y se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva. Para dar cumplimiento a estos fines, se ha desarrollado un área de seguimiento legislativo dedicada a promover la armonía de la labor legislativa con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

De conformidad con los principios de Belgrado que fijan el marco de relación entre las instituciones de derechos humanos y el parlamento, le corresponde cooperar en la formulación de propuestas legislativas con el objetivo de adecuar las normas internas a las normas y principios del derecho internacional, a fin de construir un marco armónico y único de protección de derechos humanos. En este marco cobra relevancia el rol del INDH, cuya área de seguimiento e incidencia legislativa supone un vínculo estrecho con los y las representantes de la ciudadanía, orientado a incorporar estándares de derechos humanos en la actividad legislativa, pudiendo incidir en la adopción de medidas -legislativas o administrativas- en aras de alcanzar la plena implementación de las normas, estándares y recomendaciones de los órganos de tratados, de los procedimientos especiales, y aquellas formuladas en el marco del Examen Periódico Universal.

Desde el INDH, la capacidad de influir en la labor legislativa del país, procurando que ello tenga incidencia directa en el quehacer legislativo, supone su presencia permanente en las comisiones y debates legislativos sobre temáticas que digan relación directa con materias de derechos humanos y que sean áreas prioritarias, así como la asesoría a comisiones de Derechos Humanos y a los/as parlamentarios/as involucrados/as. Junto con ello, la entrega de informes que aborden aquellas materias, así como minutas de posición del INDH, son parte fundamental del área de seguimiento legislativo de la Unidad Jurídica Judicial.

El rol del INDH, en relación con su incidencia legislativa, ve concretada su labor mediante la presente publicación –al igual que años anteriores- de los principales informes al Parlamento Nacional según las prioridades temáticas definidas por el INDH, las que comprenden el periodo 2018. Así, pone a disposición del público en general las principales publicaciones, en especial para quienes tienen diversas responsabilidades en la tarea legislativa y para toda persona que pretenda armonizar el marco normativo nacional con los estándares y obligaciones del Estado de Chile en materia de Derechos Humanos, que -a 70 años de su Declaración Universal-, supone recordar su fortalecimiento.

Consuelo Contreras Largo
Directora del INDH

1

Persecución penal, orden público;
consideraciones desde una
perspectiva de derechos humanos

Minuta sobre el proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.931 haciendo aplicable el control preventivo de identidad desde los 16 años de edad. Boletín N° 11.314-25

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de agosto de 2018, en sesión ordinaria n° 440

I. Resumen Ejecutivo

El presente informe se refiere al proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.931, haciendo aplicable el control preventivo de identidad, figura creada por el artículo 12 de dicha ley y hasta ahora reservada a la población adulta, a las personas de 16 y 17 años de edad.

Luego de referir los antecedentes que explican la incorporación de dicho control preventivo de identidad al ordenamiento jurídico nacional a mediados del 2016, se revisan los estándares de derechos humanos tanto generales como relativos a niños, niñas y adolescentes (NNA) que enmarcan como límite y orientación la actividad del sistema penal y policial, en cuanto pueden restringir o limitar derechos como la libertad personal. En base a dichos estándares se realiza un análisis crítico del proyecto, para finalizar con las conclusiones, señalando que el proyecto no parece adecuado a la luz de dichos estándares.

II. Antecedentes

En el mes de julio del año 2016 entró en vigencia la Ley N° 20.931¹ ("Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos"), que si bien inicialmente tenía por objetivo endurecer la respuesta penal frente a los tres delitos aludidos, incluyó también la creación de un nuevo mecanismo procesal penal de carácter general, al establecer otra forma de control de identidad, al que se denominó "preventivo", que vino a agregarse al ya existente control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal (CPP).

El control de identidad del artículo 85 ya había sido objeto de una serie de modificaciones desde la forma originalmente contemplada en el CPPI, y volvió a ser modificado con ocasión

I. Para un desarrollo histórico detallado de esta facultad policial, ver Informe II del INDH sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. Informe sobre el "Control de Identidad Preventivo".

de la Ley N° 20.931. Así, donde antes la ley exigía la presencia de determinados “indicios” como requisito para controlar la identidad de una persona, en virtud de esa reforma ahora basta con la existencia de un “indicio”. Además se agregó un nuevo supuesto para la realización de este procedimiento al señalar en un nuevo inciso segundo que también será procedente cuando “los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”.

El control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la Ley N° 20.931, se diferenciaría considerablemente del control de identidad a secas en varios puntos:

En primer lugar, porque para su realización no se exige la presencia de indicio ni supuesto objetivo alguno, sino que queda entregado a la mera discrecionalidad de los funcionarios y funcionarias policiales; en segundo lugar, porque es posible acreditar la identidad por cualquier medio de identificación, y no solo mediante exhibición de documentos expedidos por la autoridad pública; en tercero, porque no autoriza el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona controlada; este procedimiento debe realizarse en el lugar en que la persona se encuentra, sin que resulte posible conducirla a un recinto policial; el procedimiento puede durar un tiempo máximo de una hora, a diferencia de las 8 horas que se contemplan para el control de identidad del art. 85.

Adicionalmente, al aprobar la nueva facultad se establecieron otras dos diferencias relevantes: el control preventivo solo es aplicable a personas mayores de 18 años de edad. Por otra parte, se contemplan en el artículo 12 de la ley diversos mecanismos para evitar un uso abusivo de esta nueva facultad: los y las policías deben identificarse al realizar este procedimiento y respetar la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria; ambas policías quedan obligadas a elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo para quienes estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de esta facultad; obligación de las policías de suministrar trimestralmente información al Ministerio del Interior y Seguridad Pública acerca de la aplicación práctica de esta facultad, y obligación de dicho Ministerio de publicar en su página web la estadística trimestral de dicha aplicación.

Un año después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931 y su nueva forma de control de identidad, algunos diputados presentaron un proyecto de ley para modificar el artículo 12 de dicha ley, haciéndolo aplicable -con ciertas modificaciones- a adolescentes desde los 16 años de edad.

En los fundamentos del Boletín N° 11.314-25 se realiza una evaluación positiva de la escasa información existente sobre la aplicación del control de identidad preventivo, y se señala que “teniendo a la vista el éxito del Control Preventivo de Identidad y la madurez demostrada

por nuestras fuerzas policiales para hacer uso de esta herramienta, creemos que es posible y necesario avanzar en la dirección de ampliar el rango etario de sujetos susceptibles de ser controlados. De hecho, no encontramos consistente que mientras un adolescente pueda ser objeto de medidas restrictivas a su libertad, le sea vedado a las policías controlar su identidad con fines preventivos. Esto además parece razonable y necesario si atendemos a los patrones delictivos de quienes aún no alcanzan la mayoría de edad; y como participan a diario en la perpetración de crímenes de alta connotación (sic) social, con alarmantes niveles de violencia”.

En concreto, se propone que en el primer inciso del artículo 12, en las dos ocasiones en que se alude a la edad de 18 años, esta sea sustituida por los 16, quedando de esta forma: “En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 16 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 16 años, se entenderá siempre que es menor de dicha edad” (actualmente la disposición señala que se entenderá siempre que “es menor de edad”).

Adicionalmente, se agrega esta frase en el inciso segundo: “en el caso de mayores de edad, y de media hora en el caso de sujetos mayores de 16 años pero menores de 18. Tratándose de estos últimos, no se exigirá la exhibición de documentos, y bastará la sola identificación verbal, la que será cotejada con los medios tecnológicos a los que alude el inciso anterior”. Los promotores de esta iniciativa tienen en cuenta el principio del interés superior del niño o niña (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, CDN), y señalan en sus fundamentos que “teniendo a la vista lo anterior, parece evidente que la medida respecto de la cual estamos avanzando, no vulneraría el interés superior del niño, y se enmarca como una acción ajustada a nuestro marco legal y conciliable con el mandato convencional”.

III. Estándares de Derechos Humanos aplicables

El INDH se refirió en su momento al proyecto de ley que derivó en la Ley N° 20.931 en un Informe sobre el proyecto inicial, y otro sobre el control de identidad preventivo. En ambos se señalaban estándares pertinentes de derechos humanos.

La posible afectación de estándares de derechos humanos en esta materia debe ser considerada en dos niveles de análisis: en primer lugar, los estándares relativos a derechos y garantía reconocidos a todas las personas que habitan el territorio nacional; y adicionalmente, por tratarse en esta ocasión de una iniciativa de reforma legal que se refiere a personas menores de 18 años, debemos tener en cuenta que la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes implica un estatus de sujeto especial cuya protección jurídica ha sido reforzada por un *corpus iuris* en que se integran diversos instrumentos, y en que la centralidad la tiene la CDN.

Esta especial consideración jurídica de los sujetos infantiles y adolescentes lleva a considerar que los estándares aplicables en este caso dicen relación por una parte con los mismos derechos y garantías reconocidos a las personas adultas, que en relación a niños, niñas y adolescentes deben aplicarse también y de manera reforzada, y por otra a regulaciones y derechos adicionales o especiales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha creado especialmente para ellos y ellas².

a) Estándares generales

A estos estándares ya nos hemos referido en detalle en las Minutas relativas a la Ley N° 20.931 en general, como a las indicaciones que dieron lugar a la creación del control de identidad preventivo³.

En primer lugar, cabe destacar que existen límites y principios que deben ser respetados y aplicados en el diseño de toda la actividad político-criminal que desde el Estado vela por la seguridad pública. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha referido

2 La Corte IDH explica de manera muy clara esta particularidad de la condición jurídica de las personas menores de 18 años en su Opinión Consultiva 17/2002, sobre todo en estos tres párrafos: 95 “Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”. 96 “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”. 98 “En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

3. Informe sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07; Informe II sobre el proyecto de ley que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos. Boletín N° 9885-07. Informe sobre el “Control de Identidad Preventivo”.

a la necesidad de construir un “gobierno de la seguridad”, concebido como “la capacidad institucional por parte de las autoridades legítimas de diseñar, implementar y evaluar políticas de prevención y control de la violencia y el delito”⁴. Entendemos que esa perspectiva es acorde al grado de desarrollo actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se diferencia notoriamente de la tendencia previa a entregar esos temas a las fuerzas de seguridad⁵.

Adicionalmente, la Comisión IDH señala que si bien “los Estados Miembros tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana, a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad”, ello debe hacerse “a partir de las orientaciones y dentro de los límites que establecen los estándares y los principios de derechos humanos recogidos en el marco de los Sistemas Universal y Regional de derechos humanos”⁶.

Dado que es parte de la esencia de una política de seguridad ciudadana la posibilidad de limitar derechos mediante el uso de herramientas policiales y penales, la Comisión reconoce que si bien en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad “en ciertas ocasiones los Estados miembros pueden limitar o restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos (...) estas limitaciones o restricciones solamente se ajustan a los estándares internacionalmente aceptados en materia de derechos humanos cuando se aplican respetando los principios de necesidad; finalidad legítima; proporcionalidad; razonabilidad y no discriminación”⁷.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que “en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”⁸.

4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, OEA/Ser. L/V/II.Doc.57, 2009, párr. 74.

5. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2012*, capítulo I, “Seguridad democrática y derechos humanos”, donde se denomina “populismo punitivo” al modelo que se debe superar.

6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II.Doc.57, 2009, párr. 227.

7. *Ibid.*, párr. 228.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 76.

En cuanto a los estándares que directamente se vinculan con las facultades policiales de realizar este tipo de controles, estos dicen relación con el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹ y art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰), el principio de igualdad y no discriminación, y el derecho a la presunción de inocencia.

La libertad personal es entendida en ambos instrumentos en un sentido amplio. Así, cualquier privación o restricción de la libertad personal entendida como libertad ambulatoria o de residencia afectará el ámbito de protección del derecho, y toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal y que las causas que la limiten deben estar fijadas de antemano por la Constitución y las leyes¹¹.

-
9. Artículo 9 PIDCP, "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".
10. Artículo 7 CADH, "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ellas. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios".
11. De este modo, el artículo 9 del PIDCP ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos en el sentido que la disposición es proteger toda privación o restricción de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de inmigración, entre otras (Medina, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2003, p. 212).

El Comité de Derechos Humanos ha señalado en una reciente Observación General que “Entre los ejemplos de privación de libertad se cuentan la detención en dependencias de la policía, el “arraigo”, la reclusión preventiva, la prisión tras una condena, el arresto domiciliario, la detención administrativa, la hospitalización involuntaria, el internamiento de niños en instituciones y el confinamiento en una zona restringida de un aeropuerto, así como el traslado contra la propia voluntad”¹².

En cuanto a estas diversas formas, es de destacar que en el nivel regional el art. 7.4 de la CADH habla de “toda persona detenida o retenida”, al reconocerle el derecho a ser informadas de las razones de dicha restricción. Esta distinción resulta relevante, puesto que en la práctica muchas formas de privación o restricción de la libertad personal no se ajustan formalmente a lo que la legislación procesal penal reconoce como detención en sentido estricto, y no obstante ello deja a la persona en la misma situación material de indefensión y afectación de derechos¹³.

Al fijar límites legales a la libertad personal, debe respetarse el principio de igualdad, y su corolario negativo: el de no discriminación¹⁴.

Sobre la presunción de inocencia, se trata de un derecho fundamental que ya aparecía consagrado en el artículo 9 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que señalaba que “a todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable”. Posteriormente, lo recoge el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; en el sistema regional está consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”), y en casi idénticos términos en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel nacional, si bien no se le señala expresamente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución chilena (que de todas formas señala que “La ley no

12. Comité de Derechos Humanos. Observación CCPR-GC-35 Libertad y seguridad personales, 2014, párr. 5.

13. En la misma Observación 35 el Comité de Derechos Humanos señala que “la detención en el sentido del artículo 9 no tiene por qué implicar una detención formal conforme al derecho interno”, párr. 13.

14. En el sistema universal, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Una fórmula similar se repite en el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los tratados respectivos para todos y todas, sin ningún tipo de discriminación e incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional.

podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”), se entiende que forma parte del debido proceso tal cual está reconocido en las disposiciones aludidas de la CADH y el PIDCP, que también forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

b) Estándares específicos para NNA

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los derechos ya señalados en el apartado anterior rigen plenamente y de manera reforzada cuando se trata de personas menores de 18 años de edad (que de acuerdo a la definición del art. 1 de la CDN son a estos efectos “niños”). Así, por ejemplo, el artículo 40.2 de la CDN reitera la garantía de presunción de inocencia cuando en la letra b) numeral i) señala que al niño “se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. El Comité de Derechos del Niño profundiza en el desarrollo de este derecho cuando señala que “la prueba de los cargos que pesan sobre el niño recae en la acusación”, que “el niño tiene derecho a recibir un trato acorde con esta presunción, y todas las autoridades públicas o de otro tipo tienen la obligación de abstenerse de prejuzgar el resultado del juicio”, y además se hace ver que “debido a falta de comprensión del proceso, inmadurez, temor u otras razones, el niño puede comportarse de manera sospechosa, pero las autoridades no deben presumir por ello que sea culpable, si carecen de pruebas de su culpabilidad más allá de toda duda razonable”¹⁵.

Adicionalmente, existen principios generales de la CDN que deben tenerse en cuenta. El Comité de Derechos del Niño ha identificado los siguientes¹⁶: obligación de los estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño o niña sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2); interés superior del niño y niña como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños y las niñas (art. 3.1); el derecho intrínseco del niño y la niña a la vida y la obligación de los Estados Parte de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (art. 6); el derecho del niño y de la niña a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones (art. 12).

El interés superior del niño y la niña, al que se alude someramente en los fundamentos del proyecto en comento, tiene una gran relevancia en esta materia. El Comité de Derechos del Niño ha señalado que “el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el

15. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 42.

16. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

desarrollo holístico del niño”, que “todos los derechos previstos responden al ‘interés superior del niño’ y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño”¹⁷.

En una de las dimensiones del principio a que se refiere el Comité, en tanto derecho sustantivo, “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general”¹⁸. Esta dimensión cobra especial relevancia “en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo”¹⁹.

A nivel de las garantías procesales que deben respetarse para velar por la observancia del principio del interés superior, el Comité se refiere a la evaluación del impacto en los derechos de los niños y las niñas que pueden tener diversas medidas: “la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño”²⁰.

En cuanto a la regulación específica que la CDN y otros instrumentos internacionales pertinentes hacen de la relación entre niños, niñas y adolescentes con el sistema penal y policial, cabe destacar que de acuerdo al artículo 40.3 de la CDN los estados están obligados a estructurar un sistema especializado para tratar con posibles infracciones penales por ellos cometidas²¹. Esa misma disposición señala que en particular los estados

17. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párr. 4.

18. *Ibid.*, párr. 6 a).

19. *Ibid.*, párr. 10.

20. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párr. 99.

21. El artículo 40.3 señala que los estados deben “promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e

deberán: a) establecer una “edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”, y b) promover “la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

En otra disposición clave de la CDN, el art. 37 señala estándares sobre la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes, y particularmente en la letra b) señala que los estados deben velar porque: “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Para la definición de lo que se entiende por privación de libertad hay que acudir a las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad²², que en la N° 11 b) señalan que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Por su parte, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”²³) se refieren al “primer contacto” entre personas menores de edad y los órganos del sistema penal, señalando en la Regla 10 que “cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor; y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el más breve plazo posible” (10.1), que “el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor” (10.2), y que “sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor; promover su bienestar y evitar que sufra daño” (10.3).

En el comentario de la Regla 10.3 se señala que “trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros

instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. A su vez, de acuerdo al Comité en la Observación General N° 10, por aplicación del principio del interés superior del niño (recogido en el artículo 3 de la CDN): “Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”. (Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10).

22. Adoptadas por la Asamblea general en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

23. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores”. En cuanto al estándar de “evitar daño”, se agrega que “constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar ‘daño’ a los menores, la expresión ‘evitar... daño’ debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad”.

Otro de los instrumentos fundamentales en esta materia son las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”²⁴). Dentro de sus principios generales se señala que “para poder prevenir eficazmente la delincuencia juvenil es necesario que toda la sociedad procure un desarrollo armonioso de los adolescentes, y respete y cultive su personalidad a partir de la primera infancia” (Directriz 2), que “deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás” (Directriz 5)²⁵, y que “sólo en última instancia ha de recurrirse a organismos oficiales de control social” (Directriz 6). En la parte relativa a legislación y administración de la justicia de menores, se señala entre otras cosas que “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven” (Directriz 56).

IV. Observaciones al proyecto de ley

Un primer nivel de observaciones dice relación con el hecho de que se esté promoviendo una modificación importante a una normativa que recién en julio del año 2017 cumplió un año de aplicación, y que dentro de sus fundamentos se señale en lugar destacado el hecho

24. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

25. Entre las consideraciones que se hace a propósito de esta misma directriz, tenemos en la letra e) “El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta”, y en la f) “La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

de que a juicio de los autores y autoras de esta iniciativa “su evaluación es absolutamente positiva”. Esta afirmación nos lleva a analizar el cumplimiento de ciertas obligaciones que quedaron entregadas a las policías y al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, contempladas en los incisos finales del artículo 12 de la Ley N° 20.931. Partiendo por la obligación de dicho Ministerio en orden a entregar en su página web información trimestral sobre la aplicación práctica del control preventivo de identidad, es posible apreciar que actualmente existe dentro de la entrada “Estadísticas Control Preventivo de Identidad” información relativa al trimestre abril/junio del año 2017²⁶:

Tabla 1. Controles de identidad de Carabineros / PDI. I de abril-30 junio 2017

Especificación	Carabineros	PDI	Totales
Controles de identidad efectuados Art. 12	667.048	20.976	688.024
Registró orden de detención	30.263	465	30.728
Registran antecedentes penales	--	9.246	--
Nº de reclamos	7	0	7

Fuente: Carabineros / PDI

Como se puede apreciar, además de que no se encuentra allí información sobre los tres trimestres anteriores (julio/agosto/septiembre y octubre/noviembre/diciembre de 2016, enero/febrero/marzo de 2017) ni sobre el trimestre posterior (julio/agosto/septiembre de 2017), se trata tan solo de las cifras totales de controles de esta naturaleza practicados por ambas policías, además de la cantidad de casos en que la persona controlada registraba órdenes de detención, si tenía antecedentes penales (solo en el caso de los controles practicados por la PDI), y el número de reclamos registrados. No existe desagregación alguna de la información, que permita saber en detalle cómo esta nueva facultad se está aplicando. Así, sin saber datos desagregados por comunas, sexo, edad y nacionalidad de las personas controladas, no es posible evaluar seriamente si en la práctica se verifican o no muchas de las aprensiones que este nuevo tipo de control de identidad ha generado desde el inicio.

Por otra parte, en cuanto a la obligación de ambas policías de generar un procedimiento estandarizado de reclamo, un estudio realizado por el proyecto “Calle Libre: Házlos Valer” de la Fundación Pro-Bono²⁷, permite concluir que no se ha cumplido con esta obligación, al menos por parte de Carabineros. En efecto, tras visitas a 5 comisarías de la región

26. Véase en <http://www.subinterior.gob.cl/control-preventivo/> Consultada el 18/10/2017.

27. Fundación Pro-Bono. Informe Preliminar 001-2017. “Existencia y funcionamiento del sistema de reclamo de control de identidad y control preventivo de identidad”.

Metropolitana, el equipo de Calle Libre pudo comprobar que: “el único aspecto en que todas las Comisarías estuvieron contestes es que la persona que efectúa el reclamo debe acercarse a la respectiva unidad policial y solicitar hablar con el Suboficial Mayor o quien se encuentre en el minuto a cargo de la guardia. Los demás pasos del procedimiento que se nos indicaron resultaron ser muy diferentes en unas y otras Comisarías, por ejemplo: i) En la 2ª Comisaría de Santiago Centro, el requisito para reclamar ante un control preventivo de identidad era haber sido controlado por el mismo funcionario más de tres veces; ii) En la 14ª Comisaría de San Bernardo, bastaba con hacer un reclamo verbal y el resto del procedimiento es absolutamente interno; iii) En la 3ª Comisaría de Santiago Centro hay una especie de audiencia en donde el funcionario que ejerció el abuso y la víctima deben relatar los hechos (y verse nuevamente)”²⁸.

Además, “Calle Libre” pudo comprobar en la respuesta a una solicitud realizada por Ley de Transparencia, que existe un “Formulario estandarizado de reclamo”, pero dicho formulario no fue mencionado en ninguna de las comisarías visitadas, y además no aparece en la página web de Carabineros²⁹. Sobre dicha página, es posible comprobar que existe una sección para reclamos en dicha página, aunque no es de fácil acceso y es genérica, es decir, no hay una sección especial para este tipo de reclamos³⁰. Por todo ello, concluyen que “es un hecho cierto que Carabineros de Chile aún no da cumplimiento a lo mandado por el legislador en la Ley N° 20.931 en lo que respecta al establecimiento de un procedimiento estandarizado para quienes estimen haber sido víctimas de procedimiento policial abuso o denigratorio en el contexto de un control de identidad”. En base a esa constatación, agregan que “al no existir un procedimiento estandarizado en la práctica, no podemos confiar en las cifras que se nos ha entregado respecto al número de reclamos efectuados por los ciudadanos”, pues “si no hay procedimiento de reclamo, parece obvio que el número de reclamos sea bajísimo, lo que dista mucho a un éxito en la implementación de esta nueva facultad policial”³¹.

En efecto, ante esta evidencia, las cifras bajas de reclamos que se han indicado como un importante fundamento de esta iniciativa legal, que demostraría la “madurez policial” en la aplicación del control preventivo de identidad parecen más bien indicios de que no se ha dado cabal cumplimiento a la obligación de implementar esos mecanismos. Un dato importante que ha suministrado la DPP es la detección de un considerable aumento de personas formalizadas por “amenazas a Carabineros”, que al ser atendidas por la Defensoría

28. *Ibíd.*, p. 2.

29. Fundación Pro-Bono, *op. cit.*, p. 2

30. A diferencia de la Policía de Investigaciones, que al menos en su página web incluye una sección especial para este tipo de reclamos: <http://www.investigaciones.cl/oirs2016/Oirs/ControlIdentidad> Revisada el 18/10/2017.

31. *Ibíd.*, p. 3

relatan haber sido sometidas a controles de identidad de manera denigratoria o arbitraria, y que al reclamar por ello terminan siendo denunciadas por tal ilícito³².

Otros problemas que se han detectado y que afectan sobre todo a los y las jóvenes, dicen relación con la práctica de procedimientos de registro que no se ajustan ni al control de identidad del art. 85 ni al control preventivo. El INDH ha podido observar que sobre todo antes del inicio de marchas y manifestaciones estudiantiles, el personal policial procede directamente a revisar las mochilas de personas que se encuentran en las inmediaciones, sin solicitar documentos de identidad, procedimiento que muchas veces se realiza de manera masiva. Consultada la institución de Carabineros por esta práctica, se respondió al INDH que “la revisión de bolsos, es una facultad que está asociada al control de identidad y que se encuentra regulada por el artículo 85 del Código Procesal Penal”³³. En efecto, el inciso cuarto del art. 85 señala que “durante este procedimiento” se puede revisar las vestimentas, equipaje y vehículo de “la persona cuya identidad se controla”, pero es evidente que no mediando una solicitud de identificación no estamos frente a las hipótesis de esta norma, sino que ante una práctica policial que escapa claramente de las facultades legales que el ordenamiento jurídico otorga a las policías.

En cuanto a la efectividad del control preventivo de identidad para detectar a personas con órdenes de detención pendientes, las escasas cifras existentes no permiten afirmar que haya resultado exitoso. De hecho, se ha producido un curioso fenómeno, pues a la vez que el nuevo tipo de control ha desplazado notoriamente al antiguo, el control de identidad tradicional del artículo 85 del CPP muestra una efectividad mayor para alcanzar este objetivo: en el período que va de julio del 2016 a marzo de 2017, Carabineros realizó 1.105.560 controles preventivos (que permitieron concretar 28.441 órdenes de detención), y 333.079 controles del art. 85 (que permitieron concretar 16.582 órdenes de detención)³⁴. Así, de acuerdo a estos datos se encuentra una orden de detención por cada 38 controles preventivos, y una orden por cada 20 controles del art. 85. Lo paradójico es que mientras el control tradicional demuestra el doble de efectividad, se trata del mecanismo que menos se aplica, quedando ahora muy por debajo del promedio de 2.000.000 de controles que se

32. “Datos preliminares de la DPP indican que se ha producido un aumento significativo del delito de Amenaza a Carabineros, que en algunas zonas, como las comunas del sector sur de Santiago alcanzan a un 27%. En su mayoría son casos donde ciudadanos que al ser sometidos a control preventivo se han sentido ofendidos u estigmatizados (color de piel, vestimentas, aspecto físico en general) y han discutido con Carabineros en la vía pública, lo que les ha valido ser formalizados por este delito” (DPP, Comentarios al proyecto de ley que amplía el control preventivo de identidad adolescentes, 7 de agosto de 2017, pág. 10).

33. Oficio N° 117, de 26 de septiembre de 2017, de la Subdirección General de Carabineros al INDH.

34. Fuente: Carabineros de Chile, RSIP n° 37906 de 31 de julio de 2017. En esa misma respuesta a la solicitud del profesor Mauricio Duce, Carabineros señala que no cuenta con datos desagregados por género, comuna, edad, nacionalidad ni contexto del control, ni en relación al del art. 85 ni al preventivo.

realizaban al año antes de la Ley N° 20.931. Esto resulta tanto o más cuestionable si tenemos en cuenta que la Ley N° 20.931 modificó también el artículo 85 del CPP, flexibilizando aún más su aplicación al exigir ahora un “indicio” en vez de “indicios”, y agregando como supuesto de realización el tener antecedentes que permitan a la policía inferir que una persona tiene órdenes de detención pendientes.

En este punto entonces, lo que corresponde es reafirmar la necesidad de contar con mecanismos adecuados de evaluación del impacto real de las políticas de seguridad, pues tal como señalamos en el Informe Anual 2012, “parte fundamental del gobierno de la seguridad ciudadana democrática es contar con una política criminal acorde a los estándares internacionales en materia de derechos humanos”, lo que implica “una política respetuosa de los derechos que emanan del debido proceso, con un uso racional del poder punitivo y de la herramienta penal, con sistemas de control social para su correcto seguimiento, con límites claros a las autoridades para evitar su utilización arbitraria” y “con un sistema de información complejo que permita una continua revisión sobre su eficacia”³⁵.

En un segundo nivel de comentarios, debemos analizar lo que la extensión del control preventivo a personas de 16 y 17 años de edad implicaría desde el punto de vista de los estándares aplicables a niños, niñas y adolescentes.

Un primer dato que sirve para contextualizar la medida propuesta, es que si en relación a personas adultas se señalaba durante la discusión de la Ley N° 20.931 que existían alrededor de 55.000 órdenes de detención pendientes, en relación al segmento adolescente (de 14 a 17 años, de acuerdo a la Ley N° 20.084) según ha informado la Defensoría Penal Pública en este nuevo proceso de discusión, esa cifra no alcanzaría las 1000 órdenes pendientes³⁶. Cabe destacar que hace 5 años la población que tenía entre 14 y 17 años de edad en Chile era de 1.118.586 personas, que correspondían a un 6,6% de la población total³⁷. Otro dato complementario a tener en cuenta es que según han informado tanto la DPP como el Ministerio Público, en los últimos años se ha producido una considerable y sostenida disminución de la cantidad de adolescentes que ingresan al sistema penal. Así, en la franja

35. Instituto Nacional de Derechos Humanos, op. cit., p. 21.

36. “En mayo de 2016, la Defensoría Penal Pública representaba a 18.137 personas que registraban órdenes de detención pendientes. 16.906 eran personas adultas y 1.231 eran adolescentes. Un año después la Defensoría Penal Pública representaba a 15.290 personas que registraban órdenes de detención pendientes. 14.415 eran personas adultas y 875 eran adolescentes. Es decir, en un año calendario, las órdenes de detención de personas adultas disminuyeron en un 14,7%. Sin embargo, sin control de identidad preventivo, las órdenes de detención contra adolescentes disminuyeron en un 28,9%” (DPP, Comentarios al proyecto de ley que amplía el control preventivo de identidad adolescentes, 7 de agosto de 2017, p. 5).

37. Fuente: Ministerio de Desarrollo Social. Infancia y adolescencia, CASEN 2011. 5 de agosto de 2012.

de 14/15 años, los ingresos al sistema de RPA han bajado de 22.665 en el 2008 a 12.747 en el 2016, mientras en la franja de 16/17 años disminuyeron en el mismo lapso de tiempo desde 48.096 a 28.014³⁸. Estas cifras muestran un fenómeno que va en sentido inverso a la afirmación usual, recogida en los fundamentos de este proyecto de ley, sobre “los patrones delictivos de quienes aún no alcanzan la mayoría de edad; y cómo participan a diario en la perpetración de crímenes de alta connotación (sic) social, con alarmantes niveles de violencia”³⁹.

Considerando estos datos, tenemos que la justificación que se ha dado a este proyecto de ley es la necesidad de materializar alrededor de 1.000 órdenes de detención o menos, en una franja etaria de alrededor de medio millón de personas, de las cuales solo 28 mil han entrado en contacto con el sistema de RPA.

Dicha pretensión colisiona claramente con los estándares relativos a niños, niñas y adolescentes. En efecto, aunque el procedimiento se realice en la vía pública, y no incluya la conducción del adolescente controlado a un recinto policial, de todas formas se autorizaría que sin necesidad de indicio alguno, al mero arbitrio del funcionario policial, personas de 16 y 17 años de edad puedan estar absolutamente restringidas en su libertad ambulatoria hasta por 30 minutos, y ello con la única finalidad de verificar si es que el o la adolescente controlado/a tiene o no órdenes de detención pendientes.

El estándar del artículo 37 de la CDN, en relación con los ya referidos artículos 7 de la CADH y 9 del PIDCP, es meridianamente claro en orden a que cualquier forma de privación o restricción de libertad respecto de menores de 18 años se use “tan sólo como medida de último recurso”.

Las indicaciones ya referidas del Comité de Derechos Humanos en orden a incluir diversas formas de privación de libertad, incluso las que formalmente no sean detención (por ejemplo en la O.G. 35, párr. 13) cobran especial importancia en el caso de personas menores de edad, donde ha sido habitual que bajo diversos términos tales como “retención” o “conducción”, se designen prácticas de privación o restricción de libertad que mediante el recurso a tales eufemismos quedan fuera de los derechos y garantías que tienen las personas adultas

38. Fuente: Ministerio Público, Presentación sobre Boletín 11.314-25, Comisión de Seguridad Ciudadana, Cámara de Diputados, agosto de 2017. En este mismo informe se señala que el número de causas promedio por sujeto aumentó de 1.25 en el 2008 a 1.49 en el 2015.

39. En una evaluación de la Ley N° 20.084 realizada por la Cámara de Diputados, se señala que el primer grupo de delitos del sistema RPA corresponde a faltas (17.49% de delitos el 2014), seguido por los hurtos (16.36%) y las lesiones (Evaluación de la Ley N° 20.084, Cámara de Diputados de Chile, Noviembre de 2015, p. 26 y ss.). El mismo año 2014 los homicidios representaron un 0.29% del total, los delitos sexuales un 1.9%, y los robos un 7.9%.

en circunstancias similares. En el caso chileno, tanto la Ley de Protección de Menores de 1928 (N° 4.447) como la de 1967 (la aún vigente 16.618) al negar la dimensión penal del tratamiento a los/las menores de edad, preferían hablar de “menores retenidos”. Esa cultura ligada al modelo tutelar, ya superado por la CDN, subsiste tanto a nivel normativo como cultural, y así se explica que a pesar de que en la regulación actual de la responsabilidad penal de adolescentes (Ley N° 20.084 y su Reglamento) no se contemple que para la puesta en libertad de adolescentes sea necesaria la entrega a “adultos responsables”, en los hechos esa figura subsista como práctica cotidiana. De hecho, si bien en los Protocolos de Carabineros para la mantención del orden público dados a conocer en el año 2014 se señala en el N° 4.2, sobre detención de manifestantes menores de edad, que “los mayores de 14 años detenidos por la imputación de un delito no requieren la presencia de un adulto responsable para su libertad”, con posterioridad se dictó el Manual de Procedimientos policiales con niños, niñas y adolescentes, donde se señala lo siguiente: “Es importante señalar que todo procedimiento policial que se adopte con un niño, niña o adolescente en calidad de conducido o detenido en la Unidad Policial, éstos deberán ser entregados a su adulto responsable, padres o a quien sea el encargado de su cuidado. Para estos efectos, el personal de Guardia, verificará que el parentesco o tutela quede claramente establecido, dejando constancia en el Libro de Novedades del Servicio de Guardia”⁴⁰.

Si bien el efecto sobre el conjunto de los derechos de la persona adolescente es menos drástico con un control de este tipo que en comparación con la conducción o la detención en recinto policial, de todas formas contraviene lo señalado en el marco normativo que hemos señalado, sobre todo las reglas relativas al “primer contacto” en las Reglas de Beijing, y también las Directrices de Riad, que precisamente recomiendan evitar la estigmatización de menores de edad, reservando para la última instancia la actuación de los órganos de control social. El elemento estigmatización resulta particularmente relevante aquí, teniendo en cuenta que la persona controlada deberá permanecer hasta por espacio de media hora en el mismo lugar donde sea controlada, siendo observada por todas las personas que transiten por el mismo lugar. Por el contrario, las Reglas de Beijing recomiendan hacer todo lo necesario para “evitar el daño”.

Lo indicado se relaciona con el principio del interés superior del niño. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3.1 de la CDN, y la Observación General N° 14 del Comité, debemos ponderar si la medida legislativa propuesta resulta razonable y proporcional en comparación con el efecto que tiene sobre los derechos de los y las adolescentes (considerados no solo individualmente, sino que en tanto colectivo). El interés superior como “una consideración primordial” que señala el art. 3 se identifica con el conjunto de los derechos reconocidos en la CDN, incluyendo el art. 37, y el mandato de garantizar en la

40. Manual de procedimientos con NNA, Carabineros de Chile, Zona de prevención y protección a la familia, Orden General 002389 de 5 de febrero de 2016, p. 11.

máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño y niña, entendido holísticamente (art. 6). En este desarrollo el niño, niña o adolescente puede ver legítimamente afectados sus derechos, por ejemplo la libertad personal, pero con pleno respeto de los estándares señalados. Así, solo con pleno respeto a este conjunto de derechos es que el interés del niño, niña y adolescente puede equilibrarse con o ceder frente a otros intereses personales o sociales, y por ello es que se permite bajo una serie de resguardos la posibilidad de reaccionar frente a infracciones de ley en que se vean involucrados niños/as o adolescentes (art. 40)⁴¹.

En el contexto actual, la Ley N° 20.084 con sus remisiones generales al Código Penal y el Procesal Penal hace aplicable a las personas desde los 14 años de edad el control de identidad del artículo 85 del CPP. Como hemos visto, esta forma de control es la que resulta más eficaz para detectar personas con órdenes de detención pendientes, y la Ley N° 20.931 incorporó precisamente entre sus supuestos de aplicación el que “los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente”.

Los autores y autoras de este proyecto señalan que no les parece “consistente” que “mientras un adolescente pueda ser objeto de medidas restrictivas a su libertad; le sea vedado a las policías controlar su identidad con fines preventivos”. La consistencia de este dato viene dada precisamente por la consideración del interés superior del niño, niña o adolescente y el resto de estándares que hemos mencionado. Las restricciones necesarias, razonables y legítimas, ya están consagradas en artículos como el 37 y 40 de la CDN, en la Ley N° 20.084 y el art. 85 del CPP⁴², y permiten dentro de ciertos supuestos -no solo reactivos sino que también preventivos⁴³-, controlar la identidad de personas menores de 18 años. Los mecanismos existentes permiten claramente cumplir los objetivos relativos a detección de adolescentes con órdenes de detención pendientes, y no se aprecia ninguna razón atendible para extenderles una figura cuya eficacia está tan puesta en duda, y en que no se cuenta aún con información detallada acerca de su aplicación práctica porque no se ha

41. Tal como ha señalado Miguel Cillero, “el interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (características del sistema penal)”. “La responsabilidad penal de adolescentes y el interés superior del niño”, en: *Justicia y Derechos del Niño* N° 9, Unicef, 2007, p. 248.

42. Debemos destacar también el artículo 5 del CPP, que en su segundo inciso establece que las restricciones de derechos deberán ser interpretadas restrictivamente.

43. Cabe tener presente que el inciso primero del art. 85 del CPP señala que se deberá “solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”.

cumplido con las obligaciones señaladas por el mismo artículo 12 de la Ley N° 20.931 a las autoridades pertinentes.

V. Conclusiones

- El proyecto de ley contenido en el Boletín 11.314-25 se basa en supuestos que resultan controvertibles, toda vez que no existen estudios ni datos detallados que permitan evaluar seriamente la aplicación práctica del control preventivo de identidad creado por la Ley N° 20.931, tanto desde el punto de vista de su eficacia político-criminal como de la posible vulneración de derechos de las personas controladas.
- De las cifras disponibles que se han conocido en esta discusión se puede concluir provisionalmente que la efectividad de esta nueva figura como medio de efectivizar órdenes de detención pendientes es mucho menor que la del control de identidad del artículo 85 del CPP, el que paradójicamente ha disminuido considerablemente su aplicación desde julio del 2016 a la fecha.
- Resulta particularmente preocupante que el Estado de Chile y sus policías no hayan cumplido cabalmente con las obligaciones impuestas en relación al control preventivo de identidad, tales como la de implementar un procedimiento estandarizado de reclamo.
- En este contexto, la pretensión de aplicar este nuevo mecanismo de control a una población adolescente que por ser menor de 18 años está protegida de manera reforzada por los estándares de derechos humanos, presenta severos problemas y riesgos, que atentarían contra el interés superior de los y las adolescentes y afectarían tanto el derecho de estas personas especialmente protegidas a la libertad personal, y contra los estándares relativos a la necesidad de evitar el daño en los contactos de personas menores de edad con los órganos formales de control social.
- Los objetivos que se persiguen con esta iniciativa legal (detección de adolescentes con órdenes de detención, que según las cifras disponibles constituyen una proporción ínfima de la población en la franja etaria de 16 y 17 años) pueden ser alcanzados de mucho mejor manera en el marco de la legislación vigente, aplicando correctamente el artículo 85 del CPP en su versión actual.

Minuta sobre proyecto que modifica la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal de adolescentes, para efectuar una distinción en materia de determinación de penas aplicables en función de la edad del infractor o infractora.

Boletín N° 10.975-25

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 9 de abril de 2018, en sesión ordinaria n° 417.

I. Resumen Ejecutivo

El presente informe tiene por objeto efectuar un análisis, a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, del proyecto de ley que propone una modificación del sistema de determinación de sanciones en relación a adolescentes mayores de 16 años de edad¹. Del análisis del mismo, se puede indicar que la modificación propuesta se aleja de las directrices señaladas para los sistemas de justicia juvenil basados en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en particular, porque en el caso de adolescentes mayores de 16 años se estaría reduciendo el abanico de sanciones aplicables y se establecería una diferencia que no existe actualmente, lo que, en todo caso, parece regresivo y podría implicar una discriminación arbitraria en contra del tramo superior de la edad de responsabilidad penal adolescente (personas de 16 y 17 años).

La presente moción parlamentaria, que viene a modificar el artículo 21 de la Ley N° 20.084 (o LRPA: Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes), tiene su fundamento en el asesinato del joven de 18 años, Joaquín Fernández Cáceres, en la ciudad de Rancagua, ocurrido el 7 de septiembre de 2016, supuestamente a manos de un adolescente de 16 años, que intentaba robarle un teléfono celular².

Dentro de los considerandos del mismo, se fundamenta en las diferencias existentes entre adolescentes de 14 y 15 años, y adolescentes de 16 y 17 años, desde el punto de vista de su madurez, y pese a valorar la LRPA como un avance en relación al anterior sistema del examen de discernimiento, se señala que "(...) todo indica que su aplicación en cuanto a proyección, fue superada por la realidad, cuya utilidad práctica resulta a lo menos discutible,

1. Moción presentada por el diputado Issa Kort Garriga, el 16 de noviembre de 2016.

2. La Tercera. "Relacionan asesinato de joven rancagüino con Pokémon Go". En: <http://www.latercera.com/noticia/relacionan-asesinato-de-joven-rancaguino-con-pokemon-go/> 9.9.2016.

en cuanto dice relación que un adolescente de 16 años debe ser tratado de la misma manera que uno de 14 años, ya que es pública notoriedad, según la realidad actual, que los adolescentes de más de 16 años, tienen la madurez suficiente en cuanto a determinar su actuar, pensar y obrar” (Considerando 2.4)³.

En base a lo anterior, se propone una modificación al artículo 21, manteniendo la regulación actual del sistema de determinación de penas en la LRPA como aplicable solo al tramo inferior (14 y 15 años), y contemplando una regla absolutamente diferente para el caso de mayores de 16 años: “En el caso de mayores de 16 años, si la pena señalada por ley constare de dos o más grados, se aplicará en el grado inferior y tratándose de una pena de grado único, se aplicará en su mínimo”.

El proyecto fue aprobado en general en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados. Después, durante su discusión, fue considerablemente modificado, puesto que se eliminó el artículo único originalmente propuesto, y se aprobaron indicaciones que implican modificar las sanciones aplicables en el tramo contemplado en el artículo 23 N° 3 y la regulación del quebrantamiento en el artículo 52 de la Ley N° 20.084.

Otras indicaciones relativas a endurecer las sanciones aplicables en el tramo contemplado en el artículo 23 N°2 y el artículo 32 sobre medidas cautelares, fueron rechazadas.

El 4 de mayo de 2017 fue aprobado el proyecto en la Cámara, llevando como epígrafe el nombre del joven asesinado. El 9 de mayo de 2017 pasó al Senado para su segundo trámite constitucional, encontrándose actualmente en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

II. Estándares de Derechos Humanos aplicables

Tal como ha destacado el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (el Comité), los y las adolescentes que entran en contacto con la justicia juvenil⁴, tienen derechos específicos

3. Al respecto hay que tener en cuenta que los estándares internacionales relativos a estas materias tienen en cuenta precisamente que el desarrollo psicológico y la madurez de niños y niñas (entendidos/as como todas las personas menores de 18 años de edad) es diferente al de las personas adultas, y precisamente por eso es que consagran la necesidad de crear sistemas especializados de justicia juvenil. Al respecto, ver la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño, a la que nos referiremos más adelante.

4. Justicia juvenil es la traducción literal de “*juvenile justice*”. En las traducciones oficiales al español se sigue hablando de “justicia de menores”, concepto que en nuestro contexto nacional y regional resulta inadecuado pues se relaciona con el modelo llamado “tutelar” o “doctrina de la situación irregular”, propio de las legislaciones de menores de inicios del siglo XX y que aún no es totalmente desplazado por el nuevo paradigma contenido en la CDN y que se expresa en la

recogidos sobre todo en los artículos 37 y 40 de la CDN, y además les son aplicables todo el resto de los principios y disposiciones pertinentes de dicha Convención, en su calidad de personas menores de 18 años⁵.

Así, en virtud de la aplicación en el sistema de RPA de principios como el de “interés superior del niño”, el Comité concluye entre otras cosas que “(...) los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes”⁶.

Dos características definitorias del sistema de justicia juvenil que se regula en la CDN, y que emanan tanto de los artículos 37 y 40 como de los principios generales reconocidos en los artículos 2,3, 6 y 12, son las siguientes:

I. Sistema especializado de RPA. El artículo 40.3 señala que los estados deben “promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”. A su vez, de acuerdo al Comité en la Observación General N° 10, por aplicación del principio del interés superior del niño (recogido en el artículo 3 de la CDN): “Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”⁷.

Como ya referimos, la finalidad de este sistema no es punitiva, sino que en consonancia con el artículo 40.1 debe respetar su dignidad, tener en cuenta su edad, y fomentar su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad.

En relación a las disposiciones relativas a edad mínima y superior de responsabilidad penal juvenil, el Comité señala que “(...) toda persona menor de 18 años al momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme con las normas de la justicia de menores”⁸. Más explícitamente, el Comité “recomienda a los Estados Partes que limitan

consideración de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

5. Ver la Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 4 y 5.

6. *Ibíd.*, párr. 10. En nuestro medio se habla más de bien de “justicia restaurativa”.

7. Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 10.

8. *Ibíd.*, párr. 37.

la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 o 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años”⁹.

2. Flexibilidad de sanciones y excepcionalidad de la privación de libertad. La especificidad del sistema de RPA se expresa, entre otros aspectos, en que la respuesta estatal a través de medidas o sanciones privativas de libertad, debe quedar reducida a su mínima expresión por mandato del artículo 37 b)¹⁰ de la CDN, y a que en cambio, tal cual establece el artículo 40.4 del citado instrumento internacional, se debe recurrir a una amplia gama de “(...) posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Respecto a los criterios a usar para la determinación de sanciones, el Comité indica que las leyes deben ofrecer al tribunal/juez “(...) una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad”¹¹. A eso agrega que “(...) la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor; así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo”, y que “(...) la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención”¹².

Específicamente acerca de la consideración de la gravedad de las infracciones penales de que se responsabilice a un menor de 18 años, el Comité señala que “Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones. En el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social”¹³.

9. *Ibíd.*, párr. 38.

10. “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

11. Observación General N° 10, párr. 70.

12. Observación General N° 10, op. cit., párr. 71.

13. *Ídem*.

La más reciente Observación General del Comité, la N° 20¹⁴, se refiere a los derechos del niño durante la fase adolescente, y en su párrafo 88 trata la cuestión de la justicia para adolescentes, señalando que “(...) insta a los Estados partes a que introduzcan políticas generales de justicia juvenil que hagan hincapié en la justicia restaurativa, la exoneración de ser sometidos a procedimientos judiciales, las medidas alternativas a la reclusión y las intervenciones preventivas, para hacer frente a los factores sociales y las causas fundamentales, de conformidad con los artículos 37 y 40 de la Convención, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. La atención debe centrarse en la rehabilitación y la reintegración, para, entre otros, los adolescentes involucrados en actividades clasificadas como terrorismo, en consonancia con las recomendaciones de la observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores. La reclusión debe utilizarse únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve posible, y los reclusos adolescentes deben estar separados de los adultos. El Comité hace hincapié en la necesidad de prohibir la pena de muerte y la cadena perpetua para toda persona declarada culpable de un delito cometido cuando era menor de 18 años, y se muestra gravemente preocupado por el número de Estados que tratan de reducir la edad de responsabilidad penal. Exhorta a los Estados a que mantengan la mayoría de edad penal a los 18 años”¹⁵.

En relación a este mismo tema, el Comité hizo observaciones precisas al Estado de Chile en 2007, cuando acababa de aprobarse la LRPA. Allí manifestó su inquietud por “(...) la insuficiencia de las medidas socioeducativas para abordar el problema de los niños en conflicto con la ley sin recurrir a los procedimientos penales y para reducir los casos de privación de libertad”, y se señaló además, que el Comité “(...) toma nota de la falta de programas de recuperación y reintegración social para los niños”¹⁶.

Se recomendó igualmente al Estado de Chile que “(...) armonice plenamente el sistema de justicia de menores, y en particular la nueva legislación antes de que entre en vigor, con la Convención, especialmente los artículos 37, 40 y 39. También debe ser consonante con otras normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), las Directrices de Acción sobre el Niño en

14. Observación General N° 20 “sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”. CRC/C/GC/20, de 6 de diciembre de 2016.

15. *Ibíd.*

16. Comité de los Derechos del Niño. *Examen de los informes presentados por los Estados Partes*. Chile, CRC/C/CHL/CO/3. Párr. 71.

el Sistema de Justicia Penal y las recomendaciones de la Observación general N° 10 del Comité (CRC/C/GC/10) sobre los derechos del niño en la justicia de menores”¹⁷.

En particular, una de las recomendaciones concretas fue que el Estado “(...) vele por que la privación de libertad sea una medida impuesta como último recurso. En tal caso los locales y condiciones de detención deberán ajustarse a las normas internacionales”¹⁸.

En el último examen efectuado por el mismo Comité el año 2015, se muestra preocupación porque “a pesar de existir alternativas jurídicas a la privación de libertad, estas no sean consideradas por los fiscales y los jueces en la medida de lo posible, lo cual genera un gran número de penas de prisión; además, las medidas cautelares existentes en la primera etapa del proceso exponen a los niños a largos períodos de prisión preventiva”¹⁹, y se recomienda al Estado de Chile que “se asegure de que los fiscales y los jueces tengan debidamente en cuenta medidas alternativas a la privación de libertad, como la remisión del caso a otros servicios, la libertad vigilada, la mediación, el asesoramiento o los servicios comunitarios, y solo se planteen la privación de libertad como último recurso y durante el menor tiempo posible, revisando esa medida periódicamente con miras a revocarla”²⁰.

III. Observaciones al proyecto de ley

El proyecto original contenía un artículo único, cuyo texto se citó en la sección I de este Informe (Resumen Ejecutivo), el que fue suprimido durante su tramitación legislativa en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, y en cambio se aprobaron dos indicaciones del siguiente tenor:

“ARTÍCULO único.- introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal:
I.- En su artículo 23, agrégase en el numeral 3, a continuación del punto aparte, que pasa a ser seguido, la frase:

“En caso de tratarse de menores de edad, mayores de 16 años, el tribunal sólo podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.”.

17. Comité de los Derechos del Niño, *op. cit.*, párr. 72.

18. *Ibid.*, párr. 72 letra b).

19. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes. Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, párr. 85 b).

20. *Ibid.*, párr. 86 b).

2. En su artículo 52, añádese el siguiente inciso final:

“En el caso en que el tribunal considere que el quebrantamiento no reúne el carácter grave señalado en el inciso primero del presente artículo, deberá explicitar las circunstancias que lo llevan a concluir en tal sentido, y ordenar las medidas concretas que la administración deberá implementar para evitar un nuevo quebrantamiento, en el marco de sus competencias”.

Para comprender las implicancias de la modificación legal propuesta, es necesario referirse primero al complejo sistema actual de determinación de sanciones en la LRPA. Dicho sistema surgió en la fase final de tramitación del Proyecto de LRPA, en el Senado, y se basa en la aplicación de una rebaja de grado a la pena contemplada en abstracto para el mismo delito cometido por personas adultas (sea en el Código Penal o leyes penales especiales), y el ajuste posterior en que el sentenciador determina la naturaleza y extensión de la sanción penal juvenil que resulte aplicable en conformidad a los artículos 22 a 26.

Encabezando este Párrafo 5, el artículo 20 de la LRPA alude a las finalidades de estas sanciones: “Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”.

El artículo 21 de la indicada ley contempla la rebaja de grado desde el marco penal adulto y a partir de ella la aplicación de las reglas generales del Código Penal sobre determinación de sanciones²¹. Después de aplicadas dichas reglas, de acuerdo al artículo 23 dentro de cada tramo resultante, proceden determinadas sanciones penales adolescentes, dentro del cual el juez o jueza deberá escoger de acuerdo a las reglas señaladas en el artículo 24.

Los tramos y penas aplicables conforme al artículo 23, son los siguientes:

“1. Si la extensión de la pena supera los cinco años de privación de libertad, el tribunal deberá aplicar la pena de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social.

2. Si la pena va de tres años y un día a cinco años de privación de libertad o si se trata de una pena restrictiva de libertad superior a tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social o libertad asistida especial.

21. Art. 21 LRPA: “Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”.

3. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se extiende entre quinientos cuarenta y un días y tres años, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
4. Si la pena privativa o restrictiva de libertad se ubica entre sesenta y uno y quinientos cuarenta días, el tribunal podrá imponer las penas de internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o reparación del daño causado.
5. Si la pena es igual o inferior a sesenta días o si no constituye una pena privativa o restrictiva de libertad, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación”.

Dentro de cada uno de estos tramos, el sentenciador debe escoger la pena aplicable en base a los siguientes criterios, señalados en el artículo 24²²: a) La gravedad del ilícito de que se trate; b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal; d) La edad del adolescente infractor; e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social”.

En cuanto a los límites temporales de las penas privativas de libertad aplicables a adolescentes, la LRPA establece en su artículo 18 una diferencia entre personas de 14 y 15 años y las de 16 y 17: “Las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, que se impongan a los adolescentes no podrán exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad”.

La primera propuesta contenida en el artículo único del proyecto de ley en comento, implicaría que en el tercer tramo de este sistema de determinación de sanciones se eliminaría la posibilidad de aplicar la de libertad asistida (regulada en el artículo 13) y la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad (regulada en el artículo 11), quedando entonces el abanico de sanciones aplicables reducido a dos: internación en régimen semicerrado (artículo 16) y libertad asistida especial (artículo 14)²³.

22. Y en virtud de esto es que en el art. 21 de la LRPA se excluye la aplicación del art. 69 del CP, que señala que “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

23. La diferencia entre la libertad asistida propiamente tal y la especial radica en el nivel de intensidad del control a que se somete al adolescente objeto de sanción, la que deberá constar en el plan de intervención que apruebe el tribunal. La duración máxima es la misma en ambos casos: 3 años.

De forma menos drástica que en la versión original del proyecto de ley, se genera el mismo efecto de reducir el abanico de alternativas de sanción que el tribunal puede aplicar, reservando solo las más intensas, alejándose en parte de lo que señala la CDN en el artículo 40.4, en cuanto establece para el Estado la obligación de disponer de “(...)diversas medidas (...), así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”. En este sentido es que el proyecto podría parecer regresivo en relación a la manera en que se habían plasmado en la legislación vigente los estándares internacionales ya mencionados, ya que disminuye las alternativas sancionatorias aplicables.

La segunda propuesta apunta a señalar algunas exigencias adicionales a la decisión judicial acerca del quebrantamiento, poniéndose en el caso de que el juez decida que no se trata de un “quebrantamiento grave”.

El texto vigente del artículo 52 no distingue casos graves de casos no graves, sino que señala, entre los criterios para dar aplicación a las reglas que detalla en 7 numerales²⁴, que “(...) el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento” a aplicar dichas reglas.

24. Las reglas señaladas son las siguientes: “Quebrantamiento de condena. Si el adolescente no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley, el tribunal encargado del control de la ejecución procederá, previa audiencia y según la gravedad del incumplimiento, conforme a las reglas siguientes:

- 1.-Tratándose de la multa, aplicará en forma sustitutiva la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad por un máximo de 30 horas. Si el adolescente no aceptare la medida, aplicará la libertad asistida en cualquiera de sus formas por el tiempo señalado en el numeral 3.- del presente artículo.
- 2.-Idéntica regla se seguirá en caso de infracción de la prohibición de conducir vehículos motorizados, sin perjuicio de la mantención de la prohibición por el tiempo restante.
- 3.- Tratándose del incumplimiento de las medidas de reparación del daño y prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se aplicarán en forma sustitutiva la libertad asistida en cualquiera de sus formas por un período de hasta tres meses.
- 4.- El incumplimiento de la libertad asistida se sancionará con libertad asistida especial o con internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, con una duración máxima de sesenta días, lo que se determinará según la gravedad de los hechos que fundan la medida, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta. En caso de incumplimiento reiterado de la libertad asistida, se aplicará lo dispuesto en el siguiente numeral.
- 5.- El incumplimiento de la libertad asistida especial dará lugar a la sustitución de la sanción por internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, por un período equivalente al número de días que faltaren por cumplir.
- 6.- El incumplimiento de la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social podrá sancionarse con la internación en un centro cerrado por un período no superior a los noventa días, sin perjuicio del cumplimiento de la sanción originalmente impuesta por el tiempo restante. En caso de reiteración de la misma conducta, podrá aplicarse la sustitución, en forma definitiva, por un período a fijar prudencialmente por el tribunal, que en caso alguno será superior al tiempo de duración de la condena inicialmente impuesta.
- 7.- El incumplimiento del régimen de libertad asistida en cualquiera de sus formas al que fuere sometido el adolescente en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, facultará al juez para ordenar que se sustituya su cumplimiento por la internación en régimen cerrado con programa de reinserción social por el tiempo que resta”.

En la lógica del texto legal que regula el sistema de justicia penal de los y las adolescentes, la existencia o no del quebrantamiento queda entregada a la decisión judicial, y dentro de los criterios que debe tener en cuenta al aplicar las reglas señaladas en el artículo 52 está el de “gravedad”²⁵.

Dentro de este marco, si el juez o jueza considera que no hubo quebrantamiento, no parece necesario que dé instrucciones sobre “medidas concretas” a la administración, para “evitar nuevos quebrantamientos”, como pretende la parte final del inciso segundo que se propone.

Por lo demás, la obligación que se pretende agregar en orden a “explicitar las circunstancias que lo llevan a concluir en tal sentido” resulta un imperativo claro en nuestro ordenamiento jurídico, pues todas las resoluciones judiciales deben ser fundadas²⁶. Para el plano de la aplicación de sanciones penales, el artículo 36 del Código Procesal Penal –plenamente aplicable al sistema de responsabilidad penal de adolescentes según la remisión que hace a él el artículo 27 de la Ley N° 20.084-, se encarga de señalar que “será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas”.

Como ha señalado la incipiente doctrina sobre el sistema penal de adolescentes en palabras del profesor Miguel Cillero, “las normas sobre *individualización o determinación judicial* de la sanción penal, son normas que reglan un ejercicio de interpretación jurídica, limitando por una parte el ámbito de actuación judicial y, a su vez, legitimando ciertos grados de libertad que se le otorga al juzgador, los que son contrapesados con obligaciones de fundamentación. Se trata, en síntesis, de conciliar el valor de la seguridad jurídica -que exige respetar el principio de legalidad- con la justicia del caso específico, que se expresa en la idea de la

25. En esto el proyecto de ley efectivamente aprobado se diferenció en cierta medida de la propuesta original, que en su artículo 56 se ponía en el supuesto de que el o la adolescente “no diere cumplimiento a alguna de las sanciones impuestas en virtud de la presente ley”, y tras regular en el numeral I el reemplazo de la multa o prohibición de conducir vehículos por la sanción de reparación del daño causado “por un máximo de 15 o 30 horas respectivamente, ‘según la gravedad de la infracción’, consideraba en los numerales 2 a 5 las sustituciones correspondientes en los casos de ‘incumplimiento grave, reiterado e injustificado’ del resto de las sanciones”. Ver la Historia de la Ley N° 20.043 en www.bcn.cl

26. Como ha señalado el profesor José Luis Cea: “...la fundamentación de las sentencias en la legalidad positiva vigente o, subsidiariamente, en el espíritu general de la legislación o en la equidad natural (...) figura consagrada sobre todo en el Art. 73 inciso 2° de la Carta, el Art. 24 del Código Civil, el Art. 10 inciso 2° del COT y los Arts. 160, 170 y 785 del CPC, reglamentados en el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema el 30 de Septiembre de 1920”. (Tratado de la Constitución de 1980, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 309).

pena *proporcional y adecuada* en el marco de un razonamiento que satisfaga el principio de igualdad de la interpretación de la ley penal”²⁷.

En similar sentido, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N° 10 señala que “la preservación de la seguridad pública es un objetivo legítimo del sistema judicial. Sin embargo, considera que la mejor forma de lograr ese objetivo consiste en respetar plenamente y aplicar los principios básicos y fundamentales de la justicia de menores proclamados en la Convención”²⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta lo ya señalado en la parte relativa a estándares, en cuanto a que la finalidad del sistema de RPA no es punitiva, sino que orientada a fines de reinserción social.

IV. Conclusiones

- La modificación del artículo sobre determinación de sanciones en relación a adolescentes mayores de 16 años de edad, al reducir el abanico de sanciones aplicables podría parecer regresiva en relación al estándar señalado por la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto a contar con una diversidad de medidas alternativas a la internación en instituciones.
- Su aprobación implicaría una medida que podría ser regresiva en contra del tramo superior de la edad de responsabilidad penal adolescente (personas de 16 y 17 años), que se alejaría del mandato de aplicación restrictiva de medidas privativas de libertad en relación a todos los menores de 18 años, y que diluiría en gran medida el carácter de sistema especial que la CDN requiere que tenga la respuesta estatal frente a la infracción penal adolescente.

27. Miguel Cillero Bruñol, “Proporcionalidad y fines de la sanción penal de adolescentes: consideraciones para la aplicación del criterio de idoneidad de la sanción”. En: *Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Defensoría Penal Pública, 2009, pp. 144-145.

28. Observación General N° 10, *op. cit.*, párr. 14. De esta forma, resultan sumamente preocupantes prácticas como la detención en comisarías de adolescentes que se ven involucrados en hechos que a lo más se podrían tipificar como faltas, tal cual aconteció con un estudiante de 17 años el pasado 11 de agosto, sorprendido en su establecimiento educacional con una pequeña cantidad de marihuana, y quien posteriormente a su detención y la aplicación de medidas disciplinarias en el establecimiento educativo se quitó la vida. El párrafo 28 de la misma Observación señala muy por el contrario que “el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso”.

- El inciso final que se pretende agregar al artículo 52 debería ser evaluado a la luz del sistema de reglas ante el quebrantamiento de sanciones que dicho artículo ya contempla, y teniendo en cuenta que dichas decisiones en el marco actual requieren de una adecuada fundamentación de la decisión jurisdiccional.

Minuta Proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia. Boletín N° 11424-17.

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de junio de 2018, en sesión ordinaria n° 428.

I. Resumen Ejecutivo

La tipificación de la incitación a la violencia, así como otras cuestiones relacionadas, pero que pueden distinguirse, como la difusión de mensajes de odio en contra de determinados grupos sociales o personas en particular, requiere de discusiones profundas donde lo fundamental sea poner en relieve los axiomas que permiten una convivencia social pacífica, sin que ello importe anular las diferencias. Este mismo debate amplio debe extenderse también hacia la necesidad de generar medidas para prevenir la discriminación y la estigmatización de ciertas categorías de personas que históricamente han debido enfrentar prejuicios, y no restringir la acción del Estado solo a la tipificación penal de determinadas conductas o crear nuevas acciones judiciales para imponer sanciones¹.

No todos los mensajes de odio o que inciten a la violencia dan lugar a la comisión de delitos comunes motivados por prejuicios, pero esta clase de delitos rara vez se cometerán sin una deshumanización y estigmatización previas de los grupos que resulten afectados por estas situaciones². Tanto la prohibición de la discriminación arbitraria como la prohibición de la manifestación de discursos de odio hacia ciertos grupos de la sociedad es una cuestión que puede ser abordada desde múltiples aristas por el Estado, como: la formulación de políticas públicas orientadas a prevenir la discriminación; el establecimiento de sanciones civiles o administrativas en caso de que se produzcan discriminaciones -sin una justificación objetiva y orientadas hacia un fin legítimo- en atención a determinadas características de una persona; el establecimiento de sanciones penales que se reservan para manifestaciones intencionales que promuevan de tal modo la violencia hacia ciertos grupos o personas específicas, que terminen atentando contra los principios básicos que aseguran una convivencia pacífica. Más allá del contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -parte

1. Materias relacionadas con las tratadas en este documento, han sido abordadas en las siguientes minutas legislativas del INDH: *Minuta legislativa sobre negacionismo*. Disponible en: http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/71/minuta_negacionismo.pdf?sequence=1 [Último acceso: 11 de junio de 2018.]; *Informe sobre el proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso, Boletín N° 7130-07*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/668/Informe.pdf?sequence=1> [Último acceso: 11 de junio de 2018.]

2. Izsák, Rita. Informe de la Relatora Especial sobre cuestiones de las minorías. 5 de enero de 2015. pp. 6-7.

integrante de nuestro ordenamiento jurídico mediante la norma de remisión dispuesta en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República- donde existe una prolifera prohibición de la discriminación, especialmente cuando esta se basa en ciertas categorías personales (las denominadas categorías prohibidas de discriminación), en el ámbito doméstico se han aprobado normas y modificado otras de data más antigua, a fin de asegurar en distintas esferas el derecho a la no discriminación, en complemento del derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas un trato igualitario ante la ley.

En el sentido manifestado, destaca la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación (D.O. 24.7.12) que, a pesar de su rótulo, luego de la tramitación legislativa, quedó reducida a la instauración de una acción judicial y de una agravante penal, sin que se estableciera para los órganos de la Administración del Estado la obligación de adoptar políticas, programas y acciones concretas para prevenir la comisión de acciones u omisiones discriminatorias tanto por actores públicos como particulares³.

En otras leyes de aplicación más específica, también se incorporan disposiciones contra la discriminación. En este sentido, la Ley N° 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (D.O. 7.3.97), dispone en su artículo 3°, letra c), que es un derecho básico del consumidor “el no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios”.

La Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (D.O. 10.2.10), en su artículo 7° dispone que “se entiende por igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, la ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social”. A su vez, el artículo 57 de esta ley crea una acción especial, que es conocida por los juzgados de policía local, para los casos de discriminación en razón de la discapacidad.

3. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2012*, p. 109 y ss. El año 2012, época en que fue publicada la Ley Antidiscriminación, el INDH la valoró como una normativa relevante. Sin embargo, también se manifestó que esta legislación presenta desafíos evidentes y ausencias que será necesario subsanar en el futuro. Una de las problemáticas más relevante de esta ley es que considera *a priori* razonables las distinciones, exclusiones o restricciones discriminatorias si se justifica haber actuado en ejercicio legítimo de otro derecho fundamental. Ya en el debate legislativo el INDH había advertido que ante la colisión de derechos debe corresponder al juez o jueza realizar un examen concreto de la situación, no siendo adecuado que el legislador resuelva la situación en abstracto. El INDH también ha manifestado que esta ley es débil en materia de prevención de hechos que importen discriminación. A la fecha, el Ejecutivo no ha patrocinado ningún proyecto de ley para modificar la ley antidiscriminación y resolver las problemáticas que la afectan.

El artículo 2º, inciso tercero, del Código del Trabajo dispone que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Acto seguido, en el inciso cuarto del mismo artículo, modificado por la Ley N° 20.940 (D.O. 8.9.16), se establece que “los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

La Ley N° 20.968 que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes (D.O. 22.11.16), modificó el Código Penal al incorporar estos nuevos delitos, incluyendo la protección de grupos históricamente desaventajados, que son más propensos a sufrir violencia por su condición, tales como “la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad”.

La Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, establece en el artículo 17 -modificado por la Ley N° 21.015 (D.O. 15.6.17)- que está prohibido “todo acto de discriminación arbitraria que se traduzca en exclusiones o restricciones, tales como aquellas basadas en motivos de raza o etnia, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, discapacidad, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal o enfermedad, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo”.

Como puede advertirse, el tratamiento de la discriminación reconoce múltiples y variados abordajes que en un futuro podrían ser unificados y uniformados, a fin de dar coherencia a estas manifestaciones normativas que proscriben la discriminación⁴. En este sentido, la prohibición y sanción de la incitación a la violencia hacia grupos y personas determinadas es una materia que debe ser discutida en el foro democrático correspondiente, a fin de determinar la necesidad de ser introducida en la legislación nacional.

4. Un ejemplo de esta materia es la *Equality Act* de 2010 del Reino Unido, cuyo propósito fue codificar una gran cantidad de leyes y regulaciones sobre igualdad y sentar las bases de un derecho antidiscriminatorio propiamente dicho. Legislation UK. *Equality Act*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> [Último acceso: 4 de mayo de 2018.]

La pretendida tipificación de la incitación a la violencia del proyecto de ley en análisis (Boletín N° 11424-17) se relaciona con dos proyectos anteriores que fungen de antecedente directo de la actual iniciativa que se discute: [a.] proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín N° 7130-07) y [b.] proyecto de ley que modifica el Código Penal para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica (Boletín N° 11331-07). Desde ya resulta conveniente distinguir ciertos aspectos que diferencian los alcances de cada proyecto.

[a.] El proyecto de ley que tipifica el delito de incitación al odio racial y religioso (Boletín N° 7130-07) pretende incorporar un nuevo artículo 140 bis al Código Penal para que “el que efectuar amenazas por cualquier medio o realizare manifestaciones o expresiones destinadas a promover odio, desprecio, hostilidad o amedrentamiento, respecto de personas o colectividades en razón de que profieren un culto permitido en la República, o que con acciones, palabras o amenazas ultrajare a los miembros de culto permitido en la República será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio, y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”.

[b.] El proyecto de ley que modifica el Código Penal para incorporar el delito de incitación al odio o a la violencia contra personas que indica (Boletín N° 11331-07) pretende incorporar un nuevo artículo 147 bis en el Código Penal para que “el que públicamente incitare al odio o al empleo de violencia contra personas por su raza, etnia o grupo social, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias, nacionalidad, filiación política o deportiva, o la enfermedad o discapacidad que padezca, será castigado con presidio menor en su grado medio”.

Ambos tipos penales de los proyectos indicados son más amplios que el del proyecto que se analiza en la presente minuta, puesto que este último se limita a sancionar con presidio menor en su grado mínimo (de sesenta y uno a quinientos cuarenta días) y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales al “que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo”. Es decir, mientras los otros dos proyectos se extienden hacia la penalización de la difusión de mensajes que promuevan el odio, el proyecto en análisis se limita a sancionar solamente la exhortación directa de la violencia física en contra de ciertos grupos o personas determinadas.

II. Breve concepto de *discurso de odio* y experiencias comparadas

La idea que está detrás del proyecto en análisis se relaciona con el concepto de *discurso de odio*, aunque al ser su objeto limitado a las sanciones de la incitación directa a la violencia física (como fue explicado más arriba) los elementos que son propios de la prohibición de los discursos de odio no necesariamente serán aplicables en toda su extensión al contenido del presente proyecto.

La noción de discurso de odio no posee una definición universalmente aceptada, si bien en su denominación anglófona de *hate speech*, puede definirse en términos generales como cualquier expresión abusiva, insultante, intimidante, de acoso, o que incite violencia, odio o discriminación en contra de individuos o grupos, en base a una condición específica de los mismos⁵. Esta conducta se encuentra sancionada en muchas legislaciones comparadas, ya sea alternativa o copulativamente mediante la aplicación de normativa administrativa-civil y/o penal.

La 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, el cual es *ex post*, no pudiendo constituir censura.

La legislación comparada no es conteste en cuanto al modo de enfrentar las acciones de incitación al odio. Algunos países, especialmente de Europa⁶, han optado no solo por prohibir dichas conductas, sino que también por sancionarlas tanto civil como penalmente, tipificando no solo la incitación al odio, sino que también los delitos conexos o similares, como el negacionismo, la apología al nacionalsocialismo y la incitación al genocidio. Alemania y Austria son ejemplos de esta tendencia, consagrando en el caso germano, el *Volksverhetzung* o incitación al odio popular, como un delito punible bajo el parágrafo 130 del Código Penal Alemán, titulado “Del Amotinamiento del Pueblo”, con una pena máxima

5. El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha señalado que el término incluye: “todas las formas de expresión que difundan, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por un nacionalismo agresivo y etnocéntrico, la discriminación y hostilidad hacia las minorías, migrantes o personas de origen inmigrante”(Committee of Ministers Recommendation, October 30, 1997) en referencia al caso de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Gunduz v. Turquía*, petición No. 35071/97, sentencia del 4 de diciembre de 2004, párr. 43 y párr. 22.

6. En 17 Estados Miembro de la UE (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Estonia, España, Francia, Irlanda, Letonia, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Suecia, Reino Unido, Austria, Bulgaria, Italia y Malta) la incitación al odio se encuentra tipificada como un delito penal.

de cinco años de prisión.⁷ En el caso del Reino Unido, existen varias normas que criminalizan las expresiones de odio, amenaza o insulto dirigidas a personas en razón del color de su piel, etnia, discapacidad, nacionalidad, origen étnico o nacional, religión u orientación sexual. Las penas por estos delitos pueden incluir privación de libertad o multas según su gravedad. En las antípodas del modelo alemán se encuentran los Estados Unidos. La Corte Suprema de dicho país ha interpretado de manera consistente que la Primera y Decimocuarta Enmiendas protegen la libertad de expresión, e incluso los discursos de incitación al odio⁸. La limitación del derecho de libertad de expresión requiere, para ser considerada constitucional, superar un criterio de escrutinio estricto (*strict scrutiny*). Así, se podrá prohibir un discurso, incluso si este llama al uso de la fuerza o el incumplimiento de la ley, solo cuando esta incitación esté dirigida a una acción inminente y tenga copulativamente la capacidad real de producir el efecto deseado⁹.

En el caso latinoamericano son relativamente escasas las legislaciones que poseen tipos penales específicos sancionando la incitación al odio, destacando el caso peruano en la reciente reforma a su Código Penal (otros países que poseen el tipo penal respectivo son Brasil, Bolivia y Uruguay), pero son aún mucho más escasas las aplicaciones jurisprudenciales de dichos tipos penales.

En América se presentan dos modelos o patrones normativos para hacer frente a la incitación al odio. Un primer modelo es el sancionatorio, que a su vez contempla tres niveles de respuesta: el primero es la sanción penal directa de la incitación al odio; un segundo nivel es su sanción penal accesoria (sin constituirse tipos penales autónomos, pero pudiendo configurarse como agravantes de la responsabilidad penal, etc.)¹⁰, y el tercer nivel de respuesta es la aplicación de multas y sanciones administrativas. El segundo modelo es aquel que no establece sanciones, sino que se limita a prohibir las conductas de incitación al odio, estableciendo medidas educativas y reparatorias tendientes a la erradicación de estas prácticas en la sociedad.

7. Para que un discurso de *Volksverhetzung* sea punible, la ley exige que este sea capaz de afectar de forma preocupante la paz pública, ya sea por provocar el odio contra sectores de la población, llamando a actos de violencia o despotismo contra ellos, o por atacar la dignidad humana de los demás mediante injurias, que maliciosamente desprecian o calumnian a partes de la población.

8. *Brandenburg v. Ohio* (1969), *Hess v. Indiana* (1973), *NAACP v. Clairbone Hardware* (1982) y *Snyder v. Phelps* (2011).

9. Bajo este criterio, la Corte Suprema norteamericana ha declarado constitucionalmente protegidos, inclusive manifestaciones de supremacía racial del Ku Klux Klan.

10. El Artículo 17 de la Ley N° 20.609 (que establece medidas contra la discriminación) modifica el Artículo 12 del Código Penal justamente para agregarle el siguiente agravante: "21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca".

Más recientemente, mediante la Ley Orgánica 1/2015, se introdujo en el ordenamiento español una nueva regulación de los discursos de odio y de las diversas formas de manifestación que puede adoptar. Mediante el nuevo artículo 510 del Código Penal se castiga con una pena de uno a cuatro años y multa a “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. A las mismas sanciones se exponen quienes produzcan y distribuyan escritos o cualquier clase de material que fomente o promueva el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia en contra de las personas o grupos ya indicados. Por último, con las mismas penas pueden ser sancionados quienes “públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.¹¹

Tal como puede advertirse, en la legislación comparada existen diversos modelos para prohibir y sancionar la incitación al odio y a la violencia. El elemento común a todas estas formas de regulación es la limitación de la libertad de expresión, cuestión que necesariamente deriva en el análisis de las obligaciones y estándares internacionales que existen sobre esta materia.

III. Obligaciones y estándares internacionales sobre libertad de expresiones y sus límites

El reconocimiento de la libertad de expresión como un derecho es una cuestión fundamental dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ha sido conceptualizada como un elemento de primer orden para el desarrollo de la persona y “constituye la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas”¹².

11. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439> [Último acceso: 4 de mayo de 2018.]

12. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 34 sobre el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, libertad de opinión y libertad de expresión. Párr. 2.

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Un contenido análogo se consagra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En determinadas convenciones de derechos humanos de aplicación más específica, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 13) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 21), también se reconoce la libertad de opinión y expresión y la obligación del Estado de asegurarla y protegerla en relación a los grupos especialmente tratados por dichos instrumentos.

En el ámbito interamericano, la libertad de expresión también ha sido reconocida ampliamente. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se expresa que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (artículo IV). Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Sin desconocer la robusta protección de la libertad de opinión y expresión en el ámbito internacional, los mismos instrumentos citados reconocen que bajo ciertas condiciones es posible limitar los alcances y manifestaciones de este derecho, a fin de asegurar que siempre sea ejercido lícitamente y sin alterar el goce de los derechos por parte de terceros. En este orden de ideas, el mismo artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y expresión entraña deberes y responsabilidades y que puede verse sujeto a determinadas restricciones, las que siempre deben estar establecidas legalmente, para asegurar el respeto a los derechos y reputación de los demás, y para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone estándares similares a los del artículo 19 del Pacto a fin de establecer limitaciones al derecho a la libertad de opinión y expresión.

De modo más específico, el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión “no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar

expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". En interpretación de la jurisprudencia interamericana, esta norma exige el cumplimiento de tres condiciones para que una limitación a la libertad de expresión sea admisible¹³:

(1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material,

(2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y

(3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.

Más estrictamente, el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que es posible prohibir por ley, lo que es distinto a penalizar, la manifestación de determinadas ideas, como la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Un contenido análogo puede encontrarse en el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El instrumento internacional donde puede encontrarse un mayor contenido sobre la prohibición y sanción de los discursos de odio que incitan a la violencia es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD). Este instrumento dispone en su artículo 4:

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de

13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. p. 24. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> [Último acceso: 15 de mayo de 2018.]

Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

La amplitud con que la CERD autoriza a los Estados a sancionar los discursos de odio, siempre dentro de su dominio, conforme al artículo 4 previamente citado, guarda relación con la gravedad con que la comunidad internacional califica la proliferación de estas conductas, entendiéndolas “como una forma de discurso dirigido a los demás que rechaza los principios fundamentales de derechos humanos relativos a la dignidad humana y la igualdad y pretende rebajar el lugar que ocupan determinados individuos y grupos en la estima de la sociedad”.¹⁴

IV. Análisis del proyecto de ley

El proyecto de ley en análisis se compone de tres artículos en virtud de los cuales se introducen modificaciones al Código Penal, se deroga un artículo específico de la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, e introduce modificaciones a la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

14. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación general N° 35, la lucha contra el discurso de odio racista. Párr. 10.

Artículo del proyecto de ley	Contenido del artículo del proyecto de ley	Norma existente con la modificación propuesta
Artículo 1. Introduce la siguiente modificación al Código Penal.	Artículo 161-C.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, incitare directamente a la violencia física en contra de un grupo de personas o de un miembro de tal grupo, basado en la raza, origen nacional o étnico, sexo, orientación sexual, identidad de género, religión o creencias de la víctima, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de treinta a cincuenta unidades tributarias mensuales. La pena corporal asignada en el inciso anterior se aumentará en un grado, y la multa se impondrá en su grado máximo, cuando las conductas se hubieren realizado por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de su cargo.	***
Artículo 2. Deroga el artículo 31 de la Ley N° 19.733, sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo ¹⁵ .	***	***

15. Ley N° 19.733, artículo 31: El 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 de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 3. Modificaciones a la Ley N° 20.393.	Intercálese, en el artículo 1, después de la frase “y en los artículos” y antes de “250, 251 bis y 456 bis A”, la expresión “161-C,”.	Artículo 1°.- Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 161-C, 250, 251 bis y 456 bis A del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.
Artículo 3. Modificaciones a la Ley N° 20.393.	Intercálese, en el artículo 15, entre las frases “sancionados en los artículos” y “250 y 251 bis del Código Penal”, la expresión “161-C,”.	Artículo 15.- Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 161-C, 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior.

En lo que respecta al establecimiento de un nuevo tipo penal para sancionar la incitación a la violencia, conforme a los términos del artículo 1º del proyecto, debe tenerse en cuenta lo que ya se ha mencionado en el sentido de que no se trata de la criminalización de los simples discursos con contenido odioso, ya que el nuevo artículo 161-C que se propone introducir al Código Penal exige que se incite directamente a la violencia física, cuestión que es integrante del *iter criminis*, es decir, de las fases que son reconocidas en el Derecho Penal y a las cuales podría atribuirse una sanción determinada. En este sentido, el tipo penal del nuevo artículo 161-C, que se busca introducir a nuestra legislación, pretende sancionar la provocación para delinquir, aun cuando las conductas violentas a las cuales se exhorta no lleguen a ejecutarse (en caso contrario, quien incita a la violencia física, como manifiesta el proyecto, y en caso de que el delito se cometa, podría ser condenado como autor de dicho delito conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, al disponer que se consideran autores los que inducen directamente a otro a ejecutar un delito)¹⁶.

El establecimiento del tipo penal del artículo 161-C ni siquiera debe ser entendido como una limitación o restricción al derecho a la libertad de opinión y expresión -ampliamente reconocida en las normas internacionales y también en el dominio interno-, puesto que esta no se extiende hasta la protección de las manifestaciones que dolosamente llamen a cometer crímenes o delitos en contra de un grupo o de una persona determinada.

Respecto del mismo artículo, cabe precisar la conveniencia de incorporar otros motivos como las “ideas políticas” o el “color de la piel” o “apariencia física”, a fin de establecer mayor protección a grupos que, en atención a la coyuntura social, podrían verse afectados por hechos de violencia.

En virtud del artículo 2º del proyecto de ley se deroga la sanción que al día de hoy existe en nuestro derecho, dispuesta en el artículo 31 de la Ley N° 19.733, para castigar a las personas que por cualquier medio de comunicación social difunda contenido que promueva el odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad. Conforme al artículo 2º de la Ley N° 19.733 se entiende por medio de comunicación social “aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”.

16. Artículo 15 del Código Penal: Se consideran autores: 1º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. 2º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. 3º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Ya que el contenido del tipo penal del nuevo artículo 161-C es más estricto que lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley N° 19.733, no parece lógico que este sea derogado, pues ambas sanciones, a pesar de ser diferentes en su intensidad ya que la primera corresponde a una pena corporal y la segunda se refiere únicamente a la imposición de una multa, responden a hipótesis de hecho que son diferentes entre sí.

La sanción del artículo 31 de la Ley N° 19.733 es compatible con el margen que los instrumentos internacionales otorgan al Estado para establecer restricciones a la libertad de expresión, tal como se expresa en el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone, según se ha visto más arriba, que toda incitación a la discriminación, hostilidad o violencia será prohibida por ley.

A su turno, las modificaciones a la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducidas por el artículo 3° del proyecto de ley, tienen por objeto que las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado respondan penalmente cuando ciertos delitos fueran cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión de tales delitos fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión, aspecto que se traduce en la obligación de establecer procedimientos para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de estas.

V. Conclusiones

En general, el INDH valora el proyecto en análisis, aun cuando también advierte pertinencia de enmarcar su discusión en un contexto más amplio que aborde la necesidad de contar con una adecuada regulación de la prohibición y sanción de la incitación a la violencia, entendida como un continuo de la discriminación, estigmatización y deshumanización que ha afectado a ciertos grupos de personas. En este sentido, el INDH precisa lo siguiente:

- a. Mediante el nuevo tipo que se pretende introducir en el Código Penal, se sanciona la incitación directa de la violencia física en contra de un grupo o una persona determinada, regulación concordante con la gravedad de las conductas que se pretende prohibir.
- b. Se advierte la necesidad de incorporar otros motivos como las “ideas políticas” o el “color de la piel” o “apariencia física”.
- c. Es necesario modificar la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, a fin de establecer la obligación de los órganos de la Administración del

Estado de crear políticas, programas y acciones orientadas a prevenir la discriminación y la violencia hacia determinados grupos, de manera que la legislación no quede reducida simplemente a acciones judiciales y sanciones (ya sean administrativas, civiles o penales) por la ocurrencia de hechos u omisiones de dicha naturaleza, sino que se avance gradualmente en el establecimiento de un modelo preventivo orientado hacia la valoración de la diversidad social.

d. Debe discutirse la posibilidad de establecer sanciones a quienes públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas, o enaltezcan a sus autores o autoras.

2

Tortura y derechos humanos

Minuta sobre el proyecto de ley que designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Boletín N° 11245-17

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 9 de abril de 2018, en sesión ordinaria n° 417.

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley en informe se sitúa en un contexto mundial orientado a establecer mecanismos efectivos de prevención y protección frente a situaciones de tortura, en lugares donde se pudieran encontrar personas privadas de su libertad, reservados a la vigilancia del Estado o con su consentimiento expreso o tácito.

El antecedente que gatilla este esfuerzo es la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura. El Protocolo consagra un sistema de visitas a recintos de privación de libertad, de carácter preventivo e internacional, a cargo del Subcomité para la Prevención contra la Tortura. A su vez, establece para los Estados involucrados la obligación de designar Mecanismos Nacionales de Prevención de la Tortura – en adelante, MNPT – que actúan en la esfera nacional, resguardando de manera más inmediata y directa los bienes jurídicos involucrados. El objetivo que persigue el proyecto de ley es cumplir con la obligación planteada en el Protocolo Facultativo, en lo relativo a establecer en nuestro país un organismo que cumpla los roles de MNPT.

Dentro de tal ámbito, el proyecto toma una decisión orgánica en el sentido de establecer el MNPT dentro del Instituto Nacional de Derechos Humanos -en adelante, INDH-, siguiendo el camino que han tomado varios de los países que han pasado por este proceso. Esta decisión, considerando la estructura y características actuales del INDH y los lineamientos que han dado diversos organismos internacionales, nos parece del todo correcta y, por lo tanto, manifestamos la existencia de una concordancia entre los objetivos que establece el Protocolo y las metas que se propone el proyecto de ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el informe plantea algunas observaciones de carácter menor al articulado del proyecto de ley en análisis.

II. Antecedentes

El proyecto de ley que designa al INDH como MNPT tiene su origen en el mensaje presidencial N° 024-365. A la fecha de emisión de este informe, el proyecto se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados.

La tortura es una de las más graves violaciones a los derechos humanos, cuya prohibición es absoluta tanto en los ordenamientos internacionales como en las legislaciones domésticas o nacionales. La prohibición de la tortura es doble: consuetudinaria y convencional. Consuetudinaria en cuanto es una norma imperativa de derecho internacional, *jus cogens*, aceptada y reconocida por la comunidad internacional, que no admite acuerdo en contrario. Convencional, en cuanto los tratados de carácter universal y regional establecen su prohibición absoluta y el derecho de todo ser humano a no ser objeto de torturas.

Del mismo modo, en el Derecho Internacional Humanitario, los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra contienen normas que prohíben la tortura y los malos tratos.

En el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera referencia se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹.

Con posterioridad, ha habido un conjunto de instrumentos internacionales y regionales que han establecido la misma prohibición contra la tortura. Así en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) señaló en su artículo 7° la prohibición de la tortura y los malos tratos². El 10 de diciembre de 1984, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CAT), junto con definir el concepto de tortura³, establece un conjunto de obligaciones para los Estados partes, particularmente las

1. Art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2. Artículo 7 del PIDCP: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

3. Art. 1 de la CAT: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

de tomar todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción, a no expulsar o extraditar a personas a otros estados cuando hay razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura y a velar para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal⁴ y conlleven penas adecuadas a la gravedad del delito. Asimismo, señala en el artículo 12 de la Convención contra la Tortura la obligación del Estado de realizar una investigación pronta e imparcial cuando haya motivos suficientes para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura.

En América Latina, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece la obligación estatal de prevenir y sancionar la tortura⁵ y la obligación de no aplicar la tortura justificando la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas, ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario⁶.

Todo este esfuerzo internacional y regional, sin embargo, no ha sido suficiente para evitar actos de tortura, de tal manera que el derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado para dar un mayor énfasis a la prevención de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes⁷.

Esta constatación llevó a que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptara en diciembre de 2002 un Protocolo cuyo objetivo es asegurar la implementación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruelles, Inhumanos y Degradantes en el ámbito nacional, mediante la creación y fortalecimiento de mecanismos nacionales destinados a prevenir actos de tortura. Los Estados Partes que ratificaron el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, en adelante Protocolo, deben establecer o designar estos mecanismos, independientes y autónomos, los cuales deben estar dotados de las garantías y facultades imprescindibles para visitar a personas privadas de libertad.

4. Art. 2, 3 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

5. Art. I de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

6. *Ibid.*, Art. 5.

7. "La idea de prevenir la tortura mediante la inspección regular de los lugares de detención llevada a cabo por órganos externos independientes fue concebida y conceptualizada de modo sistemático en la década de los setenta por Jean-Jacques Gautier; quien se inspiró en la experiencia de visitas del Comité Internacional de la Cruz Roja". Anexo II Mecanismos Nacionales de Visita Categoría y Evaluación. Documento de antecedentes para el Seminario de la APT "Mecanismos Nacionales de Visita en el Mundo: Prácticas y Lecciones Aprendidas". Walter Suntinger, 26 de junio de 2003.

De acuerdo a lo señalado por el INDH, “[e]l supuesto bajo el que opera un mecanismo de este tipo es que, al visibilizar los espacios y lugares destinados a mantener personas privadas de libertad mediante el acceso de observadores independientes, se pueden prevenir situaciones que vulneren la integridad psíquica o física. Es, al mismo tiempo, una herramienta que promueve la rendición de cuentas y permite la formulación de recomendaciones encaminadas a garantizar el deber de custodia que el Estado tiene respecto de las personas privadas de libertad”⁸.

En total, actualmente son 83 los estados que han ratificado el protocolo, de los cuales 65 han designado o establecido un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en su ordenamiento. En América Latina, 14 estados son parte del Protocolo. De ellos, seis han optado por la creación de una institución especializada en la prevención de la tortura, entre ellos Argentina, Honduras y Paraguay, mientras que ocho han designado a otra institución existente, como Uruguay, Ecuador, Costa Rica y México.

En el ámbito interno, la norma fundamental en esta esfera es el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de todas las personas, reconociendo además “la prohibición de la aplicación de todo apremio ilegítimo”. Dentro de este contexto, cabe destacar también la publicación de la Ley N° 20.968 el 22 de noviembre del año 2016, que tipifica el delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. La entrada en vigencia de esta nueva normativa incorporó en el Código Penal nuevos delitos tales como el de tortura, apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por otro lado, cabe tener en cuenta algunas de las recomendaciones formuladas en el año 2009 a Chile por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en el marco del examen al Informe presentado por el Estado, entre ellas, aquella que señala que el Estado Parte deberá “adoptar medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales de los centros penitenciarios, reducir el hacinamiento existente y garantizar debidamente las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad”, y especialmente, aquella que insta al Estado Parte a “establecer un mecanismo nacional de prevención que tenga competencia para efectuar visitas periódicas a centros de detención a fin de implementar plenamente el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura”⁹.

8. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2012*, p. 85.

9. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención. Observaciones Finales del Comité Contra la Tortura. CAT/C/CHL/CO/5, del 23 de junio de 2009.

Finalmente, cabe tener presente que, a través de sus informes anuales de los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2016, el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha sido reiterativo en señalar la necesidad de cumplir con la obligación internacional del Estado de Chile y establecer en el país un MNPT, formulando diversas recomendaciones al respecto. El Informe Anual del año 2014 recordaría que “[e]l Estado de Chile informó en diversas oportunidades que designaría al INDH como mecanismo nacional de prevención contra la tortura. El 28 de diciembre de 2009 mediante comunicación al Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Estado anunció que había determinado entregar la función del mecanismo nacional de prevención al INDH. El Estado reiteró esta afirmación en el Cuarto Informe Anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el 3 de febrero de 2011, y ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en marzo de 2012, al señalar que se estaba analizando la manera en que sería implementado”¹⁰. En el Informe del año 2016 se señala que “[e]n relación con el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, el INDH reitera su recomendación al Poder Ejecutivo de avanzar en su instalación, en cumplimiento al Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, por medio de una ley que formalice y financie de forma permanente dicha institucionalidad”¹¹.

III. Análisis del proyecto de ley

I. Requisitos de un MNPT de conformidad con la normativa internacional

El Protocolo no regula la forma que debe tener cada Mecanismo, permitiendo incluso contar con uno o varios¹², solo señala el plazo en que estos deben constituirse una vez hecha la designación¹³ y permite que la obligación se concrete a través del establecimiento

10. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2014*, p. 40.

11. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2016*, p. 295.

12. Art. 17 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

“Cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo, o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados como mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones”.

13. Artículo 24 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

“1. Una vez ratificado el presente Protocolo, los Estados Partes podrán hacer una declaración para aplazar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la parte III o de la parte IV.

2. Este aplazamiento tendrá validez por un período máximo de tres años. Una vez que el Estado Parte haga las presentaciones del caso y previa consulta con el Subcomité para la Prevención, el Comité contra la Tortura podrá

de un nuevo órgano con el mandato o la designación de un órgano ya existente, a quien se le otorga el mandato.

Junto con las disposiciones contenidas en el Protocolo, los Mecanismos se regirán por los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales para la protección y promoción de los derechos humanos de las Naciones Unidas¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el Protocolo en su parte IV¹⁵ establece un conjunto de principios que constituyen requisitos mínimos para garantizar un actuar eficaz y autónomo, y que son complementados con las Directrices relativas a los Mecanismos Nacionales de Prevención, elaborados por el Subcomité.

a) Mandato

El mandato del MNPT debe ser el fortalecimiento de la protección de las personas privadas de libertad con el objeto de prevenir que sean torturadas o sometidas a tratos crueles, inhumanos o degradantes, mediante un sistema de visitas periódicas, a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes, a cualquier lugar bajo la jurisdicción y control del Estado, donde se encuentren o pudieren encontrar personas privadas de libertad, ya sea por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito.

Se debe entender por privación de libertad cualquier forma de detención, retención, encarcelamiento, custodia o reclusión de una persona en un lugar público o privado, desde el cual la persona no puede abandonar libremente el lugar.

b) Independencia funcional y financiera

La independencia del MNPT se debe expresar en el conjunto de atributos y facultades en lo relativo a su composición, nombramiento de personal, definición de planes y programas, presupuesto y ejecución del mismo.

Su independencia funcional se manifiesta en que no debe tener dependencia del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, asegurando que ninguno de estos poderes pueda influir en

prorrogar este período por otros dos años”.

14. Principios de París.

15. Art. 17 al 23 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

sus funciones, condicionar su actuar o impedir su trabajo. Se debe otorgar completa y total certeza a la ciudadanía y a las personas cuya libertad se encuentra restringida como del personal que lo compone, de esta condición.

Se debe evitar la designación de personas que ocupen actualmente cargos en el gobierno, en el sistema de administración de justicia o en órganos del estado que tengan funciones en el ámbito del sistema penitenciario, ni que pertenezcan a las fuerzas armadas, de orden y seguridad, ni autoridades políticas. Tras la designación de cualquier miembro del Mecanismo, se debe evitar los conflictos de intereses¹⁶.

Su independencia financiera debe permitir contar con los recursos humanos y financieros suficientes que le permitan realizar visitas de manera periódica a lugares de detención, controlar su propio presupuesto, contar con patrimonio propio y posibilidad de acceder a fondos.

c) Competencia ética y técnica de sus miembros

Se requiere que los expertos y expertas que conforman el Mecanismo tengan los conocimientos y aptitudes requeridas para la función, con un pleno compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos. Estas cualidades no solo deben estar presentes en las aptitudes individuales de las personas que realizan las tareas asignadas al MNPT, sino que se debe asegurar que los miembros del Mecanismo posean colectivamente los conocimientos profesionales y la experiencia necesaria que garanticen la eficacia de su funcionamiento¹⁷, incluidos conocimientos especializados en materia jurídica y de atención de salud.

Se debe asegurar una representación equilibrada de hombres y mujeres, como asimismo una representación adecuada de pueblos indígenas, diversidad sexual, diversidad lingüística, etc.¹⁸.

El procedimiento de selección de sus miembros debe ser transparente, inclusivo y participativo. El nombramiento de sus miembros deberá estar señalado en un procedimiento

16. Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. Párr. 18 y 19. CAT/OP/12/5.

17. Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. Párr. 17, AT/OP/12/5.

18. Art. 18 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

“2. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias a fin de garantizar que los expertos del mecanismo nacional de prevención tengan las aptitudes y los conocimientos profesionales requeridos. Se tendrá igualmente en cuenta el equilibrio de género y la adecuada representación de los grupos étnicos y minoritarios del país”.

previamente establecido, darse publicidad a los criterios de selección y bases de postulación, generando los espacios para que la ciudadanía pueda tomar conocimiento debidamente, participar y realizar labores de control¹⁹.

d) Amplias capacidades supervisoras en el contexto de un concepto amplio de detención y privación de libertad

Sin perjuicio del rango legal que deba tener la designación o establecimiento del Mecanismo, se requiere señalar de manera precisa y exhaustiva las atribuciones con las que cuenta el Mecanismo, debiendo a lo menos tener:

Acceso a los lugares de privación de libertad.

Acceso a información de las condiciones en que se encuentran las personas detenidas (cantidad, lugares, registros médicos, dietas y tipos de comidas que se reciben, horas de encierro, tiempo dedicado a ejercicios físicos o de trabajo, etc.).

Facultad para elaborar informes que contengan recomendaciones.

Capacidad para producir información y realizar propuestas de políticas públicas.

Realización de actividades de capacitación y sensibilización.

e) Garantía de inmunidad para quienes dirigen el Mecanismo

Sus miembros no serán objeto de sanciones en el ejercicio de sus funciones, gozando de prerrogativas e inmunidades²⁰. El Protocolo le reconoce las prerrogativas e inmunidades establecidas en la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas, lo que significa que sus miembros gozan de inmunidad, en relación con su labor y durante la vigencia de su mandato, contra el arresto, la detención y embargo de su equipaje personal, y contra la incautación y control de cualquier material o documento. Asimismo, gozarán de inmunidad durante y con posterioridad al ejercicio de su cargo contra toda acción judicial por cualquier acto realizado en el cumplimiento de sus funciones.

19. Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención. Párr. 16. CAT/OP/12/5.

20. Art. 35 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

f) Principio de confidencialidad o reserva

Cualquier declaración o información obtenida, como asimismo los datos personales obtenidos en la ejecución de sus atribuciones, serán confidenciales²¹, a menos que de manera expresa se hubiera permitido su divulgación por parte de la persona que dio la información²².

Resulta de vital importancia que los miembros del Mecanismo puedan establecer una relación de confianza tanto con las personas que se encuentran privadas de libertad como con funcionarios/as o agentes del estado que puedan contar con información relativa a prácticas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

g) Principio de colaboración

Para el diseño y programación del sistema de visitas se requiere que el MNPT cuente con todas las facilidades para disponer la información que se requiere para tener un cabal conocimiento de las condiciones en las cuales se encuentran las personas detenidas como asimismo instancias de interlocución para implementar las recomendaciones generales y específicas que emanen de los informes respectivos y comprometerse a publicar y difundir los informes anuales. El MNPT se relacionará con las entidades públicas y privadas vinculadas con el mandato, en los términos y condiciones que estime conveniente. Serán de vital importancia las coordinaciones que realice con la sociedad civil para el desarrollo de sus actividades.

En general, debe señalarse que el proyecto de ley en análisis aborda y resuelve correctamente gran parte de estos requisitos, sin perjuicio de lo que se señalará en el acápite 3 de esta sección.

2. Sobre la determinación de alojar el MNP en el INDH

Son numerosos los estados que han pasado por procesos similares al que se plantea en Chile, por lo que uno de los primeros pasos lógicos para realizar una aproximación al tema consiste en la posibilidad de ver sus procesos. En este sentido, uno de los primeros países en realizar el proceso de adecuación a las responsabilidades consagradas en el Protocolo fue Uruguay, que mediante la Ley N° 18.446 del año 2008 asignó la función de MNPT a

21. El INDH estima que será relevante la regulación que se haga de este aspecto en el futuro Reglamento del Mecanismo.

22. Art. 21 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo de la República Oriental de Uruguay²³, haciéndolo dependiente, por tanto, de un organismo preexistente. Dentro de la Defensoría, se crea una dirección para tales efectos. Similares casos se observan en Perú y Ecuador, con direcciones o departamentos especializados dentro de los INDH. Igual camino recorrió Costa Rica, que mediante la Ley N° 9.204 de 2014²⁴ creó el “Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Este se hace dependiente de la Defensoría de los Habitantes²⁵, expresando una desconcentración máxima dentro de la institución ya que no es equiparada a ninguna otra Dirección. En Panamá se designó como MNPT a la Defensoría del Pueblo, con una Dirección Nacional para tales efectos. España también optó por una medida similar, otorgando la condición de MNPT al Defensor del Pueblo mediante la Ley Orgánica 1/2009²⁶.

Por el contrario, un ejemplo paradigmático en la región que optó por un camino distinto, es decir, la consagración de una nueva institucionalidad no previamente existente, como MNPT, fue Argentina, mediante la Ley N° 26.827 que creó el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²⁷. En la reglamentación de esta ley se estableció además la creación de Mecanismos Locales de Prevención en las provincias y en Buenos Aires. Se justifica el alejamiento de los lineamientos generales del resto de los países de la región por las características particulares con las que cuenta el país dentro del subcontinente, siendo el único, junto con Brasil, en contar con una estructura federal. Este asunto, junto con la extensión y población del país, generaron especiales desafíos jurisdiccionales, de competencia, políticos, considerando además el alto número de lugares de detención. Por lo tanto, durante la discusión de la ley y el proceso de implementación se sostuvo que la creación de un Mecanismo Nacional y de Mecanismos Locales independientes a otras instituciones era la decisión correcta por las ventajas que implicaba tan solo considerando las características intrínsecas del país vecino, presentando ventajas en temas como periodicidad y cobertura.

Otro elemento relevante a considerar para fundamentar la decisión tomada por el legislador al hacer dependiente el futuro MNPT del INDH, son los requisitos establecidos por la

23. Toda la información disponible en la página en la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo de Uruguay. Rescatado en: <http://inddhh.gub.uy/informe-anual-mnp-2014/>

24. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9535.pdf?view=1>

25. “La Defensoría de los Habitantes como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura”. Rescatado en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/NPM/Ombudsman_report_CostaRica.pdf

26. Información disponible en el sitio web de los “Defensores del Pueblo”. Rescatado de: <https://www.defensordelpueblo.es/mnp/defensor-mnp/>

27. Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/derechoshumanos/areas-tematicas/protocolo-facultativo-de-la-convencion-contra-la-tortura-y-otros-tratos/implementacion-del-sistema-nacional-de-prevencion-de-la-tortura.aspx>

normativa internacional, a los cuales aludimos en el acápite anterior. Asimismo, resultan relevantes los argumentos y consejos esgrimidos por la Asociación de Prevención de la Tortura (APT) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, efectuados en base a la normativa internacional y las recomendaciones del sistema universal²⁸. Estas organizaciones dan ciertos lineamientos a considerar al momento de implementar el Protocolo de las Naciones Unidas, refiriendo varias características indispensables para la configuración de un entendimiento adecuado de los MNPT²⁹.

En cuanto a las dos principales alternativas que existen para la consagración de los MNPT, consistente en la posibilidad de designar un órgano existente para llevar a cabo tal labor o crear uno nuevo, el citado informe de la APT recomienda tomar en cuenta la complejidad del país, geografía y su estructura financiera y administrativa para tomar una decisión, con tal de que complemente los sistemas existentes, en vez de sustituirlos o duplicarlos.

En el caso de Chile, la opción de crear un nuevo organismo encuentra dificultades en el proceso de establecer legitimidad, credibilidad e independencia frente a la opinión pública. Implica también mayores dificultades en esfuerzos financieros, logísticos y de administración, dada la extensión de nuestro país.

Respecto a la designación de un organismo ya existente como el INDH, debe tenerse en cuenta, en primer término, que de acuerdo a lo prescrito por el artículo 18.4 del

28. *El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura: Manual para su Implementación* (2010). IIDH y APT. Rescatado en: http://www.apr.ch/content/files_res/opcat-manual-english-revised2010.pdf

29. Las siguientes serían características indispensables que debería observar un MNPT:

- Independencia funcional, financiera y de sus integrantes.
- Composición que garantice las capacidades y preparación de sus miembros.
- Acceso a todos los lugares de privación de libertad. Incluye estaciones de policía, centros preventivos, correccionales juveniles, centros de atención social, instituciones psiquiátricas, centros de detención de inmigrantes y lugares de detención extraoficiales.
- Acceso a la información. Toda la relacionada con administración, tratamiento y condiciones de los privados de libertad.
- Acceso a personas. Deberá facultarse un lugar para realizar entrevistas privadas con aquellas personas seleccionadas. También implica la capacidad de entrevistar en el lugar de privación de libertad y a cualquier persona pertinente al mandato de privación.
- Informes y recomendaciones. Las visitas realizadas deben ser fundamentos de los informes y recomendaciones que se propongan para mejorar los sistemas de privación de libertad. El MNP deberá, por tanto, emitir un informe anual sobre la situación de la prevención de la tortura.
- Observaciones sobre la legislación. Capacidad de presentar propuestas y observaciones sobre la legislación vigente y los anteproyectos relativos a la prevención de tortura.
- Privilegios, inmunidades y protección contra represalias. El Protocolo Facultativo contiene disposiciones específicas a este respecto, incluyendo inmunidad de arresto, de decomiso de equipaje personal e interferencia de las comunicaciones.

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, el INDH es una institución que en su creación, establecimiento y funcionamiento ha tenido debidamente en cuenta los Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, mejor conocidos como los Principios de París. Esto le ha valido la acreditación con la máxima calificación (A) por parte de Naciones Unidas, por el trabajo que ha desarrollado como organismo estatal autónomo.

Con la designación del INDH como MNPT se estaría garantizando la *independencia funcional y financiera del organismo* ya que el proyecto de ley no lo hace tener dependencia de ninguno de los poderes del Estado, asegurando que ninguno de estos poderes pueda influir en sus funciones, condicionar su actuar o impedir su trabajo.

La independencia económica deberá ser garantizada al permitirle contar con los recursos humanos y financieros suficientes que le permitan realizar su labor, controlar su propio presupuesto, contar con patrimonio propio y posibilidad de acceder a fondos. En este sentido, parece correcta la decisión anunciada por el Ministerio de Hacienda de tener una glosa presupuestaria aparte del presupuesto general del INDH, para los fondos públicos que reciba el MNPT.

El INDH goza además de una amplia legitimidad y credibilidad de la cual el mecanismo podrá profitar a la hora de su establecimiento. Su dirección superior radica en un órgano cuya composición responde en parte a las condiciones exigidas por las normas internacionales, considerando por un lado que se integra por personas designadas por diversas entidades del sector público y de la sociedad civil y, por otro, que sus integrantes son personas de reconocido prestigio en el ámbito de los derechos humanos.

Igualmente, no se debe desconocer que en la actualidad el INDH cumple algunas de las funciones que la ley le asignaría al futuro MNPT. Así, el artículo 4 de la Ley N° 20.405 que crea el Instituto señala que el INDH, para el ejercicio de sus atribuciones, puede comisionar a los personeros para ingresar a recintos públicos, en los que se encuentren o puedan encontrarse personas privadas de libertad.

Respecto de esta norma, el INDH hizo una solicitud sobre el ejercicio de esta facultad con relación a la procedencia de acceder a los vehículos policiales. En el Dictamen 58070 de la Contraloría General de la República, del mes de septiembre de 2012, dicho órgano se pronunció. En la parte pertinente, en el dictamen referido se señala que es importante considerar que el cometido del INDH se relaciona con las regulaciones sobre los derechos humanos, que el Estado chileno ha reconocido y aceptado a través de los acuerdos internacionales, las cuales pueden servir para interpretar el alcance de las disposiciones legales de carácter orgánico que rigen al INDH.

Asimismo se señala que “...entre los instrumentos internacionales que se vinculan a la materia que interesa, cabe consignar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, promulgada mediante el decreto N° 808, de 1988, del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuyo artículo II establece, en lo pertinente, que todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en su territorio, a fin de evitar todo caso de tortura.

Igualmente, en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el 131° período ordinario de sesiones, celebrado en marzo de 2008, se expresa en el N° XXIV, sobre 'Inspecciones institucionales', que de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional se podrán efectuar visitas e inspecciones periódicas en los lugares de privación de libertad por parte de instituciones nacionales, a fin de verificar, en todo momento y circunstancia, las condiciones de privación de libertad y el respeto de los derechos humanos, añadiéndose que al practicarse las inspecciones se permitirá y garantizará el acceso a todas las instalaciones de los lugares de privación de libertad”.

A partir del dictamen indicado quedó establecido que el INDH tiene la facultad de ingresar a todo tipo de instalación donde puedan estar personas privadas de libertad para efectuar inspecciones en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, el INDH tiene facultades legales relacionadas con el análisis de la situación de los derechos humanos en Chile, y de comunicar al gobierno y a los distintos órganos del Estado su opinión sobre las mismas, pudiendo solicitar la información respectiva y formular proposiciones para que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales ratificados y vigentes, entre las que se encuentran la Convención y el Protocolo. Con ello, las facultades del INDH podrán debidamente reforzar las competencias propias del MNPT.

3. Comentarios al articulado del proyecto de ley

a. Artículo 2, letra a): El INDH considera que sería positivo, en aras de lograr mayores grados de protección, el adoptar la línea seguida por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que en su artículo 2° definió la tortura como todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con finalidades que se mencionaron a modo meramente ejemplificador y no taxativo. De esta manera, se sugiere agregar la expresión “o con cualquier otro fin” después de la expresión actual del proyecto de ley, “coaccionar a esa persona”.

b. Artículo 3, letra b): En orden a evitar que se confundan las atribuciones que tiene actualmente el INDH en materia de visitas a recintos de detención, con las del futuro MNPT, o que se entienda que este reemplazaría al INDH en sus funciones (entendimiento a nuestro juicio errado), se sugiere agregar al inicio del numeral la expresión “sin perjuicio de las atribuciones del Instituto Nacional de Derechos Humanos”.

c. Artículo 3, letra f): En orden a que la solicitud y recepción de información sea eficaz, se sugiere establecer un plazo de respuesta o la facultad del MNPT para establecerlo.

d. Artículo 3, letra k): De manera de asegurar las debidas coordinaciones entre el informe anual del MNPT con aquel que elabora el INDH, se sugiere explicitar que el informe del MNPT sea aprobado a través del Consejo del INDH. Por lo demás, esto posibilitaría incluir las conclusiones del informe MNPT en las recomendaciones del INDH, las cuales según el artículo 14 bis de la Ley N° 20.885 que creó la Subsecretaría de Derechos Humanos deben ser consideradas al momento de formular el Plan Nacional de Derechos Humanos.

e. Artículo 3, letra l): Se sugiere agregar la palabra “proponer” antes de “realizar”, de manera que las actividades que emprenda el MNPT no sean vistas como una imposición al INDH.

f. Artículo 3, letra m): Se sugiere agregar la palabra “proponer” antes de “celebrar”, ya que es el INDH quien mantiene la capacidad jurídica de celebrar los convenios.

g. Artículo 4: Dentro de las prohibiciones impuestas a las autoridades y funcionarios/as de los lugares de privación de libertad, se encuentra aquella consistente en proscribir la aplicación de represalias contra expertos y expertas del MNPT por el ejercicio de sus funciones, o contra alguna persona por comunicar a los expertos y expertas información acerca de torturas. El proyecto de ley considera sanciones administrativas, en calidad de infracciones graves a la probidad. Dada la importancia del bien jurídico protegido, el INDH se permite sugerir se considere la posibilidad de elevar la gravedad de la sanción, especialmente para la letra b) del articulado, estableciendo alguna sanción de tipo penal, ya sea con penalidad de multa o de prisión.

h. Artículo 5: En cuanto al número mínimo de expertos y expertas integrantes del MNPT, el INDH considera que este debiera reducirse a 5, de manera de aprovechar de una mejor manera los recursos financieros que le asigna el proyecto de ley al mecanismo y, así, poder contratar más profesionales coadyuvantes a los expertos y expertas.

i. Artículo 7: Respecto de las inhabilidades para integrar el Comité de expertos y expertas, el INDH considera que aquella parte de la norma que señala que no podrán integrarlo las personas que hayan tenido “dichas calidades hasta dos años antes de su nombramiento”, debiera dejarse solamente para funcionarios/as de grado directivo de las instituciones que tengan un rol de custodia o de supervisión de las condiciones de personas privadas de libertad y que sean fiscalizadas por el Mecanismo. Ello, debido a la dificultad que se ha visto en la práctica de nombrar consejeros/as para el INDH, la escasez que existe en el país de personas con probada trayectoria en la promoción y protección de los derechos humanos, como, también, porque se excluiría a todos los/as funcionarios/as públicos/as, con lo cual se hace casi imposible encontrar personas preparadas en las calidades que exige el ser experto/a del MNPT.

j. Artículo 8: En el inciso segundo, se sugiere precisar que, en el ejercicio de sus funciones, la incompatibilidad para participar en calidad de parte, interviniente o perito en procedimientos judiciales o administrativos, lo sea en aquellos de carácter nacional, puesto que es importante dejar abierta la puerta para que los/as expertos/as participen en procedimientos internacionales, como aquellos seguidos ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

k. Artículo 11: Debido a que es, según su ley, el INDH quien tiene la capacidad de denunciar y querellarse por diversos delitos, incluyendo aquellos de tortura, el INDH considera que en los casos del inciso segundo de la norma debe ser este, y no el Comité de Expertos/as, quien denuncia y deduce querella por aquellos delitos que revisten riesgo vital para las personas privadas de libertad.

Finalmente, resta mencionar que para el INDH es importante asegurar la participación de la sociedad civil en las labores del Comité, de manera que se permite sugerir que se contemple en la ley un Consejo Asesor de la Sociedad Civil para el Comité de Expertos.

IV. Conclusiones

- El proyecto de ley es muy valorable pues significa cumplir por parte del Estado de Chile con una obligación pendiente hace varios años respecto de la prevención de la tortura.
- El proyecto es satisfactorio en términos generales pues es concordante con los principios y requisitos mínimos que se han establecido para la consagración de las obligaciones contraídas en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles. La decisión que reviste mayor análisis, consistente en la posibilidad de situar el MNPT en una institución especialmente creada para tal propósito, o la consagración de las facultades necesarias para el cumplimiento de su propósito en un organismo ya existente, es correctamente resuelta en el proyecto de ley mediante la designación de una institución independiente y autónoma, con mandato amplio de promoción y protección de los derechos humanos en el país, como lo es el INDH.
- El INDH realiza algunas observaciones al articulado del proyecto de ley con el fin de que este pueda ser mejorado y para que sean resueltas en la discusión particular del proyecto. De especial atención debiese ser la definición de tortura para los efectos del trabajo del MNPT; el establecimiento de sanciones más graves en el caso que se adoptaran represalias por el trabajo de los expertos y expertas del MNPT, y la corrección de la norma sobre inhabilidades para ser experto/a del MNPT.

3

Pueblos indígenas, originarios y
tribales

Informe sobre proyecto de ley general de derechos lingüísticos de los pueblos originarios de Chile. Boletín N° 9424-17

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de junio de 2018, en sesión ordinaria n° 428.

I. Resumen ejecutivo

El proyecto de ley que se analiza tiene por objeto regular y con ello garantizar los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. A través de este informe, el INDH evaluará la conformidad del proyecto con los estándares internacionales de derechos humanos en relación con la educación de personas pertenecientes a pueblos originarios y con los derechos lingüísticos, los cuales están signados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), las interpretaciones que de este realiza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), con particularidad en su Observación General N° 13, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo, se destacan algunos estándares en la materia desde el ámbito regional de protección de los derechos humanos por medio de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Si bien el informe resalta que el proyecto estaría en líneas generales de acuerdo con los estándares internacionales, hace también patente la necesidad de mejorar las formas de satisfacción de los derechos lingüísticos a través de la adecuada integración de este proyecto con las instituciones y normativa vigente.

II. Antecedentes

Los pueblos indígenas y tribales se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto al ejercicio y goce de sus derechos humanos. Tal como lo ha señalado el ex Relator Especial sobre derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya (2008-2014), "[...] aún persisten en Chile severas brechas de desigualdad en el goce de los derechos económicos y de la salud y educación de los pueblos indígenas"¹.

Uno de los derechos de dichos pueblos que particularmente se ven vulnerados, tal como señalara también el Relator Especial Anaya, es el derecho a utilizar su lengua o idioma. Al respecto, el Relator señaló que, "[...] en cuanto al derecho a la educación y derechos lingüísticos, la encuesta CASEN 2006² revela una alarmante pérdida de las lenguas indígenas en los niños y niñas indígenas, lo que señala una necesidad de fortalecer los programas de educación bilingüe intercultural"³.

En Chile, la pérdida de las lenguas indígenas se produce en el contexto de un largo proceso de aculturación que se inicia con la Conquista y que continúa con las acciones llevadas a cabo por el Estado chileno, tras el proceso de Independencia. Particularmente, en el doble proceso de expansión ocurrido en la segunda mitad del siglo XIX, hacia el sur, con la ocupación del territorio mapuche, y hacia el norte, con la ocupación de las provincias nortinas en el marco de la Guerra del Pacífico. Tras la expansión, la escuela y la conscripción jugaron un papel clave en los procesos de "chilenización" de la población indígena⁴. Hacia la década de 1970, la internación de niños y niñas indígenas en escuelas de concentración fronteriza, establecidas durante la dictadura militar, reforzaron los procesos de aculturación y pérdida de la lengua indígena⁵.

-
1. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las y los indígenas, James Anaya. "La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior", 2009, párr. 8.
 2. Acorde con la encuesta CASEN, desde el año 2000 la tasa de personas de pueblos indígenas que habla y entiende su idioma originario ha caído de un 14,3% a un 11%, mientras quienes no hablan ni entienden su idioma originario aumentó de un 71,7% a un 78,6%.
 3. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las y los indígenas, James Anaya, *op. cit.*
 4. "Junto a la radicación se abre un camino de asimilación-integración de la sociedad mapuche a la sociedad chilena. La herramienta principal fue la educación, la que tendió a eliminar lo propiamente indígena e imponer una visión criolla, católica occidental"; Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003, p. 353.
 5. González Miranda, S. "Los Aymaras de Islua y Cariquima: un contacto con la chilenización y la escuela". *Revista de Ciencias Sociales (CI)*, núm. 3, 1993, pp. 3-10. Universidad Arturo Prat, Tarapacá, Chile.
Mondaca C. y Gajardo Y. "La educación intercultural bilingüe en la región de Arica y Parinacota, 1980-2010". *Revista Diálogo Andino*, N° 42, 2013, pp. 69-87.
Marimán P. *Demanda por educación en el movimiento mapuche en Chile: 1910-1990. Una aproximación desde la historia*

Atendiendo a lo señalado, un grupo de nueve diputados presentó en julio de 2014, un proyecto de ley⁶ que busca proteger las lenguas originarias de los pueblos indígenas, en virtud de la obligación jurídica que tiene el Estado de garantizar los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas. El INDH ha sido llamado a pronunciarse sobre este proyecto de ley a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables. Cabe hacer presente, sin embargo, que el INDH no se pronuncia respecto de la extensión de la obligatoriedad de la enseñanza de lenguas indígenas a estudiantes no indígenas incluidas en el proyecto de ley, por no corresponder a una materia exigida en algún estándar de Derechos Humanos, sino más bien a una decisión de política pública.

III. Estándares y orientaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación con la educación de personas pertenecientes a pueblos originarios y con los derechos lingüísticos

En el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ha indicado que la educación debe contribuir al “[...] pleno desarrollo de la personalidad humana, procurando fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”⁷.

De esta manera, se observa que parte relevante de los objetivos de la educación apunta a generar condiciones sociales que permitan a las personas comprender, tolerar y relacionarse de manera fraterna con diversos grupos y culturas. Este debe ser un principio orientador del sistema educativo chileno, el que deberá contribuir a este objetivo general a través de los programas de estudios, la formación de docentes, los mecanismos de acceso y permanencia, así como las políticas de convivencia y reglamentarias.

Como ha sido interpretado por el Comité DESC en la Observación General N° 13, el cumplimiento de los objetivos antes mencionados es una obligación concreta de los Estados Parte del PIDESC, la que implica que estos, “[...] han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1 del artículo 13. Asimismo, tienen la obligación de establecer y mantener un

oral. Tesis para optar al título de profesor de estado en Historia, Geografía y Educación Cívica, Facultad de Educación y Humanidades, Universidad de la Frontera, Temuco, Chile, diciembre, 1993.

6. Proyecto de ley general de derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, Boletín N° 9424-17.

7. Art. 13, inciso 1°, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos que se exponen en el párrafo I del artículo 13”⁸.

Para responder a estos objetivos, el Comité DESC ha señalado que “[...] la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”⁹. También señala que “[...] la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes”¹⁰, es decir, que el Estado debe “[...] adopta[r] medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas”¹¹.

Lo anterior implica que deben adaptarse los contenidos, metodologías, prácticas y reglamentos para darle pertinencia al proceso educativo en relación con la comunidad o grupo del que se trata. De hecho, sobre la educación secundaria, el Comité señala que ella “exige planes de estudio flexibles y sistemas de instrucción variados que se adapten a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales”¹².

El INDH también ha destacado el carácter obligatorio que tienen los objetivos de la educación para el sistema educativo nacional, afirmando que, “[...] la calidad es una dimensión ineludible del derecho a la educación, que debe ser garantizada para todas las personas sin distinción, para todos los niveles educativos (desde el parvulario hasta el superior) y para todas las modalidades de enseñanza (regular, técnico-profesional, de adultos, carcelaria, para población indígena o con discapacidad, etc.), e incluso en situaciones de emergencia”¹³.

Específicamente sobre el derecho que tienen las personas a ser educadas de acuerdo a su propia identidad cultural y a aprender su idioma y conservarlo, la Convención de Derechos del Niño (CDN) establece en su artículo 29 que debe educarse a niños y niñas en “[...] el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”, y dispone en su artículo 30 que “[...] en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un

8. Observación General N° 13, Comité DESC, párr. 49.

9. *Ibid.*, párr. 6, letra D).

10. *Ibid.*, párr. 6, letra C).

11. *Ibid.*, párr. 50.

12. *Ibid.*, párr. 12.

13. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2013*, p. 223.

niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

En el mismo sentido, el artículo 28 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), señala que, “1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo. 2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas”¹⁴.

Asimismo, dicho Convenio en su artículo 29 prescribe que, “[...] los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”¹⁵.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁶ establece en su artículo 13 el derecho de los pueblos indígenas del mundo a “revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos”, debiendo los Estados adoptar las “medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho”, medidas que, como precisa en su artículo 14.3, deberán adoptarse “conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma”.

Complementariamente, el Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo aprobó el 1 de febrero de 2008 las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, en las cuales

14. Art. 28, Convenio N° 169, Organización Internacional del Trabajo.

15. *Ibid.*, Art. 27.

16. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2007. Resolución a/res/61/106, de 13 de septiembre de 2007.

se llama a los Estados a crear un entorno que aliente a las personas y a los grupos sociales a crear, producir, divulgar, distribuir y tener acceso a sus propias expresiones culturales, prestando la atención debida a las circunstancias y necesidades específicas de los pueblos indígenas y a respetar el derecho de los pueblos indígenas a usar y preservar sus lenguas¹⁷.

En la misma línea, el Mecanismo de Expertos y Expertas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁸ señaló que el derecho a la educación de los pueblos indígenas incluye el “derecho a integrar sus propias perspectivas, culturas, creencias, valores e idiomas en los sistemas e instituciones educativos de carácter general”¹⁹ y que el Estado debe “promover la educación intercultural, así como elaborar y aplicar estrictamente disposiciones encaminadas a la eliminación de la discriminación contra los pueblos indígenas en el sistema educativo”²⁰.

Por último y en el ámbito regional, resulta pertinente señalar que la recientemente aprobada Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas dispone, en su Artículo XIV: “1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares. 2. Los Estados deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas. 3. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, realizarán esfuerzos para que dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en sus propias lenguas en procesos administrativos, políticos y judiciales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha interpretado a través de su jurisprudencia la necesidad de considerar determinados elementos que distinguen a los miembros de los pueblos indígenas de la población general, y que conforman su identidad cultural, como la lengua, señalando: “La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”²¹.

17. Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo. Naciones Unidas. Febrero de 2008.

18. El Mecanismo de Expertos y Expertas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos, el principal órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 6/36 como un órgano subsidiario del Consejo.

19. Opinión N° 1, Mecanismo de Expertos y Expertas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, párr. 3.

20. *Ibid.*, párr. 12.

21. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 171.

IV. Sistema educativo chileno en materia indígena

En Chile, pese a que la Constitución Política de la República no reconoce el derecho al idioma de los pueblos indígenas, la legislación general sobre educación coincide, a nivel de los instrumentos declarativos generales, con los objetivos de la educación establecidos en el derecho internacional. La Ley General de Educación (LGE) establece que: “[l]a educación es el proceso de aprendizaje permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico, mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas. Se enmarca en el respeto y valoración de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de la diversidad multicultural y de la paz, y de nuestra identidad nacional, capacitando a las personas para conducir su vida en forma plena, para convivir y participar en forma responsable, tolerante, solidaria, democrática y activa en la comunidad, y para trabajar y contribuir al desarrollo del país”²².

Asimismo, señala que “[e]l sistema educativo chileno se construye sobre la base de los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en especial, del derecho a la educación y la libertad de enseñanza”²³.

También existen algunos objetivos generales de aprendizaje para el nivel de educación básica y media que son coincidentes con los estándares internacionales sobre derecho a la educación de los pueblos indígenas ya mencionados, como es “Reconocer y respetar la diversidad cultural, religiosa y étnica y las diferencias entre las personas, así como la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y desarrollar capacidades de empatía con los otros; conocer los hitos y procesos principales de la historia de Chile y su diversidad geográfica, humana y socio-cultural, así como su cultura e historia local, valorando la pertenencia a la nación chilena y la participación activa en la vida democrática”²⁴.

Pese a la declaración de estos objetivos, y a pesar de las debilidades existentes en materia de políticas públicas en este ámbito que dificultan su satisfacción, se han realizado ciertas acciones. En este sentido, por un lado, se implementó el Programa de Educación Intercultural Bilingüe (PEIB), iniciativa alojada en el Ministerio de Educación desde el año 1995, destinado a la recuperación de las culturas y lenguas vulneradas de los pueblos originarios, a través de la

22. Art. 2, Ley General de Educación.

23. *Ibid.*, Art. 3.

24. *Ibid.*, Art. 28 y 29.

“generación de recursos técnico–pedagógicos y espacios de difusión que promuevan la incorporación de los saberes y cosmovisiones de los pueblos indígenas al interior de las comunidades educativas”; “articulación de acciones entre distintos actores e instituciones para que se generen estrategias territoriales que permitan levantar procesos de revitalización lingüística y cultural para los nueve pueblos originarios”; “generar un modelo de trabajo en la elaboración de recursos pedagógicos para que los establecimientos educacionales implementen acciones que fomenten el aprendizaje de la lengua, cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas, en función del marco curricular vigente y los dispositivos legales existentes”, y de “la inclusión de educadores/as tradicionales en los establecimientos educacionales”²⁵.

En materia de lengua indígena, el PEIB no ha implementado el contenido del Decreto N° 280 de 2009, que establece la obligatoriedad de ofrecer lengua indígena desde 1° básico en “los establecimientos educativos con alta densidad de población escolar indígena”²⁶, la que será optativa para las y los estudiantes. En el resto de los establecimientos educativos, este sector de aprendizaje no se ofrece, salvo que la escuela así lo desee. Desde el año 2010 se consideraban como de alta densidad los establecimientos que contaban con una matrícula igual o mayor al 50% de personas indígenas y, a partir del año 2013, a los que cuentan con una matrícula igual o mayor al 20%.

Sumado a lo anterior, la implementación de la asignatura Lengua Indígena se ha delegado en una dupla pedagógica compuesta por una profesora o profesor mentor y un educador o educadora tradicional, siendo estas últimas personas validadas por sus comunidades para la enseñanza de la lengua indígena, aunque ambos tipos de especialistas tienen competencias dispares en la materia²⁷. Esta disparidad podría abordarse a nivel de formación universitaria; sin embargo, solo dos universidades dictan carreras de educación intercultural bilingüe²⁸.

En materia de institucionalidad, en el año 2015 se creó la Secretaría de Educación Intercultural Indígena (SEII), del Ministerio de Educación, para velar por el resguardo de las culturas y lenguas de los pueblos originarios reconocidos por la Ley N° 19.253²⁹ en la política educativa.

25. Información Oficial Mineduc. Recuperado del sitio web: http://portales.mineduc.cl/index2.php?id_portal=28&id_seccion=5428&id_contenido=33816.

26. Decreto 280 de 2009, Que establece los Objetivos Fundamentales y Contenidos Mínimos Obligatorios de la Educación Básica y fija normas generales para su aplicación.

27. Sotomayor, C., Allende, C., Castillo, S., Fuenzalida, D. y Hasler, F. (2014). *Competencias y percepciones de los Educadores Tradicionales Mapuche en la implementación del Sector lengua Indígena Mapuzugun*. FONIDE N° FT 11258 (Informe Final). Santiago, CIAE.

28. Universidad Arturo Prat, para lengua Aymara, y Universidad Católica de Temuco con una carrera de Pedagogía básica intercultural en contexto mapuche.

29. Aymara, Likán Antay, Quechua, Diaguita, Colla, Rapa Nui, Mapuche, Kawésqar y Yagán.

V. Análisis del proyecto de ley

La moción parlamentaria que se encuentra actualmente en primer trámite legislativo en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados contempla un primer capítulo en el que se establecen principios y se definen los conceptos fundamentales en la materia, entre los que se cuenta el reconocimiento de la plurinacionalidad de la sociedad chilena, así como la determinación de las lenguas indígenas que existen en Chile.

Luego, en el capítulo segundo, el proyecto define los derechos lingüísticos, estableciendo la obligatoriedad de la educación bilingüe para niños y niñas indígenas, así como un mecanismo de protección de dichos derechos enfocado en patentar las lenguas. El capítulo tercero se refiere a la institucionalidad, proponiendo la creación de un Instituto de Derechos Lingüísticos. Posteriormente, en el cuarto capítulo, se abordan los derechos lingüísticos en los medios de comunicación. Y, finalmente, en el último capítulo se establecen sanciones a la infracción de lo dispuesto en la ley.

En términos generales, el INDH considera que el proyecto es coincidente, en sus propósitos y objetivos, con los estándares internacionales en materia de derechos lingüísticos en cuanto reconoce derechos especiales, fija su contenido, y propone la creación de una institución de promoción y protección de estos derechos. Sin embargo, preocupan algunos aspectos específicos de la propuesta que contiene la moción, que se detallan aquí:

Articulación con la política educativa vigente. El proyecto de ley no considera la institucionalidad ya existente en materia de interculturalidad (SEII), proponiendo la creación de un Instituto de Derechos Lingüísticos como una entidad distinta y nueva en el aparato estatal. En relación con esto, la mejor protección de los derechos lingüísticos sugiere evaluar si es prudente generar una nueva institucionalidad, en vez de robustecer la actual.

Asimismo, sería deseable que el proyecto de ley buscara articular sus propuestas con la legislación vigente. Así, por ejemplo, en relación con la regulación del acceso y permanencia en el sistema educativo, establecido en la Ley General de Educación. De esta manera, la política general sobre admisión y permanencia escolar podría contar con criterios generales sobre accesibilidad idiomática, de modo que todas las etapas de estos procesos sean inclusivas respecto de personas que hablan en su idioma originario.

Dada la falta de formación de docentes en lengua indígena y su disparidad de conocimientos en relación a los educadores y educadoras tradicionales, también sería deseable que el proyecto hiciera alusión al actual sistema de carrera docente, de manera de asegurar la

formación de profesores y profesoras en lenguas indígenas, lo que permitiría garantizar que los establecimientos puedan generar dicha oferta³⁰.

Por último, el artículo 10 del proyecto de ley establece la obligación de garantizar la educación intercultural bilingüe por parte de los sostenedores. Preocupa que dicho mandato no vaya aparejado de obligaciones precisas por parte de las autoridades educativas para apoyar a los establecimientos en esta tarea, dejando toda la carga en los establecimientos que, actualmente, no cuentan con personal ni materiales para cumplir con lo anterior. El Estado debería brindar herramientas y apoyo a los establecimientos para avanzar en el cumplimiento de esta tarea. Ello se aplica incluso si el Estado delega la provisión de educación en establecimientos privados, como es el caso de Chile, pues no puede desligarse de su obligación de garantizar que en dichos establecimientos se cumplan esos estándares³¹.

Insuficiencia de declaraciones normativas. Si bien las declaraciones normativas son necesarias -como la efectuada por el proyecto de ley en su artículo 9³², ello no resulta suficiente para que los derechos sean respetados y satisfechos a cabalidad, mientras las instituciones, establecimientos educacionales y la población en general no tengan las herramientas para comunicarse en dichos idiomas, por lo que resulta insuficiente el solo reconocimiento formal que realiza el proyecto de ley.

30. Al respecto, se puede seguir el ejemplo de Canadá, donde en 1975 se aprobó el Convenio de la Baie-James, con el objetivo de formar profesores y profesoras, elaborar contenidos y materiales, entre otras cosas, para promover la educación intercultural. (*Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires*, 1975. Disponible en http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/inac-ainc/james_bay-f/jbnq_f.pdf)

31. Así lo ha señalado el Relator Especial del Derecho a la Educación, K. Singh, en su Informe Anual de 2014: "Cuando se permite la privatización, los Estados deben asumir plenamente su responsabilidad, en cumplimiento de sus obligaciones en virtud del derecho de los derechos humanos, y asegurar que los proveedores privados respeten los principios y las normas que sustentan el derecho a la educación" (párr. 103).

32. En el artículo 9° del proyecto se declara:

"a. El derecho a comunicarse en la lengua de la que se es hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral y/o escrita, en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas y en procedimientos judiciales y administrativos, y cualesquiera otras.

b. El derecho de los descendientes de un pueblo indígena a aprender y adquirir la lengua de sus padres, abuelos o antepasados pertenecientes al pueblo indígena del país, cualquiera sea.

c. El derecho a conservar y a proteger los nombres de personas y lugares en lenguas indígenas, y, en general, los nombres propios en esas lenguas. Sobre la protección de las denominaciones, se hace imprescindible el derecho a conservar el nombre cultural y patrimonial y de significado de los espacios y territorios.

d. El derecho a la no discriminación por razones lingüísticas en áreas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la vida familiar, la educación, la vida cultural y la libertad de expresión.

e. El derecho a ser consultados respecto a toda medida que se pretenda implementar en materia de lenguas, conocimientos y valores y culturas originarias. La consulta se realizará conforme a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT".

El proyecto, por su parte, no se refiere al estudio y enseñanza de lenguas originarias en el nivel preescolar y superior; lo que se estima del todo necesario abordarlos por la conveniencia para las personas de iniciar el estudio de una lengua a la más temprana edad, y poder continuar con su estudio y profundización a nivel superior. (Cabe hacer presente que el estudio de una lengua importa el estudio de una cultura).

En concordancia con el cumplimiento del objetivo del presente proyecto de ley, en el evento de transformarse en ley, será necesario aumentar la formación de docentes y de educadores y educadoras tradicionales que puedan enseñar dichas lenguas, lo que implicará un cambio en el sistema de carrera docente.

Algo similar ocurre con los derechos relativos a los medios de comunicación masivos, planteados en el artículo 16 del proyecto de ley. Reconociendo la importancia de los medios de comunicación como parte de la educación informal, por su contribución a la reproducción y modificación de la cultura, parece insuficiente la declaración de derechos lingüísticos en este ámbito sin establecer medidas concretas que permitan dar operatividad el mandato legal, al menos por vía reglamentaria.

V. Conclusiones

- El INDH comparte la necesidad y fondo del proyecto de ley presentado y en actual discusión, reconociendo que existe una necesidad de protección de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito de sus derechos lingüísticos. Lo anterior, en conformidad a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos existentes.
- Se estima importante la existencia de una iniciativa de este tipo que contribuye a reforzar la protección de las lenguas originarias, al reconocer a las mismas, al igual que la lengua castellana, el deber de protección del Estado a este respecto, y la promoción de la revitalización lingüística. Si bien la extensión de la obligatoriedad de la enseñanza de lenguas indígenas a estudiantes no indígenas no corresponde a un estándar obligatorio de derechos humanos, sino más bien a una decisión de política pública, el INDH valoraría que ello se abordara por el legislador, especialmente para los sectores que están en mayor contacto con población indígena, pues ello promovería un enfoque de encuentro intercultural en el espacio educativo, en consonancia con los objetivos que plantea el artículo 31 del Convenio N° 169 de la OIT.
- El proyecto contribuye a los fines de protección y promoción de las lenguas originarias, sin resultar, no obstante, del todo suficiente, al no abordar de una manera orgánica la

normativa educacional referida a los pueblos indígenas. El alcance de este contenido y la forma debería implementarse siempre en el marco de respeto y garantía de los derechos humanos involucrados.

- El proyecto, además, resulta insuficiente en cuanto a su impacto en el sistema de educación en general, el cual debería realizar los cambios en el currículum y en los programas de estudio necesarios para garantizar efectivamente la enseñanza de las lenguas originarias en los niveles preescolares y superior.
- En relación a la institucionalidad que el proyecto propone crear, se recomienda que esta se coordine con aquella actualmente existente en la materia, y que, en cualquier evento, considere la activa participación en ella de los pueblos indígenas.

Informe sobre proyecto de ley de reconocimiento formal al Pueblo Tribal Afrodescendiente Chileno. Boletín N° 10625-17

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el 11 de junio de 2018, en sesión ordinaria n° 428

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley en análisis tiene por objeto otorgar reconocimiento legal al pueblo tribal afrodescendiente en Chile, relevando con ello su presencia histórica y actual, y su contribución a la identidad cultural del país.

El reconocimiento de personas como afrodescendientes es el resultado de un proceso muy particular, poco conocido y escasamente integrado a la historia nacional. Arica y sus valles interiores de Azapa y Lluta, son zonas en las que históricamente se han asentado primero africanos y africanas esclavizados/as y después sus descendientes en territorios que hasta fines del siglo XIX pertenecían al Virreinato del Perú, y que solo luego de la guerra del Pacífico pasaron al Estado chileno, en conjunto con su población¹. Este período de anexión fue complejo y doloroso para las personas afrodescendientes, una población abatida por la guerra, perseguida y luego incorporada a regañadientes a través de lo que se ha llamado la "chilenización", un proceso que no los vio como afrodescendientes sino como peruanos/as y, por ende, como enemigos/as bajo ese contexto^{2 3}.

El proyecto pretende, además, lograr una visibilización efectiva, buscando la concientización ciudadana de respeto e inclusión de la diversidad, aportando con ello a disminuir las manifestaciones del racismo presentes en la sociedad chilena.

-
1. Duconge, Giselle I. y Guizardi, Menara Lube. "Afroariqueños: configuraciones de un proceso histórico de presencia". *Estudios Atacameños* N° 49, 2014, pp. 129 - 151. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/eatacam/n49/art08.pdf>
 2. Oliva, Elena. "Entre lo remoto y lo foráneo: los afrodescendientes en Chile a propósito del libro *Afrochilenos*. Una historia oculta, de Marta Salgado". *Meridional. Revista Chilena de Estudios Latinoamericanos* N° 6, 2016, pp. 183-184.
 3. De acuerdo a los/as autores/as, la afrodescendencia chilena no ha sido tomada en cuenta en la historiografía nacional. El relato colonial y republicano del país opera incansablemente como máquina negadora de africanos/as y afrodescendientes en Chile (Henríquez, 2015, p.15, citado en Milien, Sandy. *Afrochilenos en rumbo al reconocimiento como pueblo tribal Una investigación sobre los factores históricos y culturales de los Afrodescendientes en Arica*. SIT Graduate Institute/SIT Study Abroad SIT Digital Collections, 2015).

A través de este informe, el INDH evaluará la conformidad del proyecto con los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, los cuales están signados por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, CERD), el Convenio N° 169 de la OIT, así como de la jurisprudencia proveniente del sistema interamericano, de los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y de la OIT.

Si bien el informe resalta que el proyecto estaría en líneas generales de acuerdo con los estándares internacionales, hace también patente la necesidad de mejorar las formas en que quedarán plasmadas las obligaciones estatales en la ley.

II. Antecedentes

I. Los afrodescendientes en Chile

La presencia de población de origen africano en la zona de Arica en Chile data del siglo XVI y está asociada fundamentalmente a la explotación de las minas de plata de Potosí. Siendo Arica el puerto de salida de los minerales de Potosí durante el período colonial (Virreinato del Perú), la población afrodescendiente en Arica fue muy numerosa. Se estima que para la mitad del siglo XVIII en el Valle de Lluta, las personas negras y mestizas de negras alcanzaron a representar el 40% de la población total⁴.

En el periodo de la Colonia, esclavistas mantenían a mujeres y hombres encerrados/as en establos para procrear, descendencia que posteriormente era vendida como esclavos/as. La Guerra del Pacífico también significó consecuencias nefastas en la comunidad afrodescendiente, directamente relacionada con la “peruanidad”. Las campañas de “chilenización” fueron fuertemente vulneratorias para la población afro, incluyendo procesos de persecución como la obligación de migrar abandonando todos sus bienes y patrimonio, a cambiar identidad y nacionalidad, rotura de lazos familiares e incluso matanzas⁵.

En el siglo XIX, en la ciudad de Arica, la presencia afrodescendiente era el 54% de la población, mientras que en el Valle de Azapa constituía el 68%⁶. La invisibilización y discriminación de las personas afrodescendientes en Chile se mantuvo a lo largo del siglo XX, persistiendo hasta hoy. En efecto, a pesar de las reivindicaciones formuladas por las

4. Artal, Nathalie. “A(f)rica: relatos y memorias afrodescendientes en Arica tras la chilenización y el conflicto entre Perú y Chile (1883-1929)”. *Aletheia*, vol. 2, n° 4, julio 2012. Santiago, Chile.

5. Hallazgos de la investigación Fondecyt N°1150876 de la Dra. Nancy Yáñez, compartida directamente por la autora con el INDH para fines de esta minuta.

6. Salgado H., Marta (2013). *Afrochilenos: Una historia oculta*. Ediciones Krom, 2ª ed., Arica, Chile.

organizaciones afrodescendientes a las autoridades chilenas en orden al reconocimiento en su calidad de pueblos tribales, lo que guarda relación con su condición de diáspora africana, estas no fueron incorporadas al censo de población realizado el año 2012⁷.

Frente a la insistencia de las organizaciones afrodescendientes, el 27 de octubre de 2011, el Gobierno Regional de Arica y Parinacota, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y las ONG de comunidades afrodescendientes acordaron realizar un estudio de caracterización de la población afrodescendiente de Arica con fondos del Gobierno Regional. Los resultados de dicha encuesta, publicados el año 2014, estimaron la población afrodescendiente en la provincia de Arica en 8.415 personas sobre un universo de 179.172, que corresponde a la población total de dicha provincia según la información censal del año 2002⁸. De acuerdo a la misma encuesta, la población afrodescendiente estaba asentada mayoritariamente en zonas urbanas (7.503 personas) y minoritariamente en zonas rurales (912 personas). La población rural se concentraba en el Valle de Azapa, en tanto que también había población afrodescendiente en los Valles de Lluta y Codpa⁹.

En el contexto de la elaboración de las preguntas a ser incorporadas en el censo abreviado de 2017, el cual tenía como objetivo superar los errores en los cuales se incurrió durante el censo del año 2012 y que restaron valor metodológico a dicho instrumento, las Asociaciones de Afrodescendientes de Azapa Territorio Ancestral solicitaron al INE la incorporación de la categoría “Afrodescendiente/Negro(a)” en la pregunta sobre los pueblos indígenas, invocando para estos efectos su condición de pueblo tribal, de acuerdo con el Convenio N° 169 de la OIT y las recomendaciones internacionales que en esta materia se le han hecho al Estado de Chile. Dicha solicitud fue rechazada por el INE, argumentando que el proceso de definición de temas a ser incluidos en el censo había concluido y que las personas afrodescendientes podían autoidentificarse bajo la categoría de “otro” en la pregunta referida a los pueblos indígenas y tribales¹⁰.

7. *Idem*.

8. INE (2014). Primera Encuesta de Caracterización de la Población Afrodescendiente de la Región de Arica y Parinacota (ENCAFRO). Disponible en:
http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/etnias/encafro.php

9. INE (2014), *op. cit.*

10. En su respuesta el INE señaló:
“[...] es importante dejar en claro que aunque no se incorpore la categoría “Afrodescendiente/Negro” en el Censo Abreviado 2017, si existe el campo “otro (especifique)” en la pregunta de pertenencia a un pueblo indígena donde tanto los afrodescendiente/negro u otros pueblos originarios o tribales pueden auto identificarse en este sentido”. INE, ORD. N° 2455/2015).

Al respecto cabe señalar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (CERD por sus siglas en inglés) en sus observaciones finales, antes que se publicaran los resultados de la encuesta realizada por el INE ya referida, observó al Estado de Chile en relación con las estadísticas oficiales, que:

“8. Aunque aprecia los datos estadísticos facilitados por el Estado parte, el Comité requiere datos estadísticos fiables y más exhaustivos sobre la población que incluyan indicadores económicos y sociales desglosados por origen étnico o nacional, particularmente de la población indígena, afrodescendiente y otras minorías vulnerables, incluyendo los gitanos, para evaluar el goce por esas personas de sus derechos en el Estado parte (art. 2, párr. 1, a) - d).

El Comité recomienda al Estado parte que agilice la recopilación y publicación de datos estadísticos sobre la composición de su población, desglosados conforme al artículo 1, párrafo 1, de la Convención, y que incluya los datos oficiales del censo nacional de 2012, así como de cualquier otro censo o estudio posterior que incorpore la dimensión étnica basada en la autodefinición. El Comité pide al Estado parte que le facilite esos datos desglosados en su próximo informe periódico”¹¹.

El mismo Comité agregó, además, en relación a personas “Afrodescendientes”: “17. El Comité se lamenta de que el proyecto de ley de reconocimiento de la comunidad afrodescendiente en Chile aún no haya sido aprobado (CERD/C/CHL/CO/15-18, párr. 13). Si bien nota la encuesta de caracterización por hacer, expresa su preocupación por la falta de información oficial sobre la situación de derechos humanos de las personas afrodescendientes en el Estado parte, lo que le impediría conocer mejor su situación y elaborar políticas públicas adecuadas en su favor (arts. 1, 2 y 5).

A la luz de su Recomendación general No 34 (2011) sobre la discriminación racial contra afrodescendientes, el Comité reitera la solicitud hecha al Estado parte para que proporcione información sobre los afrodescendientes. El Comité recomienda al Estado parte acelerar el proyecto de ley de reconocimiento de la población afrodescendiente, a incluir la variable afrodescendiente en los censos poblacionales y de vivienda, así como a adoptar programas y medidas, incluyendo las medidas especiales, para garantizar el goce de derechos de los afrodescendientes”¹².

11. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 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). Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/inf-dh/ddhh-chile/1669-cerd-chile-2013.html>

12. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *op. cit.*

Lo anterior motivó que en el año 2016 la ONG Afrodescendiente Lumbanga presentara una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de revertir esta situación de discriminación histórica y que el Estado de Chile reconozca a la población afro tribal chilena en las estadísticas oficiales de Chile, siendo a la fecha el único Estado latinoamericano que se ha negado a incorporar esta categoría de pertenencia étnica en sus censos.

La historia de la presencia afro en Chile, realidad visible y numerosa, llena de pasajes de discriminación y vulneración, y la necesidad de poner término a la historia de exclusión y abandono por parte del Estado, así como de proteger su legado cultural, es lo que llevó a un grupo de diputados/as el año 2016 a presentar la iniciativa legal que se informa. Entre los motivos que se invocan para su presentación, la iniciativa legal propone: “Es el tiempo en que corrijamos nuestros errores, nuestros olvidos, y que las palabras país multicultural, multirracial y diverso tengan un real sentido”.

En cuanto a su propósito fundamental señalan: “[E]l presente proyecto se funda en la idea matriz del reconocimiento legal del pueblo tribal afrodescendiente chileno. De dicho reconocimiento se derivan objetivos como la obligación del Estado de promover su cultura y respetar sus símbolos, la obligatoriedad de incluir dentro del plan de educación nacional la historia de los afros y que sean incorporados como categoría en las encuestas censales del 2017 - 2022 a lo largo y ancho de nuestro país, información valiosa para la correcta promoción de políticas de inclusión para este importante pueblo tribal”.

2. La definición de afrodescendientes y su condición de pueblo tribal

La definición de la población afrodescendiente y su condición de pueblo tribal ha constituido una preocupación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su informe sobre la situación de las personas afrodescendientes en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2011), sin desarrollar una definición al respecto, refiere a la definición de afrodescendientes acuñada por los estados de la región en la Conferencia de Santiago en el año 2000, preparatoria de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en Durban, Sudáfrica, señalando que: “En esa oportunidad, los Estados Americanos acordaron la definición del término “afrodescendiente” como aquella persona de origen africano que vive en las Américas y en todas las zonas de la diáspora africana por consecuencia de la esclavitud habiéndoseles denegado históricamente el ejercicio de sus derechos fundamentales”¹³.

13. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La situación de las personas afrodescendientes en las Américas*. OEA, Doc 62, 5 diciembre 2011, parág. 19. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/afrodescendientes/docs/pdf/>

En esta definición del término “Afrodescendiente”, la concurrencia de dos requisitos copulativos aparecen como fundamentales: desplazamiento como consecuencia de la esclavitud y denegación histórica de derechos fundamentales. En cuanto a la definición de la categoría de “Afrodescendiente”, en el mismo informe la CIDH considera central el criterio de la autoidentificación. Así, señala: “[...] en términos de buenas prácticas, los Estados deben celebrar consultas con la sociedad civil, a través de mecanismos institucionalizados y sostenibles de colaboración, articulación e incidencia, que reflejen sus expectativas, en cuanto al diseño y categorías utilizadas en las preguntas de auto identificación, a fin de contar con herramientas técnicamente adecuadas y fortalecer el proceso de sensibilización, concientización y empoderamiento de los afrodescendientes en la región. De manera complementaria, la Comisión estima que es necesario que los Estados lleven adelante campañas de concientización y capacitación sobre las categorías de autoidentificación, que incentiven a la población afrodescendiente a autoidentificarse y sensibilicen a los encuestadores”¹⁴.

Junto a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en reiterados fallos ha considerado a las personas afrodescendientes como pueblo tribal, protegidas bajo el marco del Convenio N° 169 de la OIT.

En la sentencia pronunciada en el caso Saramaka con Surinam, el 28 de noviembre de 2007, la Corte IDH se pronunció respecto a si dicho pueblo podía ser considerado como una comunidad tribal sujeta a la protección que el derecho internacional de los derechos humanos reserva a los pueblos indígenas y tribales. En dicha sentencia la Corte dispuso: “[...] 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”¹⁵.

En consideración a la relación de las personas afrodescendientes con la tierra, la que es distinta a la de los pueblos indígenas, en la medida que se cruza con su desarraigo del territorio de origen y la esclavitud a la que fueron sometidas a su llegada al continente, en el mismo fallo la Corte IDH ha señalado: “En especial, la identidad de los integrantes del

afros_2011_esp.pdf

14. *Ibíd.*, párr. 39.

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 79.

pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud”¹⁶.

Más recientemente, en su sentencia en el caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de La Cruz y sus miembros vs. Honduras, la Corte IDH reafirma su jurisprudencia sosteniendo que Honduras tiene una composición multiétnica y pluricultural, integrada principalmente por personas mestizas, indígenas y afrodescendientes¹⁷. En su sentencia reconoce el carácter de pueblo indígena y tribal de los Garífuna al disponer: “El pueblo Garífuna constituye una cultura y un grupo étnico diferenciado, proveniente de un sincretismo entre indígenas y africanos, quienes han hecho valer sus derechos en Honduras como pueblo indígena. Los garífuna se identifican como un pueblo indígena heredero de los caribes insulares, con algunas manifestaciones culturales de origen africano siendo la auto identificación un criterio subjetivo, y uno de los criterios principales y determinantes recogidos en el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, a fin de ser considerado como pueblo indígena o tribal”¹⁸.

Por su parte, las líneas jurisprudenciales de la Corte IDH¹⁹ señalan que lo tribal tiene relación con la identificación cultural diferenciada de otras comunidades, en términos de poseer un propio idioma, tradiciones culturales, religiosas, historia y ritos²⁰.

De acuerdo a la OIT, los elementos para definir un pueblo tribal se basan en las condiciones económicas, culturales, organización social y formas de vida que los distingan de los otros segmentos de la población nacional, esto además de tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial²¹. Es así como la identificación cultural y sentido de pertenencia a costumbres, tradiciones y formas de vida común, son las que definen si una persona es o no parte de un pueblo tribal. Esta conciencia de identidad indígena o tribal, reforzada por el reconocimiento de la comunidad, debe considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se extienden las disposiciones del Convenio N°169²².

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 82.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de La Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 46.

18. *Ibíd.*, párr. 48.

19. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH, N° 11, Pueblos indígenas y tribales, p.7.

20. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005.

21. OIT (2009). Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT, p. 9.

22. El reconocimiento y protección al pueblo afrodescendiente como pueblo tribal encuentra su marco de protección en el Convenio N° 169 de la OIT, el cual no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales, sino que describe los pueblos que pretende proteger, en específico en su artículo primero: “El presente Convenio se aplica: (a) a

Por su parte, la definición de afrodescendiente del informe final del proyecto “Recolección y clasificación de datos etnoterritoriales afrodescendientes de la Región de Arica y Parinacota”, de la Municipalidad de Arica, Oficina Afrodescendiente, y la Universidad Academia de Humanismo Cristiano (marzo 2017), indica que afrodescendientes son “Aquellos que descienden de poblaciones víctimas de la trata transatlántica y que han pasado a constituir comunidades o grupos visibles, emparentados históricamente y que comparten diferentes elementos históricos, políticos, familiares, económicos y rituales que les permiten afirmar su negritud en bases culturales que son el fundamento de sus reivindicaciones étnicas y raciales” (p. 14).

3. La necesidad de reconocer e identificar al pueblo afrodescendiente

El reconocimiento cultural y social del pueblo afrodescendiente es clave para lograr una efectiva protección de sus derechos fundamentales, así como un factor a considerar al momento de analizar posibles vulneraciones. En este sentido, la Corte IDH ha señalado la necesidad de contar con medidas especiales de protección que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos y consideren de manera reforzada la condición afrodescendiente de las potenciales víctimas²³.

Otro elemento relevante es la libre determinación, derecho que faculta a un pueblo a definir su estatus jurídico y pertenencia, y que en virtud del Convenio N° 169 la comunidad afrodescendiente ostenta en razón de su autoidentificación como tal²⁴. Esta autoidentificación, junto con la diversidad de identidad, son a juicio de la Corte IDH²⁵ los factores determinantes al momento de reconocer a una comunidad afrodescendiente como un pueblo tribal y, por ende, sujetos de especial protección.

En el contexto mundial y con relativa persistencia en las Américas, las personas afrodescendientes se ven injustamente menoscabadas en el goce y ejercicio de sus derechos en virtud de sus características físicas y prácticas culturales, aún con la valoración que los instrumentos internacionales de derechos humanos han hecho respecto de la diversidad y el relevamiento del principio de igualdad y no discriminación. Esto llevó a la Comisión

los pueblos tribales en países independientes, cuyas 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”.

23. Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) v/s Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013, párr. 204.

24. Yáñez, Nancy. Informe de investigación Fondecyt N°1150876, “Fundamentos legales para el reconocimiento de los afrodescendientes en Chile”.

25. Caso Xákmok Kásek con Paraguay, Sentencia de Fondo, 24 de agosto de 2010, párr. 37.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a establecer en febrero de 2005 una Relatoría sobre Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial²⁶ con el objetivo de promover el reconocimiento y los derechos de los mismos²⁷.

La necesidad de trabajar contra las diversas formas de discriminación es permanente, siendo Chile un país que no se encuentra exento de ella, como fuera señalado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en su informe sobre Chile el año 2013. En su Informe Complementario al Comité, el INDH²⁸ 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 piel, ocurrida en la región de Arica y Parinacota años atrás, situación que ya había sido mencionada en el Informe Anual 2014²⁹. En este mismo territorio se han evidenciado otros casos de discriminación, donde incluso se han visto involucradas autoridades locales³⁰, lo que denota un aumento de manifestaciones racistas basadas generalmente en la ignorancia de la ciudadanía, la formación de estereotipos y la falta de tolerancia hacia la diversidad en una sociedad eminentemente mestiza.

Esta temática está siendo priorizada en el foro internacional, tal como lo demuestra la declaración del “Decenio Internacional de los Afrodescendientes”³¹, que comenzó el 1º de enero de 2015 y terminará el 31 de diciembre de 2024 bajo la consigna “Afrodescendientes: reconocimiento, justicia y desarrollo”. Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha reafirmado el “compromiso de los Estados Miembro para enfrentar el flagelo del racismo, la discriminación y la intolerancia en sus sociedades, como un problema que afecta a la sociedad en general”³²; resolviendo, entre otras cosas, “[e]ncomendar al Consejo Permanente la realización, durante el primer semestre de 2015, de una sesión especial para celebrar el inicio del Decenio Internacional de los Afrodescendientes, con el objetivo de intercambiar ideas para la posible elaboración de un Plan de Acción de la OEA en el marco de dicho Decenio”³³.

26. Creada durante el 122º Período de Sesiones, 23 de febrero al 11 de marzo de 2005.

27. La Relatoría recibió la responsabilidad de estimular, sistematizar, reforzar y consolidar la acción de la CIDH respecto de los derechos de las personas de ascendencia africana y contra la discriminación racial.

28. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Complementario INDH sobre aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 2013, párr. 107.

29. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014*, capítulo “Derechos de las personas Afrochilenas”, p. 126.

30. Véase, por ejemplo, <http://www.soychile.cl/Arica/Sociedad/2013/11/27/216056/Colombiana-denuncio-a-la-concejala-Lisette-Sierra-porque-le-habria-dicho-negra-andate-a-tu-pais-vienes-a-puro-prostituirte.aspx>.

31. Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 23 de diciembre de 2013, A/RES/68/237, publicada el 7 de febrero de 2014.

32. AG/RES. 2824 (XLIV-O/14), Reconocimiento del Decenio Internacional de los Afrodescendientes. Resolución aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014.

33. AG/RES. 2824 (XLIV-O/14), párr. 4.

Los instrumentos de derechos humanos, tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano, han reconocido la necesidad de recurrir a medidas de acción afirmativa para remediar o compensar situaciones estructurales de discriminación histórica contra ciertos grupos y evitar que la misma se perpetúe. A pesar de sus diversas denominaciones a nivel internacional (“medidas especiales de carácter temporal”, “discriminación positiva”, “discriminación inversa”), los órganos de supervisión de tratados internacionales las han considerado medidas necesarias para garantizar la igualdad sustantiva y el disfrute de los derechos fundamentales de las personas y grupos sociales en situaciones de desventaja histórica o víctimas de prejuicios persistentes³⁴.

En razón de lo anterior, el reconocimiento normativo y la educación general del país juegan un papel importante en la tarea de derribar estereotipos y generar condiciones para la igualdad y no discriminación de la población afrodescendiente. Sin embargo, un paso necesario es también avanzar hacia su inclusión y participación efectiva en los asuntos que les afectan, reconociéndoles como sujetos de derechos y valorando sus aportes a la identidad cultural de Chile.

III. Análisis del proyecto a la luz de los estándares internacionales

El proyecto consta de siete artículos, los cuales buscan el reconocimiento legal de la población afro descendiente en Chile. Ello, además de establecer medidas específicas de inclusión, participación y no discriminación, cuyo estándar internacional de protección de derechos humanos está dado por la CERD³⁵, destinada a prohibir la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones. 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 institución³⁶.

En este sentido, es pertinente recordar la declaración de principios que realiza la CERD en su artículo 2º, donde señala que “[l]os Estados partes condenan la discriminación

34. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. xi.

35. 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 el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. En Chile la Convención entra en vigor el 19 de noviembre de 1971, mediante Decreto N°747 del Ministerio de Relaciones Exteriores, del 26 de octubre de 1971.

36. INDH, *op. cit.*, p. 128.

racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas". La obligación contraída por Chile con la ratificación de la CERD no se ha visto del todo cumplida, no tan solo por la ausencia de reconocimiento legal, sino por la falta de incorporación -de manera directa y eficaz- a la población afrodescendiente en las políticas públicas del país, cuestión que ayudaría a promover el entendimiento y la tolerancia entre las personas que habitan el territorio nacional.

Como complemento, el artículo 5° de la CERD refuerza la obligación del Estado de prohibir y eliminar la discriminación, lo cual debe ser cristalizado en el reconocimiento normativo³⁷. De esta forma, el proyecto analizado viene a dar cumplimiento a parte de estas obligaciones, de manera directa o indirecta, según se observa en el análisis de sus articulados que se presenta a continuación:

El primer artículo del proyecto busca el reconocimiento legal de la población afrodescendiente en Chile y de su condición de pueblo tribal. En este sentido, resulta relevante el rescate y reconocimiento oficial de su identidad cultural -comprendiendo su idioma, tradiciones, instituciones y cosmovisión-, con lo cual se asegura el goce y ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, tal como lo indica el artículo 1° de la CERD, así como las orientaciones que los sistemas de protección regional y universal han provisto en el último tiempo³⁸.

La existencia de un marco normativo que brinde reconocimiento estatal explícito a los derechos de los pueblos afrodescendientes es una preocupación manifestada por la CIDH³⁹, siendo Chile uno de los países que aún no realiza acciones al respecto. Esto, en un contexto regional donde países como Bolivia, Ecuador, Brasil y Colombia lo han realizado incluso por la vía constitucional⁴⁰.

37. "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico".

38. En especial la actividad de la CIDH y su informe "La situación de las personas afrodescendientes en las Américas". Para mayor información respecto a la situación en Chile ver "Informe Final del Proyecto Recolección y clasificación de datos etnoterritoriales afrodescendientes de la Región de Arica y Parinacota". Municipalidad de Arica, Oficina Afrodescendiente y Universidad Academia de Humanismo Cristiano, marzo 2017.

39. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 65.

40. El artículo 3 de la Constitución de Bolivia establece: "[...] la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano". El artículo 56 de la Constitución de la República de Ecuador establece: "Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible". El artículo 215, inciso 1 de la

El artículo 2° del proyecto de ley busca definir lo que se entenderá por afrodescendientes chilenos, lo que tiene como primer requisito la ostentación de la nacionalidad según lo estipula actualmente la Constitución Política de la República. Esto es complementado con la existencia de elementos culturales compartidos por el pueblo afrodescendiente, es decir, aquellos que definen su identidad. El artículo dispone un sentido amplio a la definición de afrodescendencia en la medida que incorpora elementos subjetivos como el autorreconocimiento de su calidad de descendientes de la diáspora africana⁴¹.

Por su parte, en América Latina y el Caribe este concepto se refiere a las distintas culturas “negras” o “afroamericanas” que emergieron de descendientes de africanos, quienes sobrevivieron a la trata o al comercio esclavista que se dio en el Atlántico desde el siglo XVI hasta el siglo XIX⁴².

El artículo 3° busca el reconocimiento de la cultura africana como patrimonio inmaterial del país, la cual se mantiene presente a través de sus descendientes, así como la posibilidad de desarrollar y difundir dicha cultura. La necesidad de protección y promoción por parte del Estado en esta materia, se encuentra presente en este artículo al exigir la valoración presente y futura de este patrimonio inmaterial. Esto incluye las tradiciones, danzas, medicina, vestimenta, y todo aquello que conforme la identidad cultural de la diáspora africana, cuestión que contribuye además a visibilizar la diversidad cultural y al enriquecimiento de la identidad nacional. El respeto por la cosmovisión, tradiciones y cultura es parte de los desafíos que tienen pendientes los estados verificados por la CIDH, en especial por las situaciones de discriminación y violencia que viven las mujeres afrodescendientes⁴³.

Constitución de la República Federativa de Brasil establece: “El Estado protegerá las manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afro-brasileñas y los otros grupos participantes en el proceso de civilización nacional”. El artículo transitorio 55 de la Constitución de la República de Colombia establece: “Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”.

41. En particular, el artículo establece: “Se entiende por afrodescendientes chilenos al grupo humano que, teniendo nacionalidad chilena en conformidad a la Constitución Política de la República, comparte la misma cultura, historia, costumbre, unidos por la conciencia de identidad y discurso antropológico, descendientes de la diáspora africana, y que se auto identifique como tal”.

42. Fabiana Del Popolo, Seminario “Visibilidad estadística de las personas afrodescendientes en Chile”, CEPAL, Santiago, 13 de abril 2016.

43. CIDH. *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007, párr. 215.

El artículo 4° del proyecto viene a dar cumplimiento al estándar contenido en el artículo 7° de la CERD, donde la obligación de los estados respecto a la toma de medidas en el ámbito de educación y enseñanza, resultan fundamentales en relación con las manifestaciones del racismo hacia la población afrodescendiente⁴⁴. Esto es de vital importancia, sobre todo por el impacto de la situación de discriminación estructural y social a que pueden estar afectos los niños y niñas afrodescendientes, teniendo en cuenta su especial situación de vulnerabilidad. En este sentido, la inclusión del conocimiento de la cultura afro en los diseños curriculares escolares, así como en la preparación de profesores y personas que trabajen en los establecimientos educacionales, resultan prioritarias para lograr una efectiva inclusión, prevenir la discriminación y sobre todo garantizar sus derechos⁴⁵. Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece el derecho a la educación de niñas y niños, respetando sus tradiciones culturales y ancestrales⁴⁶, asunto que estaría en sintonía con la disposición de la moción parlamentaria.

Una de las mayores preocupaciones relacionadas con el proyecto de ley se encuentra en la redacción del artículo 4° que, si bien busca una acción fundamental por parte del Estado, como es la inclusión en el sistema de educación chileno de la historia, lenguaje y cultura de la población afrodescendiente, no parece clara la obligación estatal al usar el vocablo “procurará”, cuya acepción es amplia y fácilmente justificable en caso de incumplimiento. En relación a esto, es necesario que se enfatice la obligación del Estado utilizando un verbo rector de mayor fuerza vinculante, por ejemplo, “asegurar” o “garantizar”, que posibilite el seguimiento del cumplimiento de esta obligación.

De esta forma, es necesario que el artículo 4° sea profundizado, no tan solo para cristalizar la obligación del Estado de manera más directa y exigible, sino también para articularse con el actual sistema de educación, buscando de esta manera cumplir con los estándares internacionales sobre derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes contenidos en la CDN. En este sentido, resulta relevante lo contenido en el artículo 30 de este tratado, que establece: “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su

44. “Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención”.

45. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 30.

46. Art. 29.I, letras C, D y E de la Convención sobre los Derechos del Niño.

grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”⁴⁷.

La cuestión sobre la consulta indígena abordada en el artículo 5° releva la necesidad de determinar si la población afrodescendiente chilena constituye población que pueda considerarse de carácter “tribal”, lo que no resulta del todo claro de acuerdo a los antecedentes aportados por el proyecto de ley. Lo anterior para los efectos de aplicárseles lo señalado en el artículo 6° letra a) del Convenio N° 169 de la OIT, respecto del deber de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

El artículo 6° se hace cargo de la necesidad de considerar a las personas afrodescendientes en las mediciones y estadísticas nacionales, incorporando una categoría dentro de los pueblos tribales e indígenas ya reconocidos. Así, la moción parlamentaria contribuye a subsanar la falta de estadísticas al mandar la inclusión de la categoría “afrodescendiente” en el censo de población. Sin embargo, también es necesario incluir a esta población dentro de otras mediciones de relevancia en el país⁴⁸, tal como lo han hecho los demás países de la región⁴⁹.

Respecto al artículo final, si bien puede entenderse como la búsqueda de la ejecución de lo indicado en los artículos 4° y 6° a través de reglamentos ministeriales, nuevamente se observa una falta de fuerza en el lenguaje utilizado, dejando al arbitrio del Ejecutivo la decisión sobre la dictación o no de reglamentos que complementen la ejecución de estas obligaciones. Que el proyecto de ley entregue parte de la ejecución de los fines del mismo a la potestad reglamentaria propia del poder Ejecutivo, parece lógico y una técnica legislativa recurrente, sin embargo, esto puede representar un riesgo para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, al no hacerse cargo la tramitación de asegurar el respeto de estándares de protección y principios rectores mínimos al momento de la implementación futura de la ley.

47. *Ibid.*, Art. 30.

48. De acuerdo a lo informado por el Ministerio de Desarrollo Social en el marco de la preparación de la CASEN 2017, se incluirá una pregunta que busca levantar el dato de la población afrodescendiente en Chile. En la actualidad, el INDH ha sido convocado para entregar sus observaciones al diseño de dicha propuesta.

49. Según los antecedentes entregados por el Observatorio Social en el marco de la preparación de la CASEN 2017, Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, entre otros, han realizado esta consulta en sus respectivos censos de población.

IV. Conclusiones

- El INDH comparte plenamente la necesidad y fondo del proyecto de ley presentado y en actual discusión, reconociendo una necesidad de integración y garantía de derechos a esta población que actualmente reside en la provincia de Arica, en los valles de Azapa, Lluta y Codpa, teniendo como requisitos comunes el desplazamiento de sus ancestros como consecuencia de la esclavitud y la denegación histórica de derechos fundamentales.
- Por lo anterior, resulta del todo necesario propender a su visibilización a través de la promoción de su cultura, acciones de educación, inclusión social y cuantificación oficial por parte del Estado. Si bien este proyecto contribuye a esos fines, no resulta del todo suficiente, sobre todo por lo reducido de los aspectos abordados, los cuales se centran en el reconocimiento legal y cultural de los afrodescendientes, dejando de lado aspectos base para el desarrollo integral y digno de un grupo de personas históricamente vulnerado, como son la vivienda, salud, previsión social, participación activa, trabajo, entre otros. Sin abordar estos otros aspectos, el proyecto lograría únicamente tener un efecto simbólico en el plano cultural, visibilizando un tema en que existía un importante déficit histórico, pero sin lograr avanzar más allá en cuanto al conjunto de efectos prácticos en que se pretende incidir.
- Resulta necesario, además, mejorar la forma en que quedarán plasmadas en el proyecto las obligaciones del Estado de una manera más directa y exigible que como está señalado en su articulado. Ello, incluyendo una definición de los organismos públicos que se harán cargo de la promoción de los derechos de este colectivo, evitando dilaciones e interpretaciones futuras que dejen al arbitrio de un Gobierno la decisión sobre la ejecución o no de lo mandado por ley. Lo anterior, complementado con la necesaria incorporación de disposiciones que traten de manera directa la erradicación de todas las formas de discriminación hacia la comunidad afrodescendiente, asumiendo efectivamente la obligación de los órganos del Estado en este sentido.
- De especial atención es el fortalecimiento del proyecto en relación a la situación de mayor vulneración de niñas y niños afrodescendientes, sobre todo en el sistema educativo, buscando prevenir tratos discriminatorios y promover su plena inclusión social.
- Por último, es necesario generar el reconocimiento legal de la población afrochilena, basado en las contribuciones que los pueblos afrodescendientes han hecho al proceso histórico de conformación de identidad cultural, promoviendo su valoración y respeto,.

evitando que se acentúen las manifestaciones estructurales de discriminación hacia esta población.

- El reconocimiento al pueblo afrodescendiente y la divulgación de este hecho en la población chilena en general, constituirá, además, un punto de partida para la construcción de políticas públicas orientadas a la protección y garantía de los derechos humanos de los que son titulares, resguardando su dignidad y el pleno goce de los mismos⁵⁰.

50. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, párr. 6.

Minuta sobre el proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas. Boletín N° 10.687-06

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 17 de diciembre de 2018, en sesión ordinaria n° 461.

I. Resumen Ejecutivo

El presente informe aborda el análisis general del proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas (Boletín 10.687-06), y que junto con el proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas (Boletín 10.526-06), tiene por objeto modificar la institucionalidad vigente en materia indígena.

Así, este informe provee la opinión técnica referida al proyecto a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, fundamentalmente al contenido del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante el Convenio o Convenio 169), teniendo presente asimismo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la jurisprudencia de la Corte IDH asentada en sus interpretaciones sobre estas materias, y los informes y pronunciamientos de los procedimientos especiales de Naciones Unidas, en particular la Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas indígenas. Todo lo anterior, tomando en cuenta igualmente que la relación con los pueblos indígenas y el fortalecimiento institucional del Estado en la materia han sido temas de especial preocupación del INDH, lo que se demuestra en sus informes anuales de los años 2010, 2011 2013, 2014, 2015 y 2016, y del acompañamiento del proceso de consulta indígena del proyecto de ley en comento efectuado durante los años 2014 y 2015.

El informe se desarrolla de la siguiente manera: (i) en una primera parte se revisan los estándares internacionales y nacionales de derechos humanos relacionados con la temática; (ii) en segundo lugar se presenta la institucionalidad vigente en Chile en materia indígena, (iii) luego se abordan los antecedentes del proyecto de ley, (iv) a continuación se trata la visión que el INDH ha sostenido en los distintos informes anuales sobre la institucionalidad y derechos de los pueblos indígenas; (v) acto seguido se analiza el proyecto de ley en diversas temáticas, con el fin de aportar la visión de los derechos humanos en la discusión de dicho proyecto. Finalmente, se tratan las conclusiones.

II. Introducción

1. Estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

Señala el mensaje presidencial que uno de los objetivos de este proyecto de ley es promover y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, su desarrollo económico, social y cultural, y procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria de los pueblos, comunidades y personas indígenas. Nos referiremos, brevemente, a cuáles son las obligaciones estatales en la materia de igualdad y no discriminación.

Al respecto, el Convenio 169 de la OIT, promulgado por el Estado chileno mediante el Decreto Supremo N° 236 de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y depositado el instrumento de ratificación el 15 de septiembre de 2009 ante la OIT, entrando por tanto en vigencia en el país un año después de dicho depósito, contempla varias normas que establecen las obligaciones de los estados en materia de igualdad y no discriminación. Entre otras, el artículo 2 señala que:

Artículo 2: *1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.*

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;*
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.*

Por su parte, el **artículo 3** establece que “los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

En un sentido similar los artículos 4¹, 6^{2,7,3}, 12⁴, 14⁵ y 15⁶ del mismo Convenio que estipulan un conjunto de derechos en la mira de preservar, proteger y garantizar el respeto a su identidad como pueblos, lo que incluye sus costumbres, tradiciones e instituciones, y la

1. **Artículo 4:** 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
2. **Artículo 6:** 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
3. **Artículo 7:** 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
4. **Artículo 12:** Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.
Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.
5. **Artículo 14:** 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
6. **Artículo 15:** 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

plena efectividad de los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, sin discriminación de ninguna especie, lo que exige por parte de los estados el despliegue de acciones coordinadas y sistemáticas para asegurar la implementación efectiva de todos estos derechos.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación de garantizar a todas las personas el ejercicio de sus derechos sin discriminación en su artículo 2⁷. Por su parte la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CEDR), señala que discriminación racial “denota toda 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”. De esta forma de acuerdo al artículo 2 de la CEDR: “1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas [...]. 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”. En un sentido similar los artículos 5⁸ y 7⁹ de la misma Convención.

-
7. **Artículo 2.** 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
 8. **Artículo 5:** En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:
 9. **Artículo 7:** Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.

De igual manera los estándares de igualdad y no discriminación referentes a pueblos indígenas se encuentran contenidos en otros instrumentos de carácter internacional, que aún sin tener naturaleza vinculante, expresan un consenso que hace parte de un *corpus iuris*, integrado por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General, y que en relación a este punto establece:

Artículo 2

Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

En un sentido similar los artículos 1¹⁰, 3¹¹, 4¹², 21¹³ de la misma Declaración.

2. Deber del Estado y estándares internacionales en materia de participación de los Pueblos Indígenas

De la misma forma el proyecto de ley contempla dentro de sus objetivos fortalecer la participación de los pueblos indígenas en orden a que, como se señalará, será el Ministerio de Pueblo Indígenas el encargado de la Política Nacional Indígena, la que “promoverá la plena participación de los pueblos indígenas y sus miembros en la vida nacional (...)”, por lo que es pertinente señalar cuáles son los estándares internacionales y nacionales en la materia:

La principal fuente normativa está dada por el Convenio 169 de la OIT, que establece que los estados deben desarrollar una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos

10. **Artículo 1:** Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.

11. **Artículo 3:** Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

12. **Artículo 4:** Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

13. **Artículo 21:** 1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

de los pueblos indígenas. Así, en su artículo 2 dispone que: N° 1 “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

En ese sentido el artículo 6¹⁴ del Convenio 169 de la OIT, además, establece el deber de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, mediante un procedimiento realizado de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, a través de sus instituciones representativas. De esta manera, siendo la consulta un derecho de los pueblos, constituye una obligación para los estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT.

En el mismo orden, el Convenio 169 de la OIT establece que los estados deben contar con una institucionalidad apropiada para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, conforme lo dispone así el artículo 33, en el siguiente sentido:

“1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales

14. **Artículo 6:** 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir: a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la proposición de medidas legislativas y de otras índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”.

De igual manera, el derecho de participación de los pueblos indígenas se encuentra contenido en otros instrumentos de carácter internacional, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵, el que ha sido fuente de interpretación y desarrollo tanto de la jurisprudencia de la Corte IDH, como de la práctica que surge de su aplicación del instrumento por parte de los órganos internacionales de derechos humanos. Así, esta señala en su artículo 5, que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”. En el mismo sentido los artículos 8¹⁶, 13¹⁷, 18¹⁸, 23¹⁹.

Finalmente, la Relatoría Especial de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su Informe de 11 de agosto de 2016, A/HCR/33/42, señaló que: “[...] los Estados están obligados a establecer mecanismos culturalmente adecuados para permitir la participación efectiva de los pueblos indígenas en todos los procesos de decisión que

15. Resolución aprobada por la Asamblea General, 107ª sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007.

16. Artículo 8: 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.

17. Artículo 13: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

18. Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

19. Artículo 23: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

afecten directamente a sus derechos. Para garantizar dicha participación, las normas del derecho internacional de derechos humanos requieren consultas de buena fe para obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Este requisito se aplica con anterioridad a la promulgación de medidas legislativas o administrativas, la elaboración de planes de inversión o el otorgamiento de concesiones, licencias o permisos para proyectos en sus territorios o cerca de ellos”.

III. Institucionalidad vigente en materia de pueblos indígenas

La Ley N° 19.253 que estableció normas sobre la protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, creó, además, la institucionalidad gubernamental vigente en materia indígena en nuestro país, la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena o CONADI, conjuntamente con la existencia de otros órganos de inferior jerarquía como las Direcciones Regionales y las oficinas de Asuntos Indígenas.

La CONADI ejerce un doble rol: por una parte, es el principal órgano público sobre pueblos indígenas y, por otra, es la institución donde hasta ahora se canaliza formalmente la representación de pueblos indígenas en Chile; ello se refleja mediante la organización interna de la corporación, la dirección superior la preside el Consejo Nacional de Conadi, integrado por 17 miembros, y conforme lo señala la Ley N° 19.253 (Conadi) en su artículo 41, letra d), 8 de sus representantes son indígenas: *d) ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional.*

De acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 19.253, Conadi reconoce como *principales etnias indígenas de Chile: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, la de las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas y Diaguita del norte del País, las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.* Sin embargo, del reconocimiento de los 9 pueblos indígenas señalado previamente, solo 5 de ellos son representados efectivamente en el Consejo Nacional de Conadi, restando participación a los pueblos indígenas Quechua, Colla y Diaguita del norte del país, y a las comunidades Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes.

A pesar de la trascendental importancia de esta institución, es necesario fortalecer su institucionalidad, puesto que actualmente CONADI no cuenta con presencia ni competencias administrativas, políticas y presupuestarias de alto nivel, que le permitan coordinar intersectorialmente los asuntos sometidos a su competencia. Sus funciones, se limitan a referirse a la “promoción, coordinación y ejecución, en su caso, la acción del Estado

en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional²⁰”.

Conforme a lo anterior, en los fundamentos del proyecto de ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas se señala que si bien la creación de la Ley N° 19.253 en su oportunidad fue un hito, en la actualidad se requiere de una nueva institucionalidad para dar respuesta a los problemas actuales de los pueblos indígenas que reclaman mayores espacios de inclusión y políticas de Estado integrales y sistemáticas, y que sea capaz de generar y coordinar la política pública desde el Estado.

El robustecimiento de la institucionalidad indígena, contenida en este último proyecto de ley, no es nueva. Entre sus antecedentes destaca la constitución en 2001 de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, la cual recomendó en su Informe avanzar en el “[r]econocimiento de las instituciones e instancias organizativas propias de cada uno de los Pueblos Indígenas; y en el diseño e implementación de mecanismos e instancias a través de las cuales se favorezca el establecimiento de mayores niveles de interlocución a través de ellas con la institucionalidad del Estado (...)”. Estimando que “[e]s necesario, considerando el conjunto de recomendaciones aquí propuestas, y en particular aquellas relativas al reconocimiento de los Pueblos Indígenas, concebir una institucionalidad de participación y consulta a través de la cual se efectúe el diálogo entre el Estado y los Pueblos Indígenas en todos los ámbitos de la Política Pública (...)”. La Comisión evidenciaba la “[n]ecesidad de establecer instancias y procedimientos que, dotados de fuerza legal, permitan la formación de la voluntad común de los Pueblos Indígenas, optimizando su participación en la toma de decisiones sobre las políticas que les conciernen. Con ese fin, la Comisión recomienda la creación de un Consejo de Pueblo Indígenas (...)”²¹.

En el mismo orden, varios proyectos de ley anticiparon la creación de un Ministerio de Pueblos Indígenas. De las iniciativas, corresponden aquellas contempladas en el programa de gobierno de la ex-Presidenta de la República, Michelle Bachelet, y tienen su antecedente en dos mensajes presidenciales enviados en el año 2009 bajo la primera administración de la mandataria. El primero de estos mensajes está referido a un proyecto de ley que crea “el ministerio de asuntos indígenas y la agencia de desarrollo indígena”, Boletín N° 6726-06 - Mensaje N° 1254-357 de 29 de septiembre de 2009, y el segundo corresponde al “proyecto de ley que crea el Consejo de Pueblos Indígenas”, Boletín N° 6743-06 de 29 de octubre

20. Artículo 39 de la Ley N° 19.253.

21. Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, 2003, p. 551.

de 2009²²⁻²³ Sin embargo, una primera iniciativa legislativa fue el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de Asuntos Indígenas, Boletín N° 6018-06, ingresado a tramitación legislativa el día 06 de agosto de 2008.

En lo que respecta a la iniciativa de creación del Consejo de Pueblos Indígenas, esta también formó parte del programa del primer Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, en que proponía crear una Agencia de Desarrollo Indígena en reemplazo de CONADI, y la creación de un Consejo de Pueblos Indígenas, antecedentes que se analizan en el capítulo siguiente.

IV. Antecedentes previos a la elaboración del Proyecto de Ley sobre nueva Institucionalidad Indígena

En el ámbito interno, numerosas han sido las iniciativas a fin de establecer un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y fortalecer la institucionalidad indígena. Entre ellos, se identifican aquí los principales hitos ocurridos en Chile:

1. Acuerdo de Nueva Imperial (1989): Fueron asumidos los siguientes compromisos por el Gobierno de la época: el reconocimiento constitucional de los pueblos y sus derechos económicos, sociales y culturales; creación de una Comisión Especial de los Pueblos Indígenas; Creación de una Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, y un Fondo Nacional de Etnodesarrollo²⁴.

2. Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003): En su informe final, la Comisión recomendó, con respecto al reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas: “a) que declare la existencia de los pueblos indígenas, que forman parte de la nación chilena y reconozca que poseen culturas e identidades propias; b) declare que los Pueblos Indígenas de Chile son descendientes de las sociedades pre-coloniales que se desarrollaron en el territorio sobre el que actualmente el Estado Chileno extiende su soberanía, a las que

22. Ambos proyectos de ley no registran tramitación legislativa desde el 20 de enero de 2010, según señala el sitio web del Senado de la República.

23. Estas propuestas hicieron parte de las 50 primeras medidas para los primeros cien días de Gobierno, al señalar: “Por esto, en los primeros 100 días de Gobierno enviaremos un proyecto de ley con discusión inmediata, que confiere rango de Ministro de Asuntos Indígenas al Director de la Conadi. Pero este es el primer paso. Para que tenga más fuerza esta institución se enviará al Congreso el proyecto de ley que crea el Ministerio de Asuntos Indígenas, que será además el encargado de colaborar con el Presidente de la República en la definición de una política indígena para Chile. Junto a este, enviaremos el proyecto de ley que crea el Consejo de Pueblos Indígenas, autónomo y representativo de los diversos pueblos que existen en Chile. El Consejo deberá tener funciones consultivas y resolutivas y garantizar la debida representación por Pueblos, entre otras materias. Esta iniciativa será con consulta de los Pueblos Indígenas”.

24. Acta de Compromiso “Nueva Imperial”, de 1° de diciembre de 1989, p. 1 y 2.

están ligadas por una continuidad histórica; c) establezca el deber del Estado de garantizar la preservación de la diversidad étnico cultural de la nación y, por consiguiente, la preservación y el ejercicio de la cultura y la identidad de los Pueblos Indígenas, con pleno respeto de la autonomía de sus miembros, y; d) que en consonancia con dicha declaración, reconozca y garantice el ejercicio de un conjunto de derechos colectivos a favor de los Pueblos Indígenas, entre ellos se señalan los derechos políticos, derechos territoriales, y derechos culturales”²⁵.

3. Estatuto Constituyente Indígena: La Comisión de Legislación del Consejo Nacional de la CONADI, a propósito del resultado del proceso constituyente indígena realizado en el país, entre los meses de mayo de 2016 a marzo de 2017, propone la adopción de un texto constituyente indígena que considere los siguientes puntos: a) Estado Plurinacional; sobre el particular cabe señalar su texto “Chile es una comunidad de naciones, compuesta por la nación chilena y las naciones indígenas, que se organizan en un Estado plurinacional, democrático y participativo”; b) Naciones Indígenas; c) Reconocimiento a la Libre Determinación; d) Derecho a la Tierra y al Territorio; e) Derecho consuetudinario; f) Recursos Naturales; g) Agua; h) Identidad Indígena; i) Participación Política; j) Jurisdicción Indígena; k) Medio Ambiente; l) El conocimiento Indígena; m) Participación y consulta; n) Derechos Culturales; ñ) Derechos Lingüísticos, y o) Salud²⁶.

En el mismo orden, destacan las siguientes iniciativas parlamentarias respecto del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas:

1. Boletín 2360-07: En el año 1999 fue presentado un proyecto de reforma constitucional para reconocer la existencia de los pueblos indígenas y otorgarles participación política en el Estado. En tal ocasión, un grupo de diputados/as pertenecientes tanto a la Concertación de Partidos por la Democracia como a la Alianza por Chile, propuso la creación de escaños reservados en las dos cámaras para representantes de los pueblos indígenas de acuerdo a su proporcionalidad dentro de la población nacional. También plantearon la elaboración de un Registro Electoral Indígena mediante el cual se pudieran elegir sus representantes;

2. Boletín 5402-07: En 2007, la Concertación de Partidos por la Democracia presentó otra iniciativa de reforma constitucional en la que proponía una reforma al artículo 50, para garantizar la representación indígena en el Congreso;

25. Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas, de 28 de octubre de 2003, pp. 535 y ss.

26. Estatuto Constituyente Indígena, redactado por la Comisión de Legislación del Consejo Nacional de la Conadi, compuesta por representantes de las diversas naciones indígenas de Chile, reunida en la ciudad de Santiago de Chile el día 18 de abril de 2017.

3. Boletín 8438-07: Otra propuesta, en julio de 2012 por diputados/as de los principales partidos del país, planteaba que el Estado debía “reconocer y garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, su representación política y su participación efectiva” en instancias de decisión respecto a tales derechos. En este proyecto se defendió la idea de que, en elecciones simultáneas a las parlamentarias, se eligieran diez diputados/as y cuatro senadores/as representantes de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la Ley Indígena;

4. En el mismo sentido, en 2013 un grupo de dirigentes de partidos de centro izquierda (incluyendo representantes del Partido Demócrata Cristiano, del Partido por la Democracia, del Partido Socialista, del Partido Radical Social Demócrata, del Partido Comunista y del Partido Izquierda Ciudadana), autodenominado como “Frente Indígena de Partidos de Oposición”, presentó una propuesta de escaños reservados no solo a nivel legislativo nacional, sino también para gobiernos locales y regionales;

5. Boletín 11.873-07: Iniciativa parlamentaria del senador por la Región de la Araucanía Francisco Huenchumilla Jaramillo, quien presentó un proyecto de ley de reforma constitucional que “reconoce la plurinacionalidad y los derechos de los pueblos indígenas”;

6. Boletín 11.939-07: Iniciativa parlamentaria de la diputada Emilia Nuyado Ancapichún, quien ingresó una moción que modifica la Carta Fundamental para consagrar el reconocimiento de los pueblos indígenas, su cultura y tradiciones, y garantizar su participación y representación política;

7. Proceso Constituyente Indígena: Cabe mencionar que, en el marco del Proceso Constituyente Indígena para una nueva Constitución, desarrollado en el país en el año 2016, conforme lo establecen las obligaciones internacionales para el Estado de Chile, se llevó a cabo una consulta del Proceso Constituyente Indígena. Mediante Resolución Exenta del Ministerio de Desarrollo Social N° 0329, de 06 de mayo de 2016, se dispuso la realización del Proceso Participativo Constituyente Indígena, el que culminó un año después con la entrega del Informe de Sistematización a la Presidenta de la República, en mayo de 2017, oportunidad en la cual la ex-Presidenta señaló que “[l]as propuestas más relevantes que se expresan en estas actas serán consideradas en el proyecto de nueva Constitución que enviaremos al Congreso Nacional”. El Proceso Participativo Constituyente Indígena se realizó en todo el territorio chileno y tuvo tres modalidades de participación: encuentros convocados, encuentros auto-convocados, y participación individual, en los cuales participó un total de 17.016 personas, entre los meses de mayo a diciembre de 2016. En dicho contexto se propuso someter a Consulta Indígena dos medidas discutidas en el proceso participativo, ello es: a) Reconocimiento Constitucional, que comprende el Reconocimiento

de los Pueblos Indígenas, Derechos Territoriales, Derechos Lingüísticos y Culturales, y la interpretación de la nueva Constitución que se hará conforme a los derechos que la misma ley establece para los pueblos indígenas, y b) Representación y Participación Política de los Pueblos Indígenas²⁷.

Finalmente, el texto de la nueva Constitución incorpora reconocimiento constitucional y participación política en los siguientes términos: “[e]l Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional”²⁸.

El actual mandatario Sebastián Piñera señaló en su programa de Gobierno, respecto del reconocimiento constituyente de los pueblos indígenas, el siguiente texto “Reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas, impulsando el diálogo con los mismos a través de los mecanismos de participación y consulta respectivos”. En el mismo sentido fue reforzada la idea en la primera cuenta pública el pasado 1º de junio de 2018²⁹.

V. Visión del INDH sobre la institucionalidad y derechos de los pueblos indígenas

Los derechos de los pueblos indígenas han sido una preocupación constante para el INDH, en ese sentido, el primer Informe Anual el año 2010 señaló, a raíz de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, que: “La implementación efectiva de este instrumento requiere del esfuerzo del Estado para armonizar la legislación interna de manera de dar cumplimiento a todos los derechos reconocidos en el Convenio, entre ellos los de participación, consulta, derecho a tierras y territorios, recursos naturales y derecho al desarrollo”³⁰.

En relación a la materia de **igualdad y no discriminación** en el goce y ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, el INDH ha sostenido que: “[...] la relación entre el Estado y los pueblos indígenas no puede concebirse sin que el primero

27. Resolución Exenta N° 726, de 22 de julio de 2017, la cual Dispone la realización del Proceso de Consulta Indígena que Indica e Inicia procedimiento administrativo, en el marco de una Nueva Constitución para Chile.

28. Mensaje Presidencial N° 407-365/, de fecha 06 de marzo de 2018. A la fecha de emisión de la presente minuta, el proyecto de ley en comento se encuentra sin tramitación legislativa.

29. Programa de Gobierno de Sebastián Piñera 2018-2022: 123. A la fecha de emisión de la presente minuta, fue presentado el denominado “Plan Araucanía”. Información disponible en: <https://www.gob.cl/acuerdoporlaaraucania/>.

30. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2010*, p. 91.

se haga cargo del legado de despojos y privaciones que han sufrido dichos pueblos, no sólo en relación con sus tierras, territorios y recursos naturales, sino también en términos del avasallamiento de la identidad política y cultural como consecuencia de la discriminación y la negación histórica de derechos de que han sido objeto dichos pueblos”³¹.

A mayor abundamiento, el INDH señaló en el Informe Anual del año 2012, que: “la relación con los pueblos indígenas requiere abordarse desde una perspectiva que respete los derechos colectivos e individuales de dichos pueblos, lo que implica incorporar en las políticas públicas y diseños institucionales una aproximación que reconozca el pluralismo cultural, asumiendo la diversidad cultural de la sociedad chilena con el objeto de instaurar relaciones interculturales asentadas en el respeto y garantía de los derechos sin discriminación”³².

En relación a la **participación indígena**, el INDH ha sostenido que: “el establecimiento de mecanismos institucionalizados que permitan garantizar la participación efectiva en la toma de decisiones, en todos aquellos asuntos que incidan o puedan afectar sus derechos o intereses, es un derecho establecido en el Convenio. El Estado frente a toda medida de carácter administrativo o legislativo susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, deberá realizar previa consulta o participación, de buena fe, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, con el fin de lograr un acuerdo o consentimiento (artículo 6 y 7)”³³.

En ese sentido, “el derecho a la consulta y la participación deberá garantizarse respecto de ciertas áreas especialmente sensibles, entre las que se encuentran las concesiones de prospección o explotación de los recursos del subsuelo de los territorios indígenas (artículo 15.2); la enajenación de las tierras de los pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17); la reubicación, que sólo deberá efectuarse con el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16); la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional (artículo 22) y las medidas orientadas a enseñar a leer y escribir a los niños en su propio idioma (Artículo 28)”.

Finalmente, sobre el estado actual de la **institucionalidad indígena**, el INDH ha señalado que:

“[...] la ausencia de reconocimiento constitucional de la pluriculturalidad del Estado y de la

31. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, Informe Anual 2010, p. 91.

32. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2012*, p. 61 y 62 respectivamente.

33. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, Informe Anual 2010, p. 91.

sociedad chilena representa un déficit institucional para encarar las relaciones con los pueblos indígenas [...]”³⁴,

Lo anterior ha provocado, además, falta de coherencia en las políticas públicas sectoriales, todo lo cual ha incrementado la conflictividad y dificultado el reconocimiento íntegro de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Chile. Además de la falta de reconocimiento constitucional, se agrega también la ausencia de una institucionalidad al más alto nivel, que tenga por objeto el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Esta situación ha derivado en complejidades al momento de constituir una relación con estos en un plano de igualdad y no discriminación, que permita establecer bases para una convivencia intercultural en el país que contribuya efectivamente a manejar los conflictos que se arrastran hace años.

En ese sentido, agrega el INDH que:

“Diversas instancias internacionales, órganos de control, relatorías especiales del sistema de Naciones Unidas y sentencias internacionales, se han pronunciado sobre la situación de los pueblos indígenas y los déficit institucionales que el Estado de Chile presenta en la materia”³⁵.

Ahora, respecto al **Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas, el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas**, el INDH ha señalado que ambas medidas “son valorables en tanto se orientan a fortalecer la institucionalidad pública en éste ámbito”.

Al respecto, el INDH ha sostenido que: “el país ha contado con una institucionalidad que si bien dio respuestas a demandas en su momento ha demostrado su agotamiento e insuficiencia. De prosperar las iniciativas de ley señaladas se podría avanzar en superar dichas instancias, precarias en su existencia y débiles en sus atribuciones, que en el pasado reciente intentaron coordinar la acción gubernamental hacia los pueblos indígenas”³⁶

34 Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2013*, p. 19.

35 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, *Informe Anual 2010*, p. 94.

36 Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2015*, p. 94.

VI. Proyecto de nueva institucionalidad indígena

El diseño institucional que se propone en el proyecto de ley aquí mencionado, y que está actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, implica la existencia de una estrecha relación entre el Ministerio de Pueblos Indígenas, el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, a propósito de la Política Nacional Indígena.

Por otra parte, y en coordinación con el resto de la institucionalidad que se pretende crear (Consejos de los Pueblos Indígenas y Consejo Nacional de Pueblos Indígenas), se pretende adjudicar la facultad de “promover el estudio, diseño, elaboración, monitoreo y evaluación de la Política Nacional Indígena”. Dicha política busca incentivar la plena participación de estos pueblos como colectividad, y a sus integrantes, en la vida nacional, y en el ejercicio de las garantías fundamentales que el ordenamiento jurídico le reconoce. Por otra parte, buscará implementar la promoción del acceso a los recursos naturales, la protección de la tierra indígena, el equilibrio ecológico y el desarrollo económico y social de los miembros que pertenecen a la comunidad.

Dentro del ámbito de sus competencias, le corresponderá al Ministerio de Pueblos Indígenas la implementación del Convenio 169 de la OIT, su seguimiento y evaluación. También, la proposición al Presidente o Presidenta de las iniciativas legales, reglamentarias y administrativas; los planes y programas destinados al desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, pudiendo, además, elaborar y coordinar los planes y programas intersectoriales destinados al mismo objetivo; así como desarrollar políticas en coordinación con el Servicio Nacional de los Pueblos Indígenas; la generación de programas de asesoría y defensa jurídica de los y las indígenas y sus comunidades, sin perjuicio de las atribuciones que otros organismos del Estado pudieren tener en esta materia; la proposición de medidas de protección del territorio indígena y los recursos naturales, genéticos, y del patrimonio arqueológico, histórico, artístico, cultural e intelectual; entre otros.

Asimismo, el proyecto contempla la posibilidad de establecer *Áreas de Desarrollo Indígena*, que serán espacios territoriales en que se focalicen y desarrollen beneficios económicos, sociales y culturales, en consulta y con participación de los pueblos interesados.

En cuanto a su organización administrativa, el Ministerio estará compuesto por el o la Secretario/a de Estado; el o la Subsecretario/a de Pueblos Indígenas, y; las Secretarías Regionales Ministeriales, en todas las regiones del país.

Esta estructura administrativa contempla relevantes competencias relativas a la implementación de la participación y consulta indígena, en cuanto a la coordinación con los

otros organismos públicos competentes y a la asistencia técnica necesaria.

Por último, considera la creación de un Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas, con el objeto de colaborar en la elaboración, seguimiento y evaluación de las políticas, planes y programas orientados al desarrollo de los pueblos indígenas y sus miembros, además de resolver con carácter vinculante las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena. Pues bien, sin perjuicio del esfuerzo del Estado en la creación de un Ministerio que tenga por objeto el diseño, coordinación y evaluación de la Política Nacional Indígena, así como toda otra política relacionada con esta materia, preocupa al INDH que ciertas disposiciones no se adecúan plenamente al contenido del Convenio 169, las que se sugiere sean tratadas durante su tramitación legislativa y se analizarán en el siguiente apartado de la presente minuta.

VII. Aspectos temáticos del Proyecto de Ley

1. Fortalecimiento institucional

El INDH valora el esfuerzo de fortalecimiento institucional con la creación de instancias de mayor jerarquía en el aparato estatal (Ministerio, Subsecretaría; Secretarías Regionales Ministeriales y un Servicio), para coordinar e impulsar una política hacia los pueblos indígenas con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad, que sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado de Chile, lo anterior en reemplazo de la actual CONADI, como ente público a cargo de la política indígena del Estado. Como se señaló, es necesario robustecer la institucionalidad para poder cumplir con los estándares de derechos humanos en la materia.

En ese sentido, ambos proyectos introducen una reformulación importante de la institucionalidad en materia indígena, generando una distinción que se hacía necesaria entre la institucionalidad del Estado para articular su relación con los pueblos indígenas (institucionalidad “para” los pueblos indígenas) y la institucionalidad de los propios pueblos indígenas para dialogar con el Estado (institucionalidad “de” los pueblos indígenas).

La existencia de una nueva institucionalidad para y de los pueblos indígenas -tanto por medio del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y los Consejos de Pueblos Indígenas, como del Ministerio de Pueblos Indígenas-, constituye una señal importante en la transformación de las relaciones del Estado con los pueblos indígenas, que puede llevar a una nueva etapa de reconocimiento, diálogo y respeto. Ellas, sin embargo, deben ir acompañadas de modificaciones legislativas, políticas públicas y destinación de recursos suficientes de

conformidad con las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos el país ha contraído, para hacer posible esta nueva forma de relacionamiento³⁷.

Es destacable en este proyecto de ley las competencias y funciones entregadas al Ministerio para los efectos de cumplir su misión encomendada, entre ellas la elaboración y proposición de la Política Nacional Indígena; el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a promover y fortalecer los derechos de los pueblos indígenas, su desarrollo económico, social y cultural; la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria contra los pueblos indígenas; la promoción en el desarrollo de programas de educación y difusión de la cultura, lengua y derechos de los pueblos indígenas; la facultad de presentar iniciativas legales, reglamentarias y administrativas; el proponer medidas destinadas a la protección de la tierra y territorios indígenas y de los recursos naturales existentes en ella, así como de los recursos genéticos, entre otras funciones, las que deben, sin embargo, realizarse con pleno respeto del derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, estableciendo sus prioridades en materia de desarrollo y controlar su desarrollo económico, social y cultural tal como lo dispone el art. 7.I del Convenio 169.

Se valora igualmente el hecho que el Ministerio tenga, dentro de sus competencias, la de generar programas de asesoría técnica y defensa jurídica de los pueblos indígenas y sus comunidades. Respecto de la defensa jurídica, deben sin embargo tenerse presente las prohibiciones que pesan sobre los y las funcionarios/as públicos/as de poder accionar y actuar en juicio en contra del Estado³⁸.

En diversas partes del proyecto, se indica la participación de parte de los pueblos indígenas en las acciones comprendidas dentro las facultades del Ministerio. Así, por ejemplo, se indica que “Al Ministerio de Pueblos Indígenas le corresponderá, dentro de sus funciones, promover que los demás órganos públicos desarrollen una acción coordinada y sistemática, en conjunto con los pueblos indígenas, a través de su Consejo Nacional [...]”³⁹; “Los pueblos

37. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2016*, p. 32.

38. “El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones: [...] c) Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que atañe directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción;

d) Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico; [...]”. DFL 29, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, 2016. Art. 84.

39. Fundamentos del proyecto de ley “Contenido del Proyecto”. I. Crea el Ministerio de Pueblos Indígenas”, p. 7.

indígenas, especialmente a través de los Consejos de Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas participarán en la formulación y evaluación de las políticas, planes y programas de desarrollo nacional y regional indígena [...]”⁴⁰; “Corresponderá al Ministerio de Pueblos Indígenas, con la participación de los pueblos indígenas, especialmente a través de los Consejos de los Pueblos Indígenas y del Consejo Nacional de los Pueblos Indígenas, el estudio, diseño, elaboración, monitoreo y evaluación de la Política Nacional Indígena”⁴¹.

No obstante las disposiciones antes indicadas, el proyecto no especifica el modo en que se materializará la participación indicada ni el alcance de esta. Del análisis conjunto del proyecto de ley que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas⁴², se indica que la participación sería solo de carácter consultiva sin poseer efectos vinculantes. Por ello, se recomienda a los poderes del Estado, esto es el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional, el deber de implementar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, incluida la consulta sobre el mecanismo de consulta, de manera de garantizar la legalidad y legitimidad del procedimiento⁴³, en aquellas materias susceptibles de llevar a cabo por medio de consulta.

Lo anterior debe ser comprendido en armonía con lo dispuesto en el art. 6.I, letra b) del Convenio 169 que dispone como deber de los gobiernos establecer “ [...] los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”, lo anterior en concordancia con el art. 33.2, letras a) y b), que indica que los programas orientados a dicho fin deberán incluir: “a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados”. Por lo anterior, se recomienda que el proyecto considere, en lo que resta de su tramitación legislativa, el objetivo de evitar que esta participación se reduzca a una expresión meramente declarativa, incorporando por ejemplo, estándares internacionales sobre participación indígena.

40.Título I “Del Ministerio de los Pueblos Indígenas”, Párr. 1º Naturaleza, atribuciones y funciones, Art.1º inc.3º.

41.Título I “Del Ministerio de los Pueblos Indígenas”, Párr. 1º Naturaleza, atribuciones y funciones, Art. 4º.

42.*Idem*.

43. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los derechos humanos en Chile. Informe Anual 2011*, Recomendación General, p. 270.

Se destaca el hecho que al Ministerio le corresponderá la función de colaborar y prestar asesoría técnica a los demás órganos de la Administración del Estado en la implementación y ejecución de los procesos de consulta previa (art. 3º). Lo anterior contribuirá sin duda a proveer lineamientos técnicos especializados, homogeneizar los procesos, y hacerlos más eficientes y eficaces. Sin embargo, preocupa el hecho que el proyecto entrega a una regulación reglamentaria la determinación de los elementos “necesarios para determinar la procedencia y ejecución de los procesos de consulta previa y participación de los pueblos indígenas, conforme a lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la OIT” (art. 3, inc. 1º), sin establecer directrices al respecto.

Así, en opinión del INDH, la tramitación de este proyecto de ley resulta una oportunidad única para fijar, vía legal, los elementos que regirán sobre esta materia, contando con una planificación, plazos y recursos adecuados y razonables para cada una de las etapas propuestas (de acuerdo al Convenio 169), evitando que el contenido total del proceso de consulta quede supeditado a disposiciones de carácter reglamentario⁴⁴. En el mismo sentido preocupa finalmente que muchas de las materias trascendentales abordadas en el Proyecto de Ley, como el funcionamiento del Comité Interministerial, la organización del Ministerio de Pueblos Indígenas, los procedimientos de establecimiento, administración y gestión de las Áreas de Desarrollo Indígena, considerando la participación de los pueblos indígenas en la materia, entre otros, queden supeditadas a la dictación de futuros reglamentos.

2. Sobre la consulta a los pueblos indígenas

El proyecto indica, asimismo, que el Ministerio deberá recibir y analizar las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena efectuada por los organismos de la Administración del Estado para efectos de ser remitidos al Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas para resolver con carácter vinculante acerca de la procedencia de consulta previa⁴⁵.

Parece acertado el hecho que sea el órgano especializado en la materia, “el Ministerio”, quien reciba y analice todas las solicitudes de consulta indígena de parte de los órganos del Estado, centralizando y dándole coherencia al proceso, como asimismo estableciendo una acción coordinada desde el Estado en materia de Política Nacional Indígena. Sin embargo, preocupa el hecho que una materia tan trascendente quede determinada con carácter

44. Así, por ejemplo, la regulación del proceso de consulta en Perú se efectúa a través de la Ley N° 129.785 de “Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas u Originarios” del año 2011. Esta ley, además, posee un Reglamento (2012) que viene a complementarla y detallar los procedimientos contenidos en la ley. Regulando ambos cuerpos normativos en su conjunto, en forma detallada, cada uno de los procedimientos que componen el proceso de consulta. En: <http://bdpi.cultura.gob.pe/marco-legal>.

45. Art 3º inc.2 y art. 14.

vinculante por el Comité Interministerial sobre Pueblos Indígenas, toda vez que el proyecto no indica la integración ni el funcionamiento del mismo, quedando entregada a la regulación administrativa por vía reglamentaria dichos contenidos, materia que al igual que lo indicado en el párrafo precedente, se estima debiese estar regulada por ley⁴⁶.

Cabe hacer presente que dejar a normas administrativas la regulación de ciertas funciones del Ministerio o del Comité Interministerial (como su conformación y/o funcionamiento) que pudieran afectar los derechos de los pueblos indígenas, como asimismo los elementos necesarios para determinar la procedencia y ejecución de los procesos de consulta previa y participación de los pueblos indígenas, deberán igualmente pasar por un proceso de consulta indígena previa. Lo anterior, en conformidad lo dispone el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que indica que los gobiernos deben consultar a los pueblos indígenas “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...]”.

Finalmente, el INDH celebra el hecho que el proyecto indique que cada proceso de consulta será financiado con cargo a los presupuestos vigentes de los servicios que correspondan, por lo que deberá ser tema de discusión para la siguiente tramitación de ley de presupuestos en el Congreso Nacional, luego de la aprobación del presente proyecto de ley, la creación de un ítem presupuestario para cada repartición del Estado con el fin de poder cumplir con los eventuales procesos de consulta que pudieren producirse.

3. Sobre la Política Nacional Indígena

El proyecto indica que la Política Nacional Indígena tendrá como objetivo general desarrollar una acción coordinada y sistemática de los órganos de la Administración del Estado, orientada a proteger los derechos de los Pueblos Indígenas y garantizar el respeto de su integridad, conforme a lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (art. 4º). No obstante lo positivo del contenido anterior, no se precisan en el proyecto ni la forma ni los medios o programas que contemplará la Política Nacional Indígena para cumplir con las acciones comprendidas en los verbos rectores indicados de “proteger” y “garantizar”, lo que queda indeterminado. Al respecto, el Convenio 169 entrega orientaciones indicando que los programas deberán

46. Esto, como ha señalado el INDH, por cuanto las “demás funciones que se entregarán al comité podrían ser susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, y con el objeto de promover la adecuada articulación entre las instituciones creadas [se] considera necesario que la discusión relativa a su alcance tenga lugar en sede legislativa junto con la actual tramitación. Lo anterior se refuerza en la medida que el proyecto le atribuye fuerza vinculante a las decisiones que adopte este Comité Interministerial respecto de las solicitudes de procedencia de consulta indígena que se sometan a su conocimiento”. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, Informe Anual 2016, p. 31 y 32.

incluir: “a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio; b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados” (artículo 33.2, letras a y b).

4. Sobre la organización de la nueva institucionalidad

El proyecto de ley establece en el artículo 19, que “El Servicio Nacional de los Pueblos Indígenas será el sucesor legal y patrimonial de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, una vez que entre en funcionamiento conforme a lo establecido en la ley”.

A su vez, el artículo 20 del proyecto de ley señala que “Las referencias que las leyes, reglamentos y demás normativa vigente hagan a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, CONADI- al Director Nacional u otras autoridades de dicha Corporación, deberán entenderse realizadas al Servicio Nacional de los Pueblos Indígenas, a su Director Nacional u otras autoridades, al Ministerio de Pueblos Indígenas, a la Subsecretaría de Pueblos Indígenas, a su Ministro o Subsecretario, según corresponda”.

Luego, el Artículo Segundo transitorio del proyecto de ley modifica la Ley N° 19.253 derogando toda normativa referida al Consejo Nacional de la CONADI, debido a la creación del Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas (Proyecto de Ley Boletín 10.526-06), una vez que entren en funcionamiento los últimos.

Respecto de las funciones contempladas para el Servicio Nacional de los Pueblos Indígenas, señala el proyecto de ley que continuará ejerciendo aquellas funciones propias de CONADI en su calidad de sucesor legal. En ese orden, destaca el artículo 14 del Decreto Supremo N° 66, de fecha 15 de noviembre de 2013 del Ministerio de Desarrollo Social, en el cual contempla el rol en la coordinación y ejecución en su caso de la asistencia técnica que requieran los órganos de la Administración del Estado. La misma norma establece en qué consiste la asistencia técnica.

Luego, siguiendo el mismo orden, el proyecto de ley contempla en el artículo 3, a propósito de la Consulta Previa Indígena, que el Servicio podrá emitir un informe respecto a las solicitudes de procedencia de consulta previa indígena efectuadas por los organismos de la Administración del Estado realizadas al Ministerio de Pueblos Indígenas, para su análisis.

En el mismo sentido, y en coordinación con las funciones que le corresponden al Ministerio de Pueblos Indígenas, según señala el artículo N° 6, letra d), le competará “Desarrollar

políticas en coordinación con el Servicio Nacional de los Pueblos Indígenas, respecto de los fondos a que se refiere la ley N° 19.253”.

En relación a la dotación funcionaria con que contará esta nueva institucionalidad, la cual se encontrará integrada por un Ministerio, una Subsecretaría y Secretarías Regionales Ministeriales en cada región del país, el proyecto no hace mención a la deseable especialización e idoneidad funcionaria con que deberán contar quienes se desempeñen en él, asunto que debe llamar la atención para ser incorporada en la iniciativa, dada la especificidad de la materia y asuntos sobre los cuales esta institucionalidad ejercerá sus funciones. El traspaso de funcionarios y funcionarias desde CONADI y la Subsecretaría de Evaluación Social y Servicios Sociales (art. 3°, inc. 2°) que actualmente se desempeñan en materias de carácter indígena, asegurarían al menos una base de conocimientos, la que no obstante lo anterior no es suficiente en consideración a la magnitud de la institucionalidad a ser creada.

Por otra parte, el proyecto no introduce modificaciones a la estructura funcionaria, presupuestaria y de competencias del Servicio Nacional de Pueblos Indígenas (SENAPI), en tanto sucesor legal de CONADI, resultando del todo inoficioso traspasarlas a SENAPI sin efectuar un análisis de las mismas a la luz de la creación de toda la nueva institucionalidad en la materia que se pretende crear con el actual proyecto de ley.

Por su parte, el proyecto considera la eliminación del Consejo Nacional de CONADI una vez que SENAPI entre en funcionamiento, lo cual se considera un avance en la medida que la representatividad indígena que el primero comprendía, ahora se refleje de mejor manera en el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas que crea la iniciativa que se tramita en paralelo. Se valora que el proyecto considere la creación de Subsecretarías Regionales Ministeriales en cada región del país, a diferencia de lo que sucede con la actual presencia territorial de CONADI, la cual no cuenta con representación oficial en todas las regiones. Conforme lo establece la Ley N° 19.253, en su artículo 38, existe la siguiente organización territorial: dos subdirecciones nacionales, una de ellas en la ciudad de Temuco y la otra en la ciudad de Iquique. Existen además direcciones regionales con sede en Cañete, Valdivia y Osorno en el sur, mientras que en el norte del país existen direcciones regionales en Arica y San Pedro de Atacama. Se suma al funcionamiento, oficinas de Asuntos Indígenas en Santiago, Isla de Pascua y Punta Arenas. De esta manera se deberá evaluar el mantenimiento de las direcciones nacionales, regionales y oficinas de asuntos indígenas evitando de esta forma duplicidad o superposición de funciones.

5. Sobre la consulta previa libre e informada del Proyecto de Ley que crea el Ministerio de Pueblos Indígenas

Dentro de los fundamentos del proyecto se señala respecto del proceso de consulta efectuado entre los años 2014 y 2015 que “[...] se llegó a acuerdos respecto de la medida legislativa en cuestión con los nueve pueblos indígenas, los que consintieron en la creación de este órgano del Estado”⁴⁷, con lo cual “[...] el Estado dio cumplimiento a las obligaciones referidas a la consulta previa establecida en el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT [...]”⁴⁸. El INDH difiere de lo anterior, en el entendido que la medida prelegislativa de la consulta efectuada, si bien abordó materias esenciales, el presente proyecto de ley toca una serie de materias trascendentes que, por su especificidad, no fueron abordadas o no figuran como acuerdos de la consulta desarrollada por el Ministerio de Desarrollo Social (MDS)⁴⁹, lo cual es propio del debate parlamentario al incorporar materias durante la tramitación legislativa, ya sea mediante indicaciones de parlamentarios/as o bien por el Poder Ejecutivo. Así, el INDH desea recordar que, con el fin de dar satisfacción al deber general de garantía, el Estado debe asegurar la participación de los pueblos indígenas en la tramitación de los proyectos de ley en el Congreso Nacional, y llama al Poder Legislativo a garantizar la participación de los pueblos indígenas durante el debate legislativo, de los proyectos de ley en comento. En este sentido, y constatando que la Comisión Bicameral constituida el año 2013 para desarrollar un mecanismo de consulta de medidas legislativas, de conformidad al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aún no concluye su labor; insta a dicha Comisión a finalizar a la brevedad posible con el objeto de instituir un mecanismo de consulta previa en sede legislativa.

A estos efectos, conviene recordar que el carácter previo de la consulta, dentro del marco conducido por el MDS, debe a la vez interpretarse con la flexibilidad necesaria para lograr la efectiva participación de los pueblos indígenas en las materias que les afectan directamente. En el caso de la adopción de una medida legislativa como la que concierne a este informe, “[...] los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión”⁵⁰.

47. Fundamentos del Proyecto. II. El Proceso de Consulta, p. 4.

48. *Ídem*, pp. 4-5.

49. Al respecto ver Instituto Nacional de Derechos Humanos, op. cit., Informe Anual 2015, p. 198. Asimismo, en INDH, en Informe de observación sobre el proceso de consulta previa desarrollado por el Ministerio de Desarrollo Social referido a la creación del Ministerio de Pueblos Indígenas y del Consejo o Consejos de Pueblos Indígenas. Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de mayo de 2015 – Sesión 250 (disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/818/Informe.pdf?sequence=1>).

50. James Anaya, ex-Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades

Lo anterior evidencia la necesidad de concebir el proceso de consulta como un proceso continuo que, dependiendo de las circunstancias del caso -como lo es una medida legislativa sobre institucionalidad indígena-, deberá plantearse con la flexibilidad necesaria en aras a lograr, en la mayor medida posible, la plena información y consentimiento de los pueblos. Es contrario al espíritu de la norma del Convenio 169 de la OIT dar por categóricamente agotada la consulta por la circunstancia de haberse verificado una consulta formal, antes de presentarse la medida al Congreso. Por el contrario, es conforme al tratado acoger nuevamente, dentro del proceso legislativo, la apertura del diálogo sobre toda materia trascendente que incluya el proyecto.

6. Sobre las Áreas de Desarrollo Indígena o Zonas ADI

En relación a las facultades que el proyecto otorga al Ministerio de establecer Áreas de Desarrollo Indígena, cabe señalar que si bien este contempla consulta y participación de los pueblos indígenas en los procedimientos de establecimiento, administración y gestión de las ADI, esta se formula en términos generales y supeditada a la dictación de un futuro Reglamento, lo que se mira con preocupación, especialmente considerando que el reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena del Convenio 169 de la OIT (Decreto 40/2012 del Ministerio de Medio Ambiente, y Decreto 66/2014 del Ministerio de Desarrollo Social), entró en vigencia 6 años después de promulgado el Convenio.

Por otro lado, señala la norma que el objetivo de estas zonas es focalizar “la acción en beneficio del desarrollo económico, social y cultural de los indígenas y sus comunidades pudiendo, para tales efectos, considerar elementos de cooperación público privada”, sin establecer mecanismos específicos de participación de los pueblos indígenas en ellas, en consistencia con el artículo 2 N° 1 del Convenio 169 antes citado, y conforme lo establece el artículo 34 de la Ley N° 19.253.

Asimismo, el proyecto debería establecer que, en la decisión acerca del establecimiento de las Áreas se pueda contar con la opinión del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas o el Consejo de los Pueblos Indígenas que corresponda, según el territorio de que se trate. Esto, a fin de incluir en estas materias a la nueva institucionalidad “de” los pueblos indígenas que se propone crear, conjuntamente con la determinación de la forma, procedimiento y alcance de dicha participación, incentivando las capacidades propias de los pueblos indígenas en el uso de sus propios recursos naturales, humanos, económicos y culturales, promoviendo así el desarrollo con identidad de acuerdo a las propias definiciones de las comunidades involucradas.

fundamentales de los y las indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile, 24 de abril de 2009. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf> p. 5.

7. Presupuesto

Por último, en términos presupuestarios, el Informe Financiero complementario que acompaña el proyecto para su primer año de entrada en vigencia considera un costo aproximado de \$4.695 millones, especificando que de estos, “los gastos en personal no podrán exceder la cantidad de \$2.130 millones”, lo cual resulta un motivo de preocupación, por cuanto debe entenderse que el grueso del presupuesto no se destinará a las funciones propias que se le encomiendan a esta nueva institucionalidad. Lo anterior tomando en consideración el art. 33.I del Convenio 169 que indica el deber de la “autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio” de “asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones”.

8. Entrada en vigencia del Ministerio de Pueblos Indígenas

Cabe tener presente que, a propósito de la vigencia de la ley que crea el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y los Consejos de Pueblos Indígenas, dispone el artículo cuarto –transitorio- “La presente ley entrará en vigencia en la misma fecha en que inicie sus funciones el Ministerio de Pueblos Indígenas, o a contar de la fecha de publicación de la presente ley, en el caso de que esta última sea publicada con posterioridad a la ley del Ministerio de Pueblos Indígenas”.

Con ello, se supedita la entrada en vigencia de la ley al inicio efectivo de funciones del Ministerio de Pueblos Indígenas, o bien a contar de la data de publicación de la ley si esta fuese posterior a la del Ministerio de Pueblos Indígenas, lo que podría no estar en correlación con el objetivo de la institucionalidad planteado, puesto que ambos proyectos deben dialogar para lograr el cumplimiento de sus objetivos.

De esta manera, el diseño institucional que se propone en los dos proyectos de ley mencionados, y que están actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, implica la existencia de una estrecha relación entre el Ministerio de Pueblos Indígenas y el Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y los Consejos de Pueblos Indígenas, a propósito de la Política Nacional Indígena. Por ello, se sugiere que el avance legislativo de ambos proyectos sea realizado de forma paralela, a fin de evitar descoordinaciones en la institucionalidad que se pretende crear.

VII. Conclusiones

- El INDH valora esta iniciativa legal por cuanto promueve la creación de una institucionalidad indígena al más alto nivel, cuyo objeto sea colaborar con el/la Presidente/a de la República en el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas que promuevan y fortalezcan los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo económico, social y cultural, procurando la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria contra los pueblos, comunidades y personas indígenas. De esta manera, se propone un cambio relevante en la forma en que el Estado se relaciona con los pueblos indígenas, creando una institucionalidad que permita facilitar espacios de diálogo y acuerdos, hoy deficientes.
- Por ello, el INDH insta a los poderes colegisladores a dar prioridad a la tramitación legislativa de los proyectos de ley sobre Institucionalidad Indígena por cuanto ambos proyectos introducen una reformulación importante de la institucionalidad en materia indígena, generando una distinción que se hacía necesaria entre la institucionalidad del Estado para articular su relación con los pueblos indígenas (institucionalidad “para” los pueblos indígenas) y la institucionalidad de los propios pueblos indígenas para dialogar con el Estado (institucionalidad “de” los pueblos indígenas). La existencia de una nueva institucionalidad para los pueblos indígenas, tanto por medio del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas y los Consejos de Pueblos Indígenas como el Ministerio de Pueblos Indígenas, sin perjuicio del derecho que ellos tienen a mantener sus propias instituciones, constituyen señales importantes de transformación de las relaciones del Estado con los pueblos indígenas, que pueden llevar a una nueva etapa de reconocimiento, diálogo y respeto. Ellas, sin embargo, deben ir acompañadas de modificaciones legislativas, políticas públicas y destinación de recursos suficientes de conformidad con las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos el país ha contraído, para hacer posible esta nueva forma de relacionamiento
- La adopción de una institucionalidad indígena como la propuesta se estima puede facilitar el debate sobre asuntos tales como el reconocimiento de los pueblos originarios a nivel constitucional, y su representación en otros espacios formales de nuestra democracia, como el Congreso Nacional.
- El INDH valora el esfuerzo de fortalecimiento institucional con la creación de instancias de mayor jerarquía en el aparato estatal (Ministerio, Subsecretaría; Secretarías Regionales Ministeriales; Comité Interministerial, y un Servicio) para coordinar e impulsar una política hacia -y con- los pueblos indígenas, con miras a proteger sus derechos y garantizar el respeto de su integridad, que sea consistente con las obligaciones

internacionales del Estado de Chile, lo anterior en reemplazo de la actual CONADI, y del Ministerio de Desarrollo Social, como ente público a cargo de la política indígena del Estado, que como se señaló, requiere fortalecer sus competencias institucionales para poder cumplir con los estándares de derechos humanos en la materia.

- El diseño institucional que se propone en los dos proyectos de ley mencionados y que están actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, implica la existencia de una estrecha relación entre el Ministerio de Pueblos Indígenas, el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas a propósito de la Política Nacional Indígena, puesto que propicia un efecto en la institucionalidad que se acerque a un modelo de integración intercultural con los Pueblos Indígenas, en el cual contempla una mayor participación a través del Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, todo lo anterior sin perjuicio del derecho de la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas.
- El INDH estima que la presente etapa de tramitación legislativa en el Congreso Nacional del proyecto constituye una instancia única para poder determinar por ley un conjunto de materias de especial trascendencia cuya regulación, de acuerdo el texto del proyecto, se encuentra o encontrará regulada mediante la vía reglamentaria. Entre ellos, cabe destacar la forma y el alcance de la participación de los pueblos indígenas en la Política Nacional y otras acciones en que se menciona su participación; la integración del Comité Interministerial de los Pueblos Indígenas y los criterios de evaluación de procedencia de la consulta indígena; y la participación de los pueblos indígenas en la creación de las Áreas de Desarrollo Indígena, entre otras materias. Se sugiere que el proyecto de ley en discusión aclare las formas y alcances de la participación de los pueblos indígenas en las materias antes señaladas. El proyecto debe considerar la inclusión de modificaciones al Servicio que se crea (SENAPI), en tanto sucesor legal de CONADI, en orden a superar las deficiencias de esta última en materia presupuestaria, especialización y dotación funcionaria, domicilio y sede principal (actualmente en Temuco), entre otros asuntos sobre los cuales se han evidenciado falencias.
- El INDH recomienda a los órganos colegisladores considerar la consulta llevada adelante por el MDS en torno a este proyecto de ley, y el que crea el Consejo Nacional y los Consejos de Pueblos Indígenas, como parte de un diálogo con los pueblos indígenas aún no clausurado. De acuerdo a estándares internacionales, es procedente reabrir el diálogo en torno a materias de trascendencia no debatidas en la etapa prelegislativa.

4

Migraciones y derechos humanos

Informe sobre el proyecto de ley que establece una nueva ley de migraciones. Boletín N° 11395-06

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 4 de diciembre de 2017, en sesión ordinaria n° 400.

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley de migraciones, Boletín N° 11395-06, declara como objetivos principales regular el ingreso, tránsito, residencia, permanencia y egreso del país de las personas extranjeras, en ejercicio de la soberanía del Estado y en conformidad con la legislación vigente. Declara asimismo establecer las medidas de control de acceso y salida del territorio nacional, y determinar a las autoridades competentes. Finalmente, busca fijar el mecanismo para establecer una política nacional migratoria, promoviendo una migración segura, ordenada y regular. Lo anterior, según señala el Mensaje, bajo el principio rector del respeto de los derechos humanos de todas las personas extranjeras que ingresan a Chile.

La presente minuta contrasta el proyecto de ley con los estándares internacionales de derechos humanos a los que el Estado de Chile se ha obligado en los últimos 60 años. Se verá que, aun cuando la mayoría de estos estándares están recogidos en el proyecto, no siempre son consistentes con el articulado y los procedimientos de obtención de la residencia, con el acceso y goce de los derechos sociales y con el sistema sancionatorio. Se verá también que el proyecto no introduce cambios significativos en la institucionalidad migratoria ni en los órganos de control fronterizo, manteniendo un modelo administrativo que no está siendo eficiente para enfrentar los nuevos desafíos que presentan los crecientes flujos migratorios.

II. Introducción

El 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes donde se reconoce “el compromiso de los países de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en todo momento”. Con esta declaración se inició un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminará con la aprobación de un Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular y otro Pacto Mundial sobre Refugiados en septiembre de 2018. Este marco internacional, en el cual se discute una nueva legislación migratoria para Chile, señala con claridad que los derechos y libertades de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas son incondicionales y no dependen, en ningún caso, de su situación migratoria.

En un contexto global en el que crecen los movimientos de personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo, Chile se ha convertido en un país de acogida de personas provenientes de América Latina y el Caribe. Si bien al momento de redacción del presente informe no se cuenta con cifras exactas, es probable que los resultados del censo 2017 arrojen que, a abril de dicho año, el número de personas extranjeras en Chile ascendería a más de 600.000¹, siendo los flujos de nacionales venezolanos/as y haitianos/as los que más han crecido en los últimos dos años.

Si bien el año 2010 se aprobó la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados/as, donde el concepto de refugiados/as es incluso más amplio que el establecido en la propia Convención, se han presentado problemas en su aplicación, tanto por las dificultades para pedir refugio como por la falta de conocimiento de los y las funcionarios/as públicos/as de los pasos fronterizos. A esto se suma que Chile cuenta con la legislación migratoria más antigua de América Latina, habiendo sido el DL 1094 de 1975, elaborado bajo la perspectiva de la seguridad interior del Estado.

Hacia finales de su gobierno, el Presidente Piñera ingresó al Congreso un proyecto de ley de migraciones que fue ampliamente criticado por las organizaciones de la sociedad civil, la academia y algunos organismos internacionales, por carecer de un enfoque de derechos y enfatizar un enfoque instrumental.

1. Contrastando varias fuentes: CASEN 2015, cifras de ingreso y egreso del país que mantiene la Policía de Investigaciones, solicitudes de visas al Departamento de Extranjería y Migración, entre otras.

El actual gobierno, con fecha de agosto de 2017 ingresa al parlamento un nuevo proyecto de ley de Nueva Ley de Migraciones, Boletín N° 11395-06, el cual tiene como objetivo modernizar la normativa migratoria vigente hacia una que promueva una migración segura, ordenada y regular. Se busca regular el ingreso, tránsito, residencia, permanencia y egreso del país de las y los extranjeros, en ejercicio de la soberanía que ejerce el Estado, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por último, tiene por objeto establecer un Sistema Nacional Migratorio como un conjunto armónico institucional destinado a la observación del fenómeno migratorio, al diseño de políticas públicas migratorias y a la implementación de las mismas conforme los estándares propios de un estado democrático de derecho.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derechos de personas migrantes que Chile ha ratificado consagran los estándares que deben estar presentes en el proyecto de ley de migraciones². Esos principios son (1) el derecho al libre tránsito y migración, (2) el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, (3) el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia, (4) el derecho a la reunificación familiar y a la protección de la familia, (5) el derecho a la nacionalidad y a la identidad, (6) el principio del interés superior del niño, (7) el principio de no criminalización de la migración irregular, (8) el respeto del principio de no devolución, (9) el derecho de acceso a la información y (10) el reconocimiento del principio *pro homine*.

Esta minuta está orientada a contrastar tales estándares, principios y derechos con el articulado del proyecto de ley de migraciones para evaluar en qué medida el proyecto cumple con las obligaciones que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos.

Si bien las garantías y derechos fundamentales aparecen consagradas en el Título I, se perciben algunas contradicciones entre tales principios y el articulado. Así, el enfoque transversal de derechos humanos que debiera informar todo el proyecto, se encuentra debilitado en parte significativa de su contenido. Al mismo tiempo, se constatan inconsistencias entre las perspectivas de seguridad, control y soberanía que exhibe el proyecto y el Instructivo Presidencial N° 5 sobre Lineamientos e Instructivos para la Política Nacional Migratoria del 6 de noviembre de 2015 que recoge como ejes de la política migratoria el enfoque transversal de derechos humanos y el enfoque transversal de género, entre otros.

2. Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Convención Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

III. Observaciones al proyecto de ley

1. Sobre el derecho a migrar: El proyecto reconoce el derecho humano a migrar, derecho consagrado en varios de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile, tales como como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. El artículo 3 del proyecto de ley se refiere al ámbito de aplicación del mismo. Es conveniente que se especifique al utilizarse la expresión “contribución al desarrollo nacional”, que se trata del “desarrollo social, económico y cultural del país”, de modo que este sea entendido desde una perspectiva integral, no circunscrita a su variante meramente económica.

Respecto de la invocación a la “soberanía y seguridad del país”, cabe recordar que tal como lo establece el artículo 5 de la Constitución Política de Chile, el límite a la soberanía está en el respeto a los derechos de las personas. El artículo 12 del proyecto reconoce el derecho a la libertad de tránsito y migración. Sin embargo, más que un reconocimiento del mismo, parece una limitación al oponer como límites la seguridad nacional y otros criterios. Una más adecuada definición del derecho a migrar aparece en el artículo 4 de la ley de migraciones de la República Argentina, que versa: “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. No se opone en aquella ley ningún límite a este derecho.

2. Sobre el derecho a la nacionalidad³. El proyecto no habla del derecho a la nacionalidad. Si bien el principio del *ius solis* está contenido en la Constitución⁴, es opinión del INDH que el proyecto debiera señalar que le será reconocida de oficio la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con total prescindencia de la situación migratoria de sus padres y madres, saldando así la deuda con aquellas personas nacidas en Chile a quienes históricamente les fue negada su nacionalidad en razón de la situación migratoria de sus padres y madres.

El no reconocimiento de la nacionalidad puede configurar apatridia, situando a la persona apátrida en una situación de extrema exclusión social. Una persona apátrida es aquella que no es reconocida como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los estados tienen el deber

3. Artículo 20 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

4. Cfr. Artículo 10 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

5. Cfr. Convención 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, Artículo 1. Proyecto de Acuerdo para su aprobación, ingresado a la Cámara de Diputados el 12/9/2017. Boletín N° 11435-10.

de “identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida”⁶.

El Comité de los Derechos del Niño le sugirió al Estado de Chile que “revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres”⁷.

3. Sobre el respeto del principio de no devolución⁸. El proyecto de ley de migraciones es explícito en hacer referencia a la supletoriedad que debe tener esta con la Ley N° 20.430 que establece disposiciones sobre la protección de refugiados y refugiadas. Sin embargo, sería deseable que el proyecto incorpore explícitamente este principio en el Párrafo 1° sobre principios generales. Ello, dado que el principio de no devolución ha ido evolucionando hasta convertirse en un principio general del derecho que regula la migración, recogido en diversas convenciones. Así por ejemplo, el artículo 22 N° 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “en ningún caso un extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”. Es decir, este instrumento amplía el principio de no devolución más allá de las personas solicitantes de asilo o refugio a cualquier persona migrante cuya integridad física o psíquica esté amenazada.

Este principio es de suma importancia a considerar al momento en que la administración valore y decida sobre la imposición de una medida de expulsión del territorio, por cuanto si se toma la decisión sin considerar el principio, eventualmente se podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado. La concreción del principio de no devolución implica no expulsar solo al país donde el afectado podría sufrir persecución.

4. Sobre la promoción de la regularización migratoria. El artículo 7 del proyecto de ley señala que el Estado promoverá la regularidad migratoria. Esta declaración puede ser inconsistente con las categorías migratorias establecidas en el Título II. Ello ocurriría si por la vía del Reglamento, una visa por motivos laborales sigue estando supeditada al hecho de

6. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, párr. 94.

7. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015, párr. 33.

8. El principio de no devolución se encuentra consagrado en el Art. 33.I (1) de la Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados; Art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el Art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes.

obtener un contrato. Porque ello desconocería que el 75%⁹ de las personas que migran a Chile lo hacen para buscar trabajo. Seguir vinculando la regularidad migratoria al hecho de contar con un contrato implica seguir fomentando la irregularidad migratoria estructural, ya que se produce un círculo vicioso. En los hechos, visas que no reconocen la realidad migratoria de un país terminan fomentando vicios como la venta de contratos falsos e impidiendo la regularización migratoria de las personas, condenando a una persona migrante a trabajar informalmente, arrendar informalmente y sufrir varias otras vulneraciones de sus derechos. Aun cuando el proyecto de ley establece la promoción de la regularización migratoria como principio fundamental, respecto de las categorías migratorias -esto es, las visas-, son demasiados los aspectos regulatorios que se entregan al futuro Reglamento. Preocupa al INDH que las determinaciones finales de los requisitos para obtener una visa de residencia temporal sean fijados por reglamento y no por esta ley, porque tan importante materia que fija los requisitos para el ejercicio de un derecho humano queda supeditada, finalmente, a los vaivenes políticos de los gobiernos de turno. Hoy, en los hechos, el goce efectivo de los derechos de las personas migrantes está supeditado al hecho de tener un contrato y un RUN en el caso de las personas adultas y de una matrícula en una escuela en el caso de los niños y las niñas.

El INDH considera de suma importancia el que las personas extranjeras puedan cambiar en Chile su categoría migratoria, como una manera de crear las condiciones para la regularidad migratoria. En ese sentido, el artículo 39 del proyecto de ley debiese ser más explícito en el reconocimiento de dicha posibilidad, para los titulares de toda clase de permisos.

El artículo 41 reconoce la posibilidad de una visa humanitaria. Es importante que se reconozca que esta visa se puede otorgar a personas que no reúnan los requisitos para optar a la residencia temporal por otra vía, y que no puedan ser reconocidos como refugiados/as.

El artículo 57 establece el procedimiento para solicitar los distintos tipos de residencia. Deben establecerse por ley los requisitos específicos para la obtención de las visas, de modo de evitar la discrecionalidad que permite la ley actual, y que de hecho ocurre en los procesos de obtención de visas en Extranjería. Muchos de los abusos y maltratos, así como la duplicación de trámites y las largas filas en el Departamento de Extranjería y Migración -en adelante, DEM- tienen relación con la discrecionalidad con que cuenta dicho servicio para solicitar requisitos no establecidos por la ley.

9. De acuerdo con la Encuesta CASEN 2015, el 75% de la población migrante en Chile tiene entre 15 y 59 años, es decir, en edad laboral. Ello es frecuentemente interpretado por los y las especialistas de que se trata de migrantes que vienen a Chile con expectativas laborales. http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/casen_nmigrantes_2015.pdf

En el artículo 63 *sobre pago de derechos por solicitudes* de permisos, prórrogas y cambios, es necesario señalar que el monto de una visa no puede ser tan gravoso que termine por fomentar la irregularidad migratoria. En el esquema actual, ello se deriva de la estricta aplicación del principio de reciprocidad internacional, lo que en casos calificados debiese ser reemplazado por otra clase de criterios, como por ejemplo, la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran las personas migrantes provenientes de determinados países.

En relación a lo establecido en el artículo 73 *sobre reconducción*, ella queda establecida bajo toda circunstancia como responsabilidad del transportista. Esto presenta problemas cuando una persona no es admitida en el territorio del Estado, sin razones claramente establecidas en la ley y su reglamento. Las empresas de transportes comienzan a discriminar por nacionalidad, como ha ocurrido con las empresas de taxis que hacen el recorrido Tacna - Arica, que se han negado a llevar nacionales colombianos por temor a tener que devolverlos a Tacna y perder el viaje.

5. Sobre el principio de la reunificación familiar: El artículo 18 reconoce el principio de la reunificación familiar. Pero solo entre padres/madres, hijos/as y cónyuges o convivientes. Resulta grave la omisión a la reunificación entre hermanos/as. Además, tal como lo señaló la Corte Interamericana en el fallo Atala, se deberá entender a la familia en un sentido amplio¹⁰. Es decir, además de ascendientes, descendientes y cónyuges o convivientes, se deberá reconocer el derecho a la reunificación familiar de personas del mismo sexo, así como otros vínculos que sean de importancia, con independencia del lazo sanguíneo. Finalmente, la ley debiera consignar la vía específica por la cual se concreta la reunificación. O sea, a través de qué visa.

6. Sobre el principio del interés superior del niño: El INDH valora que el proyecto elimine cualquier tipo de sanción contra niños, niñas o adolescentes. El proyecto de ley establece procedimientos diferenciados para la protección en frontera de niños, niñas y adolescentes, siendo coherente así con el principio del interés superior del niño. No sucede lo propio, sin embargo, con personas que señalan ser víctimas de alguna vulneración de sus derechos humanos o para las personas que señalan haber sido víctimas de violencia de género. A su vez, el proyecto de ley no considera que los niños y niñas, cuando son de alguna manera afectados/as por una medida de expulsión, deban ser oídos en el procedimiento,

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 142: "La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio".

contraviniendo así el derecho básico a ser oído que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12¹¹. En las decisiones que se adopten debe primar siempre el interés superior del niño y la niña, según el artículo 3 de la misma Convención¹². Es decir, una medida de expulsión debe ser revocada cuando la persona afectada tiene hijos o hijas en Chile.

7. Sobre el principio de igualdad ante la ley y el de no discriminación: Siendo coherente con tratados internacionales como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, el proyecto de ley debiera reconocer el derecho de las personas migrantes a acceder a la salud, educación, trabajo, seguridad social y vivienda adecuada. Veremos en el análisis de algunos artículos, cómo se incumplen algunas de las obligaciones contraídas por el Estado de Chile.

El artículo 13 promueve el derecho a la salud para todas las personas en situación migratoria regular y para las personas en situación irregular en caso de urgencia vital, atención de niñas y niños, y en caso de embarazo. Se trata de un artículo regresivo y que implica un retroceso respecto de lo establecido en el Decreto 67 del Ministerio de Salud publicado el 10/03/2016 que modifica el Decreto 110 de 2004¹³ y que señala que una persona migrante en situación irregular que suscribe un documento declarando su carencia de recursos puede afiliarse a Fonasa A y recibir atención gratuita de salud. Este decreto es coherente con el derecho internacional donde se establece que los derechos (fundamentales y sociales) no dependen de la situación migratoria de una persona¹⁴.

El artículo 14 asegura el derecho a la educación. De acuerdo con el Sistema de Información General de Estudiantes (SIGE) del Ministerio del Interior; a marzo de 2017 había en Chile poco más de 76.000 niños y niñas migrantes matriculados/as en las escuelas. De ellos/as,

11. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. 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".

12. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

13. Ver también el Instructivo Presidencial n° 5 sobre Lineamientos e Instructivos para la Política Nacional Migratoria del 6 de noviembre de 2015.

14. Cfr. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre los Derechos del Niño; Constitución Política de la República de Chile.

32.000 estaban en situación irregular¹⁵. El 26 de julio la Presidenta de la República anunció el plan de creación de una nueva visa gratuita para niños, niñas y adolescentes. Gracias a este plan, a la fecha han sido regularizados 12.311 niños y niñas, o sea, el 40%¹⁶. Si bien este plan constituye un enorme avance, se debe asegurar que cualquier niño y niña, por el solo hecho de serlo y con independencia absoluta de la situación migratoria, económica o judicial de sus padres y madres, debe recibir, al avecindarse en Chile, una visa de renovación automática que le habilite para vivir regularmente en Chile y ejercer y gozar tanto del derecho a la educación como de todos los otros derechos que le corresponden. Es opinión del INDH, una visa de estas características debe estar consagrada en la ley y no solo en el reglamento, y debe ser independiente de la matrícula en una escuela. El programa “Chile te Recibe”, del Plan de Atención a Migrantes del Ministerio del Interior¹⁷, no contempla la regularización migratoria de niños y niñas que han ingresado irregularmente al territorio del Estado lo que, a juicio del INDH, constituye una vulneración de los principios del interés superior del niño y la niña, de no discriminación y de regularización migratoria.

Los artículos 15 y 16 reconocen el principio de igualdad en materia de derechos laborales y de seguridad social. Cabe recordar que la Observación General N° 2 sobre los “Derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y sus familiares”¹⁸, establece que las normas laborales internacionales aprobadas por la OIT son aplicables incluso a los trabajadores y trabajadoras en situación irregular. Un trabajador o trabajadora en situación irregular goza del derecho a la huelga, sindicalización, a acudir a la Dirección del Trabajo, etc. Además, se deben elaborar los contratos en el idioma que los trabajadores y trabajadoras entiendan. Son todas normas a las que el Estado de Chile se ha obligado al ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

8. Sobre el ingreso y egreso del territorio del Estado. El artículo 25 del proyecto establece la posibilidad de una visa consular, medida que ya existe en la actual legislación¹⁹.

15. <http://www.planmigrantes.gov.cl/noticias/jefa-de-estado-queremos-que-hayan-nacido-en-chile-o-no-todos-los-ninos-y-ninas-tengan-los-mismos-derechos/>

16. <http://www.planmigrantes.gov.cl/noticias/12311-ninos-ninas-y-adolescentes-extranjeros-ya-regularizaron-su-situacion-migratoria-en-chile/>

17. “Chile Te Recibe”, Plan de Atención a Migrantes del Ministerio del Interior; disponible en <http://www.planmigrantes.gob.cl/> (accedido por última vez el 29 de noviembre de 2017).

18. Observación del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares del 28 de agosto de 2013 sobre la Convención del mismo nombre.
http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/GC/CMW-C-GC-2_sp.pdf

19. En la actual legislación el visto consular se presenta como una excepción al procedimiento de ingreso de la generalidad de las personas extranjeras al país, reconociéndose diversas fuentes en el origen: (a) Decreto Supremo: el cual tendría que explicar cuáles son las razones de interés nacional y los motivos de reciprocidad internacional que justifican la

Se alude al “interés nacional”, concepto jurídico indeterminado y vago que puede resultar peligroso porque queda abierto a que el Estado decida imponer una visa a ciudadanos/as de estados cuya migración se decide limitar, restringiendo el derecho a la libertad de tránsito. La imposición de una visa consular debiese ser el resultado de una decisión intersectorial fundada, en la cual se consideren distintos criterios. Del mismo modo, en cualquier caso el establecimiento de una visa consular debe tener presente la modernización y el aumento de las capacidades de los consulados chilenos en el extranjero, hoy incapaces de tramitar eficazmente los requerimientos de visados. La visa consular, siendo parte de la Política Migratoria, debiera ser aprobada por el Comité de Política Migratoria, además de llevar la firma del Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro del Interior y el Presidente de la República.

El artículo 28 sobre “Habitante de zona fronteriza” debiera considerar alguna habilitación para las personas que vienen a trabajar. Eso reduciría las altas tasas de trabajo informal de nacionales bolivianos/as en los valles de Azapa y Lluta, y en las quebradas de Tarapacá, por ejemplo. Reduciría las altas tasas de trabajo informal de nacionales peruanos/as en Arica y permitiría el comercio transfronterizo de manera legal en ferias como la de Pisiga - Colchane en el Altiplano²⁰. Se trata de reconocer y formalizar realidades existentes y que, desconocidas por la ley, aumentan la informalidad laboral con las consecuencias negativas que ello tiene para los/as trabajadores/as migratorios/as y para las condiciones laborales y salariales de los/as trabajadores/as chilenos/as.

El artículo 32 señala las *causales imperativas* para prohibir el ingreso al territorio del Estado. En el número 4 se prohíbe el ingreso a personas que se les hubiere impuesto como medida una orden de abandono. Parece una medida excesivamente restrictiva. Hoy, muchas personas nacionales haitianas y venezolanas han recibido órdenes de abandono por mostrar contratos falsos a la hora de solicitar una visa; muchos de ellos y ellas han sido engañados/as al obtenerlos. Prohibir el ingreso por orden de abandono podría contravenir, en muchos de estos casos, el principio de la reunificación familiar, del interés superior del niño y la niña, de la regularización migratoria y de la no criminalización de la migración irregular. Una vez pagada la multa correspondiente, se debe dejar sin efecto la prohibición de ingreso. Por otro lado, en el número 5 del artículo 32 se prohíbe el ingreso de personas que tuvieren procesos penales pendientes, contraviniendo con ello el principio de la presunción

exigencia de visto consular o registro previo de pasaporte; (b) Acuerdos Internacionales: permiten la imposición de modalidades y requisitos respecto al ingreso de turistas al país; (c) Reglamento de Extranjería: que establece que a los y las nacionales de países con los cuales no se mantengan relaciones diplomáticas, se exigirá visto consular o registro de pasaportes.

20. Cfr. Rojas, Nicolás; Vicuña, José Tomás. (Edit.). *Migración y Trabajo. Estudio y propuestas para la inclusión sociolaboral de migrantes en Arica*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014.

de inocencia. Además, resulta preocupante la norma del artículo 32 N° 3 del proyecto, ya que fomenta el mejor de los escenarios para que los y las traficantes de personas realicen su negocio. Actualmente no existe esta prohibición de ingreso, las personas extranjeras que son rechazada en la frontera al no calificar como turistas según la PDI, reúnen dinero e intentan ingresar nuevamente al territorio para calificar como turistas. Con la nueva norma del proyecto, las personas no van a poder ingresar y su única posibilidad para hacerlo será de manera clandestina, contratando -en la mayoría de los casos- a traficantes de personas. El INDH considera que esta norma debiera ser eliminada, por las verdaderas consecuencias de su implementación y por la presión que generará en la frontera la existencia de este tipo de prohibiciones de ingreso. El flujo migratorio resulta imposible de contener con este tipo de normas.

El artículo 33 versa sobre las *causales facultativas* por las cuales puede impedirse el ingreso al territorio del Estado. Las causales deben estar estrictamente enumeradas para evitar arbitrariedades en la frontera. El artículo presenta los siguientes problemas: (a) Es cuestionable negar el ingreso por “registrar antecedentes policiales”, porque se vulnera el principio de inocencia y mantiene el enfoque de seguridad de la actual ley. Además, estos antecedentes pueden consistir en faltas muy menores, como comercio ambulante, con lo cual la prohibición resulta desproporcionada; (b) Si bien se establecen las causas por las cuales se puede denegar el ingreso al territorio del Estado, queda muy abierto el caso de personas que hayan cometido un delito, hayan sido juzgadas y hayan cumplido condena. No parece razonable negar el ingreso a personas que hayan cumplido su condena, ya que se vulnera el principio de resocialización de la misma; (c) El número 4 profundiza la discrecionalidad bajo un mecanismo errado como el decreto supremo.

9. Sobre el derecho a la información. El artículo 6 reconoce el derecho a la información, pero de forma muy general. Las personas extranjeras deberán recibir información sobre sus derechos, obligaciones y sobre las alternativas para regularizar su situación migratoria, en los puntos de ingreso al país y en los servicios públicos correspondientes. Y en un idioma que puedan entender. Es deseable que la norma explicita que la información deberá alcanzar al sistema de recursos que asiste a la persona migrante y la forma de ejercerlos.

10. Sobre el principio de no criminalización de la migración irregular. El artículo 9 señala que la migración irregular no es en sí misma constitutiva de delito, haciéndose cargo del principio de no criminalización de la migración irregular. Sin embargo, esta declaración es puesta en entredicho por el artículo 103, que establece la expulsión incluso para quien se encuentra en situación irregular por vencimiento del permiso de turismo. Aquí, el enfoque de derechos expresado en la parte declarativa de la ley, no se verifica en la proporcionalidad de la sanción a aplicar.

Además, el proyecto resulta ser regresivo y establece sanciones desproporcionadas respecto a la irregularidad migratoria, ya que actualmente, el artículo 71 del DL 1094 permite frente a la existencia de irregularidad -en el caso de turistas que permanecen en el país más allá de lo que señala su permiso- la imposición desde una multa hasta la expulsión, es decir, la autoridad tiene un margen para actuar y no directamente -sin criterio de razonabilidad o proporcionalidad- establecer la necesidad de una expulsión del territorio nacional como sanción a la migración irregular

11. Sobre la migración segura. El artículo 8 promueve la migración segura. No basta solo con perseguir a los autores y autoras de los delitos de trata y tráfico ilícito de personas. El Estado de Chile ha ratificado el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000, que establece que las personas traficadas son víctimas -artículo 15- y sujetos de derechos gravemente vulnerados/as. A su vez, ese instrumento señala que el Estado se compromete a proteger a esas personas, en su artículo 16 sobre medidas de protección y asistencia. Tal protección, en opinión del INDH, implica facilitar la regularización migratoria de todas las personas víctimas de tráfico de modo de no condenarlas a la irregularidad y la informalidad. Los principios recogidos en este artículo deben concretarse en las categorías migratorias, tal como lo hace el proyecto en su artículo 42, reconociendo la regularización migratoria de las personas víctimas de trata.

12. Sobre el respeto al debido proceso y las garantías procesales. El artículo 17 consagra el respeto a las normas del debido proceso. Una ley con enfoque de derechos debe consagrar garantías y mecanismos procesales que aseguren la efectividad de los derechos en caso que sean vulnerados.

Las causales que dan lugar a la expulsión administrativa del país deben estar taxativamente enumeradas en el proyecto de ley, de modo de reducir ámbitos de discrecionalidad y arbitrariedad. Ello ocurre con el artículo 103 N° 3 del proyecto de ley, sin embargo, se efectúa de manera demasiado amplia. Por ejemplo, por permanecer en Chile luego de expirado el permiso de turismo. Además de inviable, la sobreestadía no constituye más que una falta administrativa.

El proyecto de ley cumple con varias de las garantías fundamentales del debido proceso: el procedimiento administrativo prevé una instancia donde la persona afectada puede ser oída, puede oponer pruebas y presentar los motivos por los cuales debe revocarse la medida. Sin embargo, el proceso no hace referencia al derecho de las personas afectadas de expresarse en su idioma, y de contar con intérpretes autorizados para estos efectos. Se trata de una situación que dada la demografía de la migración haitiana en particular, resulta fundamental

considerar. Además, resulta problemático establecer como última instancia una apelación a las Cortes de Apelaciones respectivas, eliminando el recurso a la Corte Suprema, ya que se afecta con ello la existencia de un control jurisdiccional de segundo grado, y con ello, el derecho a recursos efectivos.

El artículo 97 sobre exención de sanción a las víctimas del delito de trata de personas está dentro del Título V sobre Infracciones y Sanciones Migratorias. Como se dijo anteriormente, es opinión del INDH promover que la exención de sanciones a las víctimas de trata se extienda también a las víctimas de tráfico ilícito de personas, por la vulnerabilidad extrema en que se encuentran, dado que han sido víctimas de un delito y que la realidad nacional muestra que el número de personas afectadas por el delito de tráfico es mayor a las afectadas por la trata.

13. Sobre las expulsiones. En el artículo 99 del proyecto, sobre la definición de la expulsión, se debe especificar que la devolución se debe hacer al país de origen de la persona. En el artículo 103 se establecen las causales de expulsión. Aparecen como demasiado amplias y con excesivo margen para la discrecionalidad. Además, no hay una distinción entre la gravedad de las causales. Hay situaciones en que la expulsión resulta desproporcionada, como el caso de una expulsión por vencimiento del permiso de turismo o por haber sido sorprendido/a realizando una actividad remunerada con permiso de turista. En estos casos, el INDH considera que la persona debe ser avisada e invitada a regularizar su situación migratoria, previo a una expulsión.

El artículo debiera considerar excepciones a la expulsión cuando una persona ha expresado temor de regresar a su país de origen porque su integridad física o psíquica está amenazada, como sería el caso de una persona que podría verse expuesta a tortura en su país de origen. Se trata de incorporar el principio de no devolución contenido en una serie de instrumentos internacionales, como la Convención contra la Tortura²¹, cuyo objetivo principal es la protección de la vida de las personas en movimiento.

El artículo 107 elimina el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría. Preocupa esta omisión toda vez que cuando un acto puede afectar garantías constitucionales debe pasar por la toma de razón por parte de la Contraloría, de modo de revisar la legalidad de una expulsión.

21. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3.I: "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura".

En el artículo 123 se establece la posibilidad de una reclamación jurisdiccional y se introduce una novedad respecto del procedimiento actual. La Corte de Apelaciones respectiva es la única instancia de reclamación. Si bien es una medida razonable en términos de economía procesal, dada la disparidad de criterios con que suelen fallar las Cortes de Apelaciones, se pierde el ejercicio unificador que hace a la fecha la Corte Suprema cuando se recurre de amparo. La Segunda Sala de la Corte Suprema ha venido fallando a favor de migrantes que van a ser expulsados/as cuando ellos/as tienen algún vínculo con chileno/as, tienen hijos/as o familia en Chile. En ese sentido, los fallos sistemáticos y consistentes de la Corte Suprema en esta materia han venido creando política migratoria en Chile. Recurrir de amparo en segunda instancia a la Corte Suprema sería menos necesario si se contara con una ley suficientemente garantista que ayude a los jueces y juezas a aplicarla de forma correcta.

En otro orden de ideas, el proyecto no consagra el derecho a la información sobre asistencia consular, en el sentido que las personas extranjeras que se encuentran en este tipo de situaciones deben ser informadas sin demora de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su país de origen al momento de la notificación de la expulsión. Lo anterior, de conformidad a lo señalado en la Opinión Consultiva N° 16/99 de la CIDH, sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso²².

Finalmente, el artículo 137 del proyecto establece una serie de medidas administrativas de control que podría adoptar la Policía de Investigaciones de Chile en cumplimiento de su función de control migratorio, respecto de personas extranjeras infractoras. Si bien el artículo 138 establece la obligación de comunicabilidad de estas medidas a la autoridad migratoria y los antecedentes relacionados con la infracción, resulta necesario, en opinión del INDH, sujetar dichas medidas a un control jurisdiccional, tal como lo establece el artículo 110 del proyecto para el caso de la privación o restricción de libertad de las expulsiones que no se concretan dentro del plazo del artículo 109. En este entendido, dado que estas medidas cautelares poseen una naturaleza *sui generis*, ya que no presentan ribetes penales propiamente tales, quizás lo óptimo sería comenzar, en opinión del INDH, una discusión en torno al establecimiento de una justicia migratoria especializada.

14. Sobre la institucionalidad. El proyecto de ley mantiene básicamente la misma institucionalidad existente hasta hoy. Hay bastante consenso en organismos de la sociedad civil y en las comunidades de migrantes acerca de la necesidad de mejorar la institucionalidad migratoria. Se requiere de un organismo que, además de conducir las tareas de gestión de la residencia que hoy realiza el DEM, sea capaz de llevar adelante una coordinación

22. Art. 36, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

interministerial, intersectorial y descentralizada de la política migratoria. Que vele por el cumplimiento de la ley de migraciones y por la promoción y la protección de la dignidad y los derechos de las personas que migran a Chile. En el mejor escenario, se trataría de una institución dotada de autonomía, patrimonio propio, con personalidad jurídica propia, desconcentrada territorialmente, descentralizada y directamente subordinada a la Presidencia mediante el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Un Servicio Nacional de Migraciones podría terminar con la desarticulación que existe en el Estado en materia migratoria, poniendo fin a situaciones que no se explican razonablemente, como que los trámites migratorios en regiones dependen de las gobernaciones, las que a su vez dependen del jefe de la División de Gobierno Interior; mientras que los trámites en la Región Metropolitana dependen del DEM. Es decir, dos autoridades responsables de un mismo asunto. Dicho Servicio, además, de conformidad con la Ley N° 20.500 sobre participación ciudadana, debería considerar una instancia que asegure la participación de sociedad civil y organizaciones de migrantes, de modo que esta pueda ser escuchada en la definición de políticas que les conciernen.

Debiera considerarse a su vez la participación de representantes de la sociedad civil en este organismo, de modo de enriquecer y complementar la gobernanza de las migraciones.

15. Sobre la autoridad de control migratorio. El artículo 135 establece que le corresponderá a la Policía de Investigaciones ejercer el control migratorio de ingreso y egreso al territorio del Estado. Aun cuando en el artículo 136 se señala que sujetará estrictamente su actuar al mandato del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, resulta preocupante que este proyecto de ley vuelva a otorgar ámbitos amplios de discrecionalidad en frontera. Uno de los principales problemas que exhibe el actual DL 1094 radica en la discrecionalidad que otorga a la PDI en frontera. Eso se ha traducido en discriminación y rechazo arbitrario en el ingreso, en particular a nacionales colombianos/as afrodescendientes, según pudo constatar el INDH en su Misión de Observación a la Frontera de Chacalluta, ya referida. A su vez, los rechazos arbitrarios dejan varadas a las personas en frontera, siendo cooptadas por las crecientes redes de tráfico ilícito de personas. Tanto es así, que una comunidad de religiosas mantiene en Pisiga (en la frontera altiplánica de Bolivia con Chile) un albergue para recibir a mujeres colombianas afrodescendientes rechazadas en la frontera chilena.

16. Es opinión del INDH que, para asegurar la promoción y la protección de los derechos de las personas que migran a Chile, debiera considerarse una institución distinta a la Policía de Investigaciones a cargo del control fronterizo, de modo de promover un enfoque de derechos en vez de uno policial en frontera. En la institucionalidad comparada, se ha visto que resultan exitosas las experiencias de organismos no policiales a cargo del

control fronterizo como es el caso de la Superintendencia de Migraciones del Perú y funcionarios/as del Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia.

17. Seguridad social. En los artículos 15 y 16 se reconoce el principio de igualdad en materia de derechos laborales y de seguridad social, pero no profundiza por ejemplo en los fondos de la AFP de las personas migrantes. Se debiese establecer como parte del respeto al derecho a la seguridad social, que las personas migrantes que dejan el país puedan llevarse sus fondos de pensiones a sus países de origen, independiente de su situación migratoria, su procedencia, título o nacionalidad. En la actualidad, solo profesionales de ciertos países que tienen convenio bilateral pueden llevarse los fondos, y no todos.

18. Mujeres migrantes. El proyecto de ley no hace alusión a la situación de las mujeres migrantes, ni a las necesidades, discriminación y vulneraciones que sufren por su particular situación de vulnerabilidad. Las mujeres migrantes sufren doble discriminación, por ser mujeres y migrantes. Por ello debería consignarse en la ley, más explícitamente, que las mujeres migrantes tengan acceso a todas las instituciones y mecanismos que reguarden su bienestar, así como también que se respeten sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

19. Migrantes chilenos/as en el exterior. Se estima que existe un millón de chilenos/as en el exterior. La ley no se refiere a su realidad y derechos. Podría incorporar un acápite referido a su realidad y a la protección de sus derechos.

V. Conclusiones

- El INDH valora que la Presidenta de la República haya presentado al Congreso un proyecto de ley de migraciones que sustituya el DL 1094. Valora también que dicho proyecto recoja parte importante de los estándares contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado de Chile ha ratificado en los últimos 60 años. Sin embargo, le preocupan aquellas inconsistencias entre el enfoque transversal de derechos humanos propuesto en el Título I de la ley y aquellas normas que favorecen la seguridad interior del Estado por sobre los derechos fundamentales de las personas migrantes.
- En particular, preocupa la regresividad en materia de acceso a la salud, la discrecionalidad que mantiene el proyecto respecto del actuar de la Policía de Investigaciones en la frontera y del DEM en el otorgamiento de visados.

- Preocupa que no se reconozca explícitamente el derecho a la nacionalidad, especialmente dado que este fue negado por más de 20 años a niños y niñas nacidos/as en Chile, hijos/as de padres o madres en situación migratoria irregular.
- El proyecto de ley mantiene formas de discrecionalidad que limitan el derecho a migrar, que dificultan y no favorecen la regularización migratoria como criterio rector de una política migratoria. Tal es el caso de dejar al futuro Reglamento una cantidad y diversidad demasiado amplia de asuntos.
- Preocupa también que se mantengan formas escasamente fundadas para establecer visas consulares, lo que debiese ser de carácter excepcional y fruto de un análisis multisectorial en el Consejo de Política Migratoria.
- En opinión del INDH se debe revisar la autoridad de control migratorio de modo de pasar de un régimen policial a uno de enfoque de derechos, disminuyendo así la discrecionalidad y arbitrariedad en el ingreso al territorio del Estado.
- El proyecto de ley debiera incluir procedimientos claros de protección para los casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados/as que deseen ingresar al país, de modo tal que se asegure su referencia a los organismos encargados de velar por su protección y cuidado.
- Las causales que dan lugar a la expulsión parecen demasiado amplias y, como se ha dicho, en algunos casos excesivas y no proporcionales a la falta. Tales causales deben ser taxativa y claramente consignadas en el proyecto de ley, de modo de evitar arbitrariedades.
- Preocupa que la última instancia de reclamación judicial sean las Cortes de Apelaciones y se elimine el recurso a la Corte Suprema. En particular, por la importancia que esta corte ha jugado unificando criterios judiciales que recogen principios fundamentales como la reunificación familiar y el interés superior del niño y la niña como estándares superiores a las razones que dan lugar a algunas expulsiones.
- Se deber reforzar la institucionalidad migratoria, respecto de la cual el proyecto de ley prácticamente no introduce innovaciones significativas al DL 1094. En especial, se propone la creación de un Servicio Nacional de Migraciones dotado de autonomía, personalidad jurídica propia, desconcentrado territorialmente, descentralizado, cuya Dirección sea nombrada por alta dirección pública y que pueda llevar adelante la Política

Migratoria como una política de Estado, de largo plazo, de naturaleza intersectorial, fundada en el promoción y protección de los derechos de todas las personas, sin distinción, y que favorezca la articulación de las distintas entidades del Estado.

- Se recuerda lo recomendado por el Comité que cautela el CEDAW en orden remediar la no adopción de “[...] medidas preventivas para atajar las causas de fondo de la trata ni existen mecanismos de identificación de las víctimas que faciliten la aplicación de la nueva legislación y la rehabilitación, la protección y el ofrecimiento de lugares de acogida temporal de las mujeres y niñas víctimas de la trata. Además, preocupa al Comité la insuficiente información sobre el alcance de la trata de mujeres y niñas, en particular la trata interna de zonas rurales a urbanas, y la falta de información sobre el fenómeno de la explotación de la prostitución” (Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones, 1º a 19 de octubre de 2012).
- El INDH estima que el proyecto de ley debiese establecer que las personas migrantes que dejan el país puedan llevarse sus fondos de pensiones a sus países de origen, independiente de su situación migratoria, su procedencia, título o nacionalidad.
- La futura ley de migraciones debería consignar explícitamente que las mujeres migrantes tengan acceso a todas las instituciones y mecanismos que reguarden su bienestar, así como también que se respeten sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
- El INDH estima que la futura ley de migraciones podría incorporar un acápite referido a la realidad y protección de los derechos de los migrantes chilenos en el exterior.
- El INDH considera que el proyecto de ley debiese incluir un punto en relación a víctimas de violación de derechos humanos y de mujeres víctimas de violencia de género, de manera que a través de su regularización migratoria en el país, se les brinde la plena protección del Estado chileno.
- Preocupa que el proyecto no incorpore acciones de difusión para la población migratoria así como acciones de prevención contra la discriminación arbitraria y capacitación permanente a funcionarios/as públicos/as de zonas fronterizas.

Informe sobre proyecto de ley de Migración y Extranjería y las indicaciones presentadas. Boletín N° 8970-06

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de junio de 2018, en sesión ordinaria n° 428.

I. Resumen Ejecutivo

La presente minuta contrasta el proyecto de ley de Migraciones y Extranjería presentado por el Presidente Piñera el 20 de mayo de 2013, Boletín N° 8970-06, y las indicaciones presentadas por el Ejecutivo con fecha 09 de abril de 2018 mediante oficio N° 008-366, con los estándares internacionales de derechos humanos a los que el Estado de Chile se encuentra obligado.

La reforma migratoria propuesta por el Ejecutivo tiene como objetivo incentivar la migración regular como única vía para la integración plena. Así, el proyecto define su orientación hacia la integración reconociendo la igualdad de trato y no tolerando la discriminación arbitraria. Lo anterior encuentra justificación, en palabras del mensaje del proyecto, en que la “irregularidad perjudica a la sociedad receptora, al aumentar la competencia desleal en el trabajo y al favorecer la conformación de guetos de marginación”, agregando como ventaja de la migración regular el que esta permite “asegurar un adecuado control”, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria.

Así, cómo se verá, el proyecto constituye un avance en el reconocimiento de estándares internacionales de derechos humanos en la materia, hecho que se valora de manera positiva. Sin embargo, preocupa que no obstante este reconocimiento, muchas veces el articulado no refleja su respeto irrestricto, en ese sentido, a los procedimientos de obtención de la residencia, al acceso y goce de los derechos sociales, y al sistema sancionatorio. Se verá también que el proyecto, a raíz de sus imprecisiones, no introduce cambios significativos en la institucionalidad migratoria que, tal como señalaremos, está fuertemente orientada a garantizar la seguridad nacional en desmedro de otros objetivos fundamentales en materia de derechos humanos, y mantiene un modelo administrativo que no está siendo eficiente para enfrentar los nuevos desafíos que presentan los crecientes flujos migratorios.

Por tanto, esta minuta propone la revisión del presente proyecto de ley, a modo de garantizar a todas las personas el goce y ejercicio de sus derechos por sobre otros aspectos, como la seguridad nacional, de acuerdo a los estándares que se indican.

II. Introducción

Los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile aplicables a la protección de las personas migrantes son la Declaración Universal de Derechos Humanos y los siete tratados del sistema universal, denominados tratados de derechos humanos básicos: los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales; las convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y contra la mujer; el convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. A nivel regional, se incluyen la Declaración y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará).

En razón del carácter universal e inalienable de los derechos humanos consagrados en los instrumentos referidos, el hecho de no ser nacional de un Estado no justifica la negación o el trato desigual en el ejercicio de los derechos fundamentales.

De manera específica, los instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas migrantes ratificados y vigentes en Chile son la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (1985), la Convención Internacional sobre Todos los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (1990), y el Convenio de la ONU de 1951 sobre el estatuto de los/as refugiados/as y su protocolo de 1967. Se agregan los protocolos sobre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ambos de 2002). Inciden sobre las materias regulas por el proyecto, la Convención de la Habana sobre Asilo (1928), y las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Relaciones Consulares (1963).

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “[l]os Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 7). La Convención reconoce un amplio catálogo de derechos, con independencia de la condición migratoria de las personas, entre los que se incluyen la libertad de tránsito (art. 8), derecho a la vida (art. 9), no ser objeto de torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

(art. 10), no ser objeto de esclavitud, servidumbre ni trabajos forzados (art. 11), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12), opinión y libertad de expresión (art. 13), vida privada (art. 14), a la libertad y seguridad personal y a la protección efectiva del Estado (art. 16), acceso a la justicia (art. 18), educación (art. 30), trabajo y derechos laborales (arts. 25 y 26), seguridad social (art. 27) y salud (art. 28), entre otros.

Sobre el abordaje del fenómeno migratorio, la misma Convención establece las condiciones que los estados deben cumplir a los fines de abordar adecuadamente la movilidad humana con apego a los derechos humanos. En particular, promover condiciones equitativas y dignas para la migración; abordar integralmente las necesidades de las personas migrantes (entre estas, las sociales, económicas y culturales); y la generación de servicios apropiados para la migración, entre estos, la formulación de políticas, la colaboración entre estados, y el suministro de información y asistencia apropiadas a la población migrante

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

Respecto de la población en situación migratoria irregular, la Corte IDH indica que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral” (párr. 134). Señala, igualmente, que “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (párr. 119). En el caso de ocurrir situaciones de expulsión, la Convención sobre los derechos de los y las trabajadores migratorios establece que estas no podrán ser colectivas (art. 22.1) ni definidas por otra entidad que no sea la autoridad competente de acuerdo a la norma nacional (art. 22.2). Además, la decisión deber ser comunicada previamente a la expulsión, en un idioma comprensible y exponiendo las razones de la resolución (art. 22.3). Por último, las personas migrantes “tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión” (art. 22.4).

Por otra parte, el 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y

los Migrantes donde se reconoce “el compromiso de los países de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en todo momento”. Con esta declaración se inició un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminará con la aprobación de un Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular, y otro Pacto Mundial sobre Refugiados, en septiembre de 2018. Este marco internacional en el cual se discute una nueva legislación migratoria para Chile, señala con claridad que los derechos y libertades de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas son incondicionales y no dependen, en ningún caso, de su situación migratoria.

En un contexto global en el que crecen los movimientos de personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo, Chile se ha convertido en un país de acogida de personas provenientes de América Latina y el Caribe. Las proyecciones sobre población migrante realizadas por el Departamento de Extranjería y Migración (DEM), sobre la base de los resultados del censo 2017, arrojan que, a abril de dicho año el número de personas extranjeras en Chile asciende a 1.119.267, calculándose en setecientos mil que han llegado desde el 2014 a la fecha. Hoy el porcentaje de inmigrantes con respecto a la población nacional es de 6,1%, la más alta en la historia. Además, la migración se ha diversificado en términos de lugares de origen, la radicación a lo largo del país y el tipo de migrantes.

Chile requiere de una nueva política de migración, lo cual supone conciliar los valores de seguridad y orden, juntos con los de justicia e integración. Esto significa dar un trato justo a las personas migrantes, fomentar el ingreso regular y adoptar medidas en contra de delitos como son el tráfico ilícito de migrantes.

En el marco del derecho internacional indicado y ante el desafío migratorio, el Estado de Chile cuenta con la legislación migratoria más antigua de América Latina, el DL 1094 de 1975. Por ello, hacia finales de su primer gobierno, el Presidente Piñera ingresó al Congreso un proyecto de ley de migraciones¹ que fue ampliamente criticado por las organizaciones de la sociedad civil, la academia y algunos organismos internacionales, por carecer de un enfoque de derechos y enfatizar un enfoque instrumental. El gobierno anterior de la Presidenta Bachelet, con fecha de agosto de 2017, ingresó al parlamento un nuevo proyecto de ley de Nueva Ley de Migraciones, Boletín N° 11395-06, el cual tiene como objetivo modernizar la normativa migratoria vigente hacia una que promueva una migración segura, ordenada y regular. Sin embargo, nuevamente fue objeto de críticas y no llegó a término. Por último, respecto del proyecto de ley de migraciones previamente ingresado en su primer mandato,

1. Boletín N° 8970-06, de fecha 20 de mayo de 2013.

el actual gobierno del presidente Piñera envió indicaciones con fecha 09 de abril de 2018, las cuales comenzó su tramitación legislativa en la Cámara de Diputados².

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sobre derechos de personas migrantes que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes, consagran los estándares que deben estar presentes en el proyecto de ley de migraciones³. Esos principios son (1) el derecho al libre tránsito y migración, (2) el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, (3) el derecho al debido proceso y al acceso a la justicia, (4) el derecho a la reunificación familiar y a la protección de la familia, (5) el derecho a la nacionalidad y a la identidad, (6) el principio del interés superior del niño, (7) el principio de no criminalización de la migración irregular, (8) el principio de no devolución, (9) el derecho de acceso a la información y (10) principio *pro homine*.

Esta minuta está orientada a contrastar tales estándares, principios y derechos con el articulado del proyecto de ley de migraciones presentado por el Presidente Piñera en su primer gobierno junto a las indicaciones recientemente enviadas, para evaluar en qué medida el proyecto cumple con las obligaciones que el Estado de Chile ha adquirido en materia de derechos humanos.

III. Observaciones al proyecto de ley

1. ***Sobre el derecho a la libre circulación y la movilidad humana***⁴ El proyecto no reconoce el derecho humano a la libre circulación y movilidad humana, derecho consagrado en varios de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile, tales como como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El mensaje del proyecto de ley indica que los objetivos de la ley son “aprovechar las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país” y que la legislación que se adopte se concibe como una “herramienta capaz de atraer talento y fuerza laboral en sectores y lugares determinados”. Para ello se propone la integración como eje de la reforma, la cual se promueve con incentivos a la regularidad migratoria y

2. A la fecha de publicación de la presente minuta, el proyecto de ley de migraciones y extranjería fue tramitado en las comisiones de Gobierno Interior; Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización, Zonas Extremas y Antártida Chilena, y Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados.

3. Cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Convención Internacional de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

4. Art. 13 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, asegura el derecho a circular libremente y elegir residencia en un territorio. En los mismos términos, el art. 12 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

haciendo difícil la estancia en condiciones de irregularidad. Adicionalmente, “[l]a migración regular permite también asegurar un adecuado control, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria” (p. 12). El proyecto de ley tiene un fuerte énfasis en la migración de carácter laboral, especialmente aquella relacionada con la inserción formal en el mercado del trabajo y en aquellos nichos en que el Estado busca incentivar la recepción de personas extranjeras. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, la que debe ejercerse con pleno respeto a los tratados internacionales a los cuales Chile se encuentra obligado, el INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy en Chile requiere que la legislación prevea los distintos escenarios en que esta ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. La ausencia de esta perspectiva puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello se podría incentivar la migración irregular que es precisamente lo que se quiere evitar.

El proyecto de ley indica que la integración total se logra con el deber que le cabe a los y las migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, es decir, sobre una base de regularidad migratoria y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, si bien valorable, no es suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes discriminatorias que se producen en las sociedades, comportamientos presentes también en Chile.

El artículo 17 del proyecto de ley se refiere a la determinación por parte del Presidente de la República, de la Política Nacional de Migración y Extranjería, estableciéndose los elementos mínimos de esa política migratoria, no considerándose en la redacción de este artículo el aporte que significa la migración al desarrollo social, económico y cultural del país. Asimismo, la referencia al orden público, la política de seguridad interior y exterior del Estado, como los elementos a considerar en la construcción de política migratoria, parece una limitación a la misma, la que, de ejercerse, no debe soslayar lo establecido en el art. 5 de la Constitución Política de Chile, que establece como límite a la soberanía el respeto a los derechos de las personas. Sobre este punto, cabe destacar lo establecido en el art. 4 de la Ley de Migraciones de la República Argentina, que señala: “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. No se opone en aquella ley ningún límite a este derecho.

2. Sobre el Derecho a la nacionalidad. El INDH celebra que el proyecto de ley establezca la posibilidad de que los hijos e hijas de extranjeros/as nacidos/as en Chile puedan optar a la

nacionalidad chilena⁵. Esta disposición -artículo 166 inciso 1º- va en armonía con los tratados internacionales suscritos por Chile en materia de Derechos Humanos y que se encuentran vigentes⁶. Sin embargo, ve con preocupación cómo se establece en el inciso segundo de la norma, una diferencia injustificada y desproporcionada entre los hijos/as de extranjeros/as nacidos/as en Chile en razón de su condición migratoria.

De acuerdo a esta norma, los hijos e hijas de migrantes irregulares pueden optar por la nacionalidad chilena, solo si acreditan que no pueden optar a otra nacionalidad; mientras que, por otro lado, aquellos hijos e hijas de migrantes regulares, pueden optar a la nacionalidad chilena sin tener que acreditar que pueden o no acceder a otra. El INDH considera que esta diferencia de trato no se encuentra justificada, ya que no responde a los criterios de objetividad y razonabilidad, ni responde a la búsqueda de un fin legítimo, ni va en línea con la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política de la República, garantizando su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones o nacionalidad.

Así, en conclusión, es opinión del INDH modificar el párrafo segundo del artículo 166, en orden a establecer de oficio la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con total prescindencia de la situación migratoria de sus padres y madres. Lo anterior, en razón que el no reconocimiento de la nacionalidad puede configurar *apatridia*⁷, y colocar a estas personas en una situación de extrema exclusión social.

5. El proyecto de ley define al extranjero o extranjera transeúnte como aquel o aquella que “se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en condición Migratoria Irregular” (artículo 166 inciso 2º).

6. Dentro de los tratados internacionales que regulan la materia se destaca: Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24); Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 20), y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7), entre otros.

7. Una persona apátrida es aquella que no es reconocida como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación (Cfr. Convención 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, Artículo 1. Proyecto de Acuerdo para su aprobación, ingresado a la Cámara de Diputados el pasado 12/9/2017. Boletín N° 11435-10). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los estados tienen el deber de “identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida” (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, párr. 94). El Comité de los Derechos del Niño le sugirió al Estado de Chile que “revise y enmiende su legislación para que todos los niños nacidos en su territorio, que de otra manera serían apátridas, puedan adquirir la nacionalidad chilena en el momento de su nacimiento, independientemente de la condición de inmigrantes de sus padres” (Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile CRC/C/CHL/CO/4-5, 30 de octubre de 2015, párr. 33).

3. Sobre el respeto del principio de no devolución⁸. El principio fundamental de no devolución, aplicable tanto a las personas no refugiadas como a las refugiadas o solicitantes de asilo, es mencionado de manera insuficiente o demasiado vaga en el proyecto de ley. El principio de *non-refoulement* impide la transferencia de personas de un Estado a otro si estas se enfrentan a un riesgo de violación de determinados derechos fundamentales. Este principio se encuentra, con algunas variaciones, en la Convención sobre el estatuto de refugiados, los tratados de extradición, el Derecho Internacional Humanitario, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El principio de no devolución también está consagrado (sin ninguna limitación por razones de seguridad) como regla de *jus cogens* en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (párr. 5). A su vez, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) estipula que “[n]ingún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”⁹. Este derecho es absoluto en su naturaleza, no pudiendo ser limitado ni restringido por los estados¹⁰.

Si bien se aprecia en el proyecto de ley la inclusión explícita del principio de no devolución en varios escenarios en los que una persona no debería ser devuelta a un Estado específico (artículos 23 Ingreso condicionado y 128 Suspensión de la ejecución del proyecto de ley), el INDH considera que es importante que la legislación refleje explícitamente la naturaleza amplia del principio de no devolución. La prohibición absoluta de no devolución debería reflejarse en los artículos referentes a prohibiciones de ingreso y procedimientos de expulsión o “devolución asistida”. Además, se recomienda añadir una disposición para abordar situaciones en las que los cambios en las circunstancias en el país de origen hacen que la deportación ponga a la persona en riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos, en particular la violación del derecho a la vida, a la libertad y la integridad física.

4. Migración segura, ordenada y regular. Los artículos 6° “Migración Regular” y 8° “Migración Segura” del proyecto original fueron sustituidos según la indicación por un único artículo: “Artículo 6. Migración segura, ordenada y regular. El Estado promoverá acciones tendientes a prevenir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata

8. El principio de no devolución se encuentra consagrado en el art. 33.I (1) de la Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados; art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 13.4 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y el art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes.

9. Artículo 3 (1) de la Convención contra la Tortura.

10. Artículo 2 (2) de la Convención contra la Tortura. “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

de personas, velando por la persecución de quienes cometan estos delitos, en conformidad con la legislación y los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia y que se encuentren vigentes. Asimismo, el Estado promoverá que los extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios para su estadía en el país y para el desarrollo de sus actividades, en conformidad con la legislación nacional”.

En relación a estos objetivos –seguridad, orden y regulación- la formulación del apartado está en concordancia con la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes¹¹, adoptada por la Asamblea General de la ONU el año 2016, y con el Pacto Mundial sobre Migración -instrumento que se desarrollaría en el marco de la meta 10.7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible-, en donde cada Estado se compromete a cooperar internacionalmente para facilitar las migraciones ordenadas, seguras, regulares y responsables.

Sin embargo, no obstante las correctas directrices de la indicación del Ejecutivo de ajustar la disposición a lo señalado por los organismos internacionales, dicho artículo se centra en solo dos aspectos. En una primera parte incentivando la “promoción de acciones tendientes a prevenir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas”, y luego sumando esfuerzos para que “los extranjeros cuenten con las autorizaciones y permisos de residencia o permanencia necesarios para su estadía en el país y para el desarrollo de sus actividades, en conformidad con la legislación nacional”. No obstante, la propuesta legislativa olvida nombrar el compromiso del Pacto Mundial sobre Migración, en orden a facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas. Por ejemplo, la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas puede incluir la creación y la ampliación de vías migratorias seguras y regulares.

En relación a este segundo ámbito -migración regular- el proyecto de ley establece este objetivo dentro de sus principales ejes, entendiéndola como la única vía para la integración plena y la manera en que las personas migrantes pueden desarrollar su vida en las mejores condiciones posibles. El proyecto entiende que la irregularidad migratoria “perjudica enormemente a quienes sufren dicha condición, pues los excluye del tejido social y económico, privándolos de servicios básicos y volviéndolos vulnerables al abuso” (p. 30). Al mismo tiempo, se señala que la irregularidad perjudica a la sociedad receptora, al aumentar la competencia desleal en el trabajo y al favorecer la conformación de guetos de marginación.

11. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/71/L.I.

No obstante el reconocimiento explícito a la importancia de la regularidad migratoria, se observa con preocupación cómo subsiste la indeterminación en relación a aspectos trascendentales de la regularización, como son los requisitos para obtener una visa. Estas determinaciones se entregan al futuro Reglamento y no se abordan en la presente ley. Lo anterior podría generar situaciones de discriminaciones arbitrarias, violentado de esta manera el principio de igualdad y no discriminación, lo cual podría derivar en graves consecuencias, si es que, por ejemplo, se mantiene por la vía del Reglamento la visa por motivos laborales supeditada al hecho de obtener un contrato. En ese caso se estaría fomentando la irregularidad migratoria estructural, condenando a una persona migrante a trabajar informalmente, arrendar su vivienda informalmente e, incluso, en algunos casos, caer en manos de traficantes inescrupulosos/as y sufrir varias otras vulneraciones de sus derechos. Así, el proyecto debe abogar por la regularidad migratoria, pero con respeto a los derechos humanos.

5. Sobre el principio de la reunificación familiar¹². El artículo 14 reconoce el principio de la reunificación familiar. Sin embargo, dicho reconocimiento es solo entre padres/madres, hijos/as menores de edad, hijos/as con discapacidad, hijos/as menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado, menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría, y cónyuges o convivientes. Además, una de las indicaciones realizadas es restringir el concepto de convivencia solo a aquella convivencia civil que se adquiere en virtud de la celebración de un acuerdo de unión civil.

Por otra parte, de conformidad con la obligación que incumbe a los estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda solicitud hecha por un niño o niña o por sus padres o madres para entrar en un Estado Parte o para salir de él, para efectos de la reunión de la familia, será atendida de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los estados partes garantizarán, a su vez, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares (art. 10.1 de la citada Convención). En este sentido, todas las decisiones, medidas y prácticas que se adopten en relación a consideraciones de reunificación familiar, deben estar determinadas por el principio de interés superior del niño y la niña, como la exige la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, el INDH estima que el concepto de reunión familiar debe estar orientado por el concepto de reunificación familiar que establece el artículo 9 de la Ley N° 20.430, ley que establece disposiciones sobre protección de refugiado/as, que señala: “Reunificación

12. El artículo 14 del proyecto de ley presentado por el ejecutivo (Boletín N° 11395-06) reconoce el principio de la reunificación familiar; entre padres, hijos y cónyuges o convivientes, sin establecer ninguna distinción entre hijos o alguna forma de convivencia.

Familiar: Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halle ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela. El Subsecretario del Interior resolverá, en cada caso, las solicitudes de reunificación familiar, teniendo en cuenta la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales y culturales de sus países de origen. La reunificación familiar sólo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado y en ningún caso por el reunificado. No se concederá por extensión protección como refugiado a una persona que resulte excluible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley”. Finalmente, la ley debiera consignar la vía específica por la cual se concreta la reunificación, esto es, a través de qué visa.

6. Sobre el principio del interés superior del niño. El INDH insta a incluir el interés superior del niño y la niña entre los principios orientadores del proyecto de ley, ya que de este solo se hace mención en el Artículo 22.- Requisitos de menores de edad (Si las personas competentes para autorizar la salida del país de menores extranjeros no pudieren o no quisieren otorgarla, ésta podrá ser otorgada por el tribunal que corresponda cuando lo estime conveniente en atención al interés superior del menor).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha generado una serie de criterios básicos que los estados debieran tener en cuenta para respetar la consideración del interés superior del niño y la niña. Entre dichos criterios destacan los referidos al principio de no devolución de niños y niñas no acompañados/as y a las medidas que involucran expulsión de progenitores/as. La Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH¹³ señala que “[e]n el contexto de la migración, cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado. En estrecha conexión con lo anterior, destaca la obligación de respetar plenamente el derecho de la niña o del niño a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta”. En esta misma línea, la Corte Suprema de Chile ha acogido recursos que apelan procesos de expulsión en casos en que las personas afectadas tienen niños/as de nacionalidad chilena, precisamente en consideración a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴.

13. Véase en <http://www.iin.oea.org/pdf-inn/Opinion-Consultiva-19-agosto2014.pdf>

14. Rol 3057-13. En este caso, la Corte Suprema argumentó que, “de ejecutarse la expulsión ciertamente transgrede el interés superior de la menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1

El INDH observa que dichos criterios básicos no se encuentran reflejados en el proyecto de ley. En lo referente al principio de no devolución, el artículo 22 del proyecto original (después de las indicaciones es el 23), apunta que en caso que los/as menores de 18 años no se encuentren acompañados/as al momento de ingresar al país, o no cuenten con la autorización necesaria, deberá darse lugar al procedimiento de retorno asistido. El artículo 124 “Retorno asistido de menores” (antes de las indicaciones art. 123), señala que, si bien estos/as menores de 18 años no podrán ser expulsados/as, podrán ser sujetos a un procedimiento de retorno asistido al país del cual son nacionales. (...). Si bien el INDH observa que el proyecto de ley excluye la detención de niños, niñas y adolescentes, NNA (artículo 126: “No podrá privarse de libertad a extranjeros menores de edad para hacer efectiva esta medida”), lo cual se ajusta a las normas internacionales dado el derecho de NNA a vivir con su familia, se reitera lo señalado por la Corte IDH en el sentido que “cuando el interés superior de la niña o del niño exige el mantenimiento de la unidad familiar; el imperativo de no privación de libertad se extiende a sus progenitores y obliga a las autoridades a optar por medidas alternativas a la detención para la familia y que a su vez sean adecuadas a las necesidades de las niñas y los niños” (Opinión Consultiva 21/14).

Sobre la misma disposición del proyecto, es significativo tener en consideración nuevamente la misma Opinión Consultiva 21/14 de la Corte IDH que indica que, “[e]n lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible”. Ante tales situaciones, la Corte afirma la vigencia del “principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad”.

Finamente, respecto a la expulsión de los/as progenitores/as de NNA menores de 18 años, la Corte IDH indica que “la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, por lo tanto, debe ser la que restringe en menor grado el derecho protegido y se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo. En efecto, para evaluar los intereses en conflicto, es preciso tener en cuenta que una expulsión puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y desarrollo de la niña o del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración

de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

primordial. De este modo, dado que en abstracto la expulsión de uno o ambos progenitores prácticamente en ninguna circunstancia redundaría en el interés superior de la niña o del niño sino que lo afectaría, se impone al correspondiente Estado la obligación de realizar una adecuada y rigurosa o estricta ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales legítimos, correspondiendo determinar, en el contexto de cada caso concreto, que la expulsión de uno o ambos progenitores, no conlleve una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar de la niña o del niño”.

7. Acceso a Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en condiciones de igualdad y no discriminación. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “[L]os Estados partes se comprometerán, de conformidad a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familias que se hallen dentro de su territorio o sometido a su jurisdicción los derechos provistos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (artículo 7). Acto seguido reconoce un amplio catálogo de derechos, entre los que se incluyen los derechos fundamentales de acceso a la educación (artículo 30), empleo y derechos laborales (artículos 25 y 26), seguridad social (artículo 27), salud (artículo 28), entre otros.

El INDH celebra la inclusión de los derechos humanos en el proyecto de ley de migración y extranjería. Se reconocen de manera específica la igualdad de derechos y obligaciones; derechos laborales; acceso a la salud; acceso a la seguridad social y beneficios de cargo; acceso a la educación; reunificación familiar; y envío y recepción de remesas. Sin embargo, manifiesta ciertas preocupaciones que se indican a continuación.

En relación al acceso a la salud -artículo 11-, el proyecto garantiza el acceso a migrantes en iguales condiciones que los/as nacionales. Sin embargo, respecto a aquellas personas migrantes en situación irregular se establecen ciertos requisitos adicionales, “previo cumplimiento de los requisitos que, al efecto, determine el Ministerio de Salud”. Así, el INDH considera que esta diferencia de trato no se encuentra justificada, ya que no responde a los criterios de objetividad y razonabilidad, ni responde a la búsqueda de un fin legítimo. En tal sentido, el INDH recomienda que el Ministerio de Salud no debiera tener la facultad de seleccionar a quienes tendrán acceso a las prestaciones de salud; por el contrario, tendría que asegurar el goce de este derecho a todas las personas en condiciones de igualdad y no discriminación.

En relación al acceso a la educación -artículo 13-, se asegura el derecho a la educación estableciendo expresamente la prohibición de denegar la matrícula en establecimientos educacionales regidos por el DFL N° 2 de 1996 del Ministerio de Educación, a causa de nacionalidad, ni aun cuando la condición migratoria de cualquiera de los padres/madres sea irregular. Así, se asegura el acceso a la educación de cualquier niño o niña por el solo hecho de serlo y con independencia absoluta de la situación migratoria, económica o judicial de sus padres/madres. La declaración anterior debería complementarse con una visa de renovación automática que habilite al niño y a la niña a vivir regularmente en Chile, y a ejercer y gozar tanto del derecho a la educación como de todos los otros derechos que les corresponde. Es opinión del INDH que una visa de estas características debe estar consagrada en la ley y no solo en el reglamento, y debe ser independiente de la matrícula en una escuela.

Finalmente, en relación al acceso a la Seguridad Social, el artículo 12 es muy escueto al señalar que los “extranjeros podrán acceder a beneficios de cargo fiscal, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulan dichas materias”, lo que no va en la misma línea que las disposiciones anteriores sobre DESC que establecen frases como “en igualdad de condiciones que los nacionales” o “en las mismas condiciones que los nacionales”. Es opinión del INDH que se incorpore una disposición similar a las disposiciones antes señaladas y que se asegure el acceso a las prestaciones y beneficios de seguridad social financiados con recursos fiscales, en igualdad de condiciones que los y las nacionales, con independencia de la situación migratoria de sus titulares. La Corte IDH indica que “la calidad de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”¹⁵.

Así, a modo de conclusión, preocupa al INDH que el proyecto otorgue acceso a prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal únicamente a residentes que hayan permanecido en el país por dos años en forma continua, y no respecto de las demás personas migrantes. Este plazo no está fundamentado y puede resultar arbitrario e injustificado.

Asimismo, es voluntad del INDH que se incorpore, tal como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, el derecho a la seguridad social, en virtud del artículo 9, en el siguiente sentido: “Cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país”¹⁶.

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva N°18/03. La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Septiembre de 2003, párr. 119.

16. Véase el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871), párr. 98.

8. Sobre el ingreso y egreso del territorio del Estado. El artículo 22 del proyecto establece la posibilidad de una visa consular, medida que ya existe en la actual legislación¹⁷. Se alude al “interés nacional”, concepto jurídico indeterminado y vago que puede resultar peligroso porque queda abierto a que el Estado decida imponer una visa a ciudadanos/as de estados cuya migración se decide limitar, restringiendo el derecho a la libertad de tránsito. La imposición de una visa consular debiese ser el resultado de una decisión fundada, en la cual se consideren distintos criterios. Sobre este punto, la Corte IDH, al precisar las obligaciones internacionales de los estados sobre esta materia, en Opinión Consultiva N° 18/03 sobre migrantes indocumentados/as, señala: “Sí, puede el Estado entregar un trato distinto a los migrantes documentados respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes o nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione derechos humanos”. Es decir, estos tratos diferenciados no constituyen discriminación arbitraria en la medida en que se fundamenten sobre una base razonable, objetiva y proporcional, y no lesione derechos humanos. En este sentido, estimamos que el legislador debe explicitar en el texto de la norma que una distinción de este tipo, basada en la nacionalidad, debe necesariamente fundarse en argumentos o criterios objetivos, basado en un criterio razonable, teniendo presente el principio de proporcionalidad y que no se lesionen derechos humanos. Si no se establecen normativamente estos criterios, se corre el riesgo de generar tratamientos diferenciadores por nacionalidad que constituyen discriminación arbitraria¹⁸. Del mismo modo, en cualquier caso, el establecimiento de una visa consular debe tener presente la modernización y el aumento de las capacidades de los consulados chilenos en el extranjero, hoy incapaces de tramitar eficazmente los requerimientos de visados.

17. En la actual legislación el visto consular se presenta como una excepción al procedimiento de ingreso de la generalidad de los extranjeros y extranjeras al país, reconociéndose diversas fuentes en el origen: (a) Decreto Supremo, el cual tendría que explicar cuáles son las razones de interés nacional y los motivos de reciprocidad internacional que justifican la exigencia de visto consular o registro previo de pasaporte; (b) Acuerdos Internacionales, permiten la imposición de modalidades y requisitos respecto al ingreso de turistas al país; (c) Reglamento de Extranjería, que establece que a los y las nacionales de países con los cuales no se mantengan relaciones diplomáticas, se exigirá visto consular o registro de pasaportes.

18. El DS N° 776, de 09.04.2018, que establece visa consular a los y las nacionales de Haití, fundamenta el trato diferenciado por nacionalidad en los siguientes argumentos: Migración ordenada, segura y regular. Sobre este punto, estimamos que el fundamento no explica cuál era el desorden previo que justifica esta medida, no explicita cuál era la irregularidad del flujo migratorio haitiano e impone un escenario de inseguridad al exponer a estas personas a redes de tráfico ilícito de migrantes. Ha sido la propia Corte Suprema en fallo del mes de abril (CS: 390-2018) quien ha señalado que a los extranjeros y extranjeras de nacionalidad haitiana que ingresan en calidad de turistas les está permitido cambiar su condición migratoria de turistas a solicitantes de algún tipo de visa, sin que esto constituya ilegalidad alguna y menos una “situación de irregularidad”. Supuestamente, de acuerdo al mencionado Decreto, al permanecer después de los plazos de turismo, se les expondría a “redes de tráfico de personas”. Lo anterior constituye un error conceptual, ya que la posibilidad de configurar el delito de tráfico ilícito de migrantes se da al momento de ingresar al territorio y no después.

El artículo 27 señala las *causales imperativas* para prohibir el ingreso al territorio del Estado. En el número 1 señala que se prohíbe el ingreso a personas que posean antecedentes acreditados de conformidad a la legislación de sus respectivos países o registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal, de pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas, o los que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior. Estimamos que esta norma debe necesariamente definir en qué consiste “acreditado”, ya que la única forma de acreditar estas conductas es a través de sentencias judiciales que tengan valor en Chile. La sola referencia a estar incluido en un registro o al hecho de haber ejecutado actos que las leyes califiquen de crímenes contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior, no debiera ser suficiente y correspondería exigir que estas situaciones estén determinadas por una sentencia judicial. Además, se requiere que estas personas no hayan cumplido la condena, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio resocializador de la pena penal, establecido en art. 5 N° 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De no cumplirse todo lo anterior, el INDH estima que en la aplicación de esta norma se podría afectar el principio de proporcionalidad; sobre este punto, la Observación General N° 27 sobre la situación de extranjeros y extranjeras con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en sus párrafos 14 y 15 señalan: “que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que deben protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.

Por otra parte, el artículo 27 N° 5 prohíbe el ingreso a aquellas personas que hayan sido condenadas en Chile o en el extranjero por tráfico ilícito de estupefacientes o armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, o se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero por dichos delitos. Respecto a las referidas condenas en Chile, el art. 34 de la Ley N° 18.216, señala en su inciso 1°: “Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiera legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional”. Luego, en su inciso 3° se indica: “El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”. Es decir, existe una norma vigente en nuestro ordenamiento que ya determina el efecto de prohibición de ingreso al territorio nacional en caso de existir condenas en Chile, prohibición judicial que se establece por

10 años, distinta a la prohibición administrativa e indefinida que establece este artículo. Respecto a las condenas verificadas en el extranjero, se estima que esta norma podría vulnerar el principio resocializador de la pena penal y el principio de proporcionalidad, al no establecerse un plazo de duración de la sanción. Además, en aquella parte que impone sanción a aquellas personas por el solo hecho de mantener procesos vigentes.

El art. 27 N° 6, indica: “Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”. Esta norma reconoce efecto inmediato a estas resoluciones que hasta ahora se ejecutan a través de decretos supremos que se publican en el Diario Oficial. Estas sanciones muchas veces son vulneratorias de derechos. En otras latitudes se estima que, precisamente por eso, pueden controlarse las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Kadi, en el cual se impusieron restricciones a una persona por ser sospechosa de pertenecer a un grupo terrorista, sin existir fundamento para la imposición de esta sanción.

El art. 28 señala las prohibiciones facultativas. El numeral 1° señala que se podrá impedir el ingreso al territorio nacional a extranjeros y extranjeras que “Realicen o hayan realizado actos que puedan alterar las relaciones bilaterales con algún país o sus gobernantes, con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o consulares”. El INDH estima que esta eventual prohibición resulta imprecisa al no determinar en qué consiste esa alteración, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad, riesgo de arbitrariedad e infracción al principio de proporcionalidad. Sostenemos que este tipo de restricciones deben fundarse sobre una base objetiva, razonable y proporcional a un hecho determinado, y acreditado mediante sentencias judiciales. Lo que se sancionaría a través de esta norma es un hecho indeterminado que no tiene características de reproche jurídico penal.

El numeral 2° indica: “hayan sido condenados en el extranjero en los últimos 10 años por actos que la ley chilena califique de crimen; o en los últimos 5 años por actos que la ley chilena califique de simple delito; se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero; o, se encuentren prófugos de la justicia”. Sobre esta prohibición, el INDH estima que afecta el principio resocializador de la pena penal, y, respecto a aquellas personas que mantienen procesos judiciales pendientes en el extranjero, se afecta claramente el Principio de Presunción de Inocencia.

El numeral 3° señala: “Registren antecedentes policiales negativos en los archivos o registros de la autoridad policial, sean propios o canalizados a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL)”. Resulta cuestionable negar el ingreso por “registrar antecedentes policiales”, porque se vulneraría el principio de inocencia y mantiene

el enfoque de seguridad de la actual ley. Además, estos antecedentes pueden consistir en faltas muy menores, como comercio ambulante, con lo cual la prohibición resultaría desproporcionada.

Las causales deben estar estrictamente enumeradas para evitar arbitrariedades en la frontera. Si bien se establecen las causas por las cuales se puede denegar el ingreso al territorio del Estado, queda muy abierto el caso de personas que hayan cometido un delito, hayan sido juzgadas y hayan cumplido condena. No parece razonable negar el ingreso a personas que hayan cumplido su condena ya que se vulnera el principio de resocialización de la misma.

9. Extranjeros habitantes de la Zona Fronteriza. El proyecto establece en su artículo 46: “podrán ingresar en calidad de Habitante de Zona Fronteriza los nacionales y Residentes definitivos de Estados que sean fronterizos con Chile y que tengan domicilio en zonas limítrofes a la frontera nacional, siempre y cuando residan en una zona fronteriza definida por un convenio bilateral acordado por el Ministerio de Relaciones Exteriores previa consulta al Ministerio de Defensa Nacional, y cumplan los requisitos allí establecidos”. Preocupa al INDH que esta norma pueda afectar la circulación de personas que actualmente existe en las regiones fronterizas, dado que no queda claro cuáles serán los mecanismos para acreditar la nacionalidad o domicilio de esas personas. Se sugiere además que dicha norma se complemente con la obligación que establece el Convenio N° 169 de la OIT para poblaciones indígenas, en particular el artículo 32 de este tratado internacional: “Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”.

10. Sobre el derecho a la información. El artículo 4 reconoce el derecho a la información en los procedimientos migratorios, pero de forma muy general. De todas formas, resulta valorable que se establezca que las personas extranjeras deberán recibir información sobre sus derechos en un idioma que puedan entender, sobre obligaciones y alternativas para regularizar su situación migratoria, en los puntos de ingreso al país y en los servicios públicos correspondientes. Es deseable que la norma explicita que la información deberá alcanzar al sistema de recursos administrativos y judiciales que asiste a la persona migrante y la forma de ejercerlos.

II. Sobre el principio de no criminalización de la migración irregular. Las indicaciones presentadas sustituyen el anterior artículo 8, referente a migración segura, por el siguiente: “Artículo 8. No Criminalización. La migración irregular no es, por sí misma, constitutiva de delito”, entendida la condición migratoria irregular, según el mismo proyecto, como aquella condición en la cual se encuentra una persona extranjera presente en el país y que carece de un permiso vigente que lo habilite para permanecer en él. Dicho artículo va en consonancia con lo señalado en el Segundo Informe de Progreso de la Relatoría Sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias (2001) “...los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas. No son ni criminales ni sospechosos de cometer delitos”, y con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), según la cual “La detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Vélez Loo Vs. Panamá). En cambio, el artículo 138, “Verificación de estadía regular”, se contrapone a lo indicado en el artículo 8 en cuanto criminaliza la migración irregular al asociarla a la comisión de un delito. El artículo 138 mencionado señala que “[e]n caso de verificarse la estadía irregular de un extranjero, o la comisión de otra infracción a esta ley o su reglamento, el organismo respectivo deberá informar de ello a la Subsecretaría del Interior”, lo cual hace referencia a la obligación legal que todo/a funcionario/a público/a tiene de denunciar ante la autoridad competente todo hecho que en el ejercicio del cargo tomaran conocimiento y revistan el carácter de delito, obligación que emana de lo dispuesto en la letra k) del artículo 61° del Estatuto Administrativo, y de la letra b) del artículo 175° del Código Procesal Penal. Además de criminalizar la migración irregular, el artículo se contrapone al inciso del artículo 11 en el que se señala que “Los extranjeros que permanezcan en el país en condición migratoria irregular tendrán acceso a la salud en igualdad de condiciones que los nacionales, previo cumplimiento de los requisitos que, al efecto, determine el Ministerio de Salud”, puesto que señala un trato diferenciado entre migrantes en condición de irregularidad, migrantes en situación regular y nacionales.

Sumado a lo anterior, el artículo 118 señala como causal de expulsión la existencia de irregularidad -en el caso de encontrarse en Chile no obstante haber vencido el permiso de permanencia transitoria-, lo que supone una falta de criterio de proporcionalidad. Teniendo en consideración lo indicado en el Artículo 126.- Privación o restricción de libertad: “Para hacer efectiva la medida de expulsión, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento de aquélla, salvo en el caso de menores”, el INDH subraya que, estando en consonancia con la no criminalización de la migración irregular declarada en el artículo 8 del proyecto de ley, la entrada irregular al territorio de otro Estado, la carencia o el vencimiento de la autorización para residir allí, no deberían sancionarse con la intensidad evidenciada,

y por lo tanto no deberían ser expuestas las personas que mantienen una situación de irregularidad a privaciones de libertad.

12. Debido proceso y garantías procesales. El INDH celebra la última indicación del Ejecutivo ingresada con fecha 09 de abril de 2018, en relación a esta garantía, en el sentido de incorporar de manera expresa al párrafo segundo del Título II, el debido proceso: “Artículo 16. Debido Proceso. El Estado asegurará a los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley, de conformidad a los derechos y garantías que les confiere la Constitución Política de la República y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes”.

Una ley con enfoque de derechos debe consagrar garantías y mecanismos procesales que aseguren la efectividad de los derechos en caso que sean vulnerados. Así, por ejemplo, las causales que dan lugar a la expulsión administrativa del país deben estar taxativamente enumeradas y delimitadas en el proyecto de ley, de modo de reducir ámbitos de discrecionalidad y arbitrariedad. Ello no ocurre, por ejemplo, con el artículo 119 N° 4 del proyecto de ley, que establece la expulsión por el solo hecho de permanecer en Chile luego de expirado el permiso de residencia transitoria. Además de inviable, la sobreestadía no debería constituir de acuerdo a los estándares internacionales más que una falta administrativa.

No obstante, el proyecto de ley cumple con varias de las garantías fundamentales del debido proceso: el procedimiento administrativo prevé una instancia donde la persona afectada puede ser oída, puede oponer pruebas y presentar los motivos por los cuales debe revocarse la medida. Sin embargo, el proyecto no hace referencia al derecho de las personas afectadas de expresarse en su idioma, y de contar con intérpretes autorizados/as para estos efectos. Asimismo, resulta insuficiente el plazo de 48 horas que establece el artículo 135 para aquellos extranjeros y extranjeras afectados/as por una medida de expulsión. En el mismo sentido, resulta problemático establecer como última instancia una apelación a las Cortes de Apelaciones respectivas, eliminando el recurso a la Corte Suprema, ya que se afecta con ello la existencia de un control jurisdiccional de segundo grado y, con ello, el derecho a recursos efectivos. Finalmente, es necesario contar con defensa especializada, donde intervengan profesionales capacitados/as en estas temáticas con enfoque de derechos, de forma tal de poder brindar un servicio focalizado en la realidad cultural, antropológica, de las personas migrantes que lo requieran.

Sobre el debido proceso en los procedimientos relacionados a la migración, el proyecto debería tener presente las indicaciones señaladas por la Corte IDH: “En consideración de

las pautas señaladas y las obligaciones asociadas con el derecho a las garantías judiciales, la Corte ha considerado que un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas: a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley”¹⁹

13. Sobre las expulsiones. El proyecto de ley establece causales para la expulsión de personas con permanencia transitoria y residentes, e incluye varias consideraciones que la Subsecretaría del Interior tendrá en cuenta al momento de resolverlas. Entre estas, tener cónyuge, conviviente o padres/madres chilenos/as o radicados/as en Chile (art 121 núm. 5), e hijos/as chilenos/as o extranjeros/as con residencia definitiva (núm. 6). Estas disposiciones constituyen un aporte a la ponderación caso a caso de las resoluciones de expulsión, tal como ha recomendado el INDH, y están en línea con sentencias de la Corte Suprema²⁰ que ha revocado órdenes en tal sentido en razón de los vínculos con el país de las personas afectadas.

Al mismo tiempo, el INDH considera oportuno revisar las disposiciones respecto de los recursos judiciales a los que pueden acceder las personas afectadas por órdenes de expulsión. Se establece que la reclamación la podrá hacer “el afectado por dicha medida por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la notificación de la resolución respectiva” (art. 135). La Corte fallará breve y sumariamente, en única instancia, dentro de un plazo de cinco días. La interposición del recurso suspenderá la orden de expulsión “y durante su tramitación, se mantendrá vigente la medida de privación de libertad en los casos en que hubiere sido decretada, conforme a lo dispuesto en el artículo 126” (inciso segundo). Aun cuando es positivo que los recursos estén alojados en un tribunal

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”, párr. 356.

20. Sentencias de CS: Ingresos N° 66-2013 (protección), 1534-2013 (amparo), 423-2014 (amparo), 3694-2015 (amparo).

superior, el hecho que se trate de una instancia única sin apelación limita las posibilidades de las personas afectadas en la reclamación de la medida. En segundo lugar, el proyecto de ley no establece la obligación de poner a disposición del o la reclamante, apoyo letrado para la interposición del recurso, aun cuando el proyecto de ley establece que este debe ser fundado. La Corte IDH ha indicado que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, entendiendo que tal proceso existe cuando “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [...] El desarrollo histórico del proceso, consecuentemente con la protección del individuo y la realización de la justicia, han traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de un abogado, que hoy figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados” Agrega la Corte IDH que “el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”²¹.

Preocupa asimismo la vigencia de la privación de libertad dada la disposición propuesta: “En todo caso, el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad, si la expulsión no se materializa, una vez transcurridos cinco días desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión en un plazo máximo de 48 horas” (art. 127). Aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa la privación de libertad por un periodo de 5 días, sin poner a las personas a disposición del juez o jueza, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es de 24 horas. No existe norma legal alguna que permita, en este caso, a las fuerzas de orden y seguridad pública o a la policía de control migratorio (según se establece en el proyecto de ley), mantener detenida a una persona por más de 24 horas sin control judicial. El artículo propuesto no se ajusta completamente a las disposiciones constitucionales sobre el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual (art. 19.7 CPR), especialmente en lo que se refiere a los lugares de detención. Sobre el particular, la Corte IDH ha establecido: “[...]la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin

21. Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03, párr. 121 y 124.

demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. De igual forma, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria estableció que “[t]odo [...] inmigrante retenido deberá comparecer cuanto antes ante un juez u otra autoridad”²².

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

En el artículo 119 y 120 se establecen las causales de expulsión. Aparecen como demasiado amplias y con excesivo margen para la discrecionalidad, como las dispuestas en el art. 119 N° 2, 3, 4, 5, 6, muchas de estas causales de expulsión actualmente solo se encuentran sancionadas con multa. Además, no hay una distinción entre la gravedad de las causales. Hay situaciones en que la expulsión resulta desproporcionada, como el caso de una expulsión por vencimiento del permiso de turismo, o por haber sido sorprendido realizando una actividad remunerada con permiso de turista. En estos casos el INDH considera que la persona debe ser avisada e invitada a regularizar su situación migratoria, previo a una expulsión.

Además, el proyecto carece de una norma que determine el plazo de prescripción de las sanciones, y la forma de computarlo. Esto resulta necesario para consolidar los derechos de las personas migrantes, y así cumplir con el mandato del derecho a la igualdad y no discriminación. En el mismo sentido, se recomienda establecer una norma que establezca -en virtud del principio *pro homine*- que los derechos y toda situación que favorezca a la población migrante se aplicará de manera retroactiva a todas las personas migrantes con independencia de su condición migratoria.

El artículo debiera considerar excepciones a la expulsión cuando una persona ha expresado temor de regresar a su país de origen porque su integridad física o psíquica está amenazada, como sería el caso de una persona que podría verse expuesta a tortura en su país de origen. Se trata de incorporar el principio de no devolución contenido en una serie de instrumentos internacionales, como la Convención contra la Tortura²³, cuyo objetivo principal es la protección de la vida de las personas en movimiento.

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

23. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 3.1: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

El artículo 125 elimina el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría para proceder a las expulsiones. Preocupa esta omisión toda vez que cuando un acto puede afectar garantías constitucionales debe pasar por la toma de razón por parte de la Contraloría, de modo de revisar la legalidad de una expulsión.

En el artículo 135 se establece la posibilidad de una reclamación jurisdiccional y se introduce una novedad respecto del procedimiento actual. La Corte de Apelaciones respectiva es la única instancia de reclamación. Si bien es una medida razonable en términos de economía procesal, dada la disparidad de criterios con que suelen fallar las Cortes de Apelaciones, se pierde el ejercicio unificador que hace a la fecha la Corte Suprema cuando se recurre de amparo. La Segunda Sala de la Corte Suprema ha venido fallando a favor de migrantes que van a ser expulsados/as cuando ellos o ellas tienen algún vínculo con chileno/a, tienen hijos/as o familia en Chile. Los fallos sistemáticos y consistentes de la Corte Suprema en esta materia han venido creando política migratoria en Chile y parece importante mantener esa segunda instancia.

En otro orden de ideas, el proyecto no explicita el derecho a la información sobre asistencia consular, en el sentido que los extranjeros y extranjeras que se encuentran en este tipo de situaciones, deben ser informados/as sin demora de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su país de origen al momento de la notificación de la expulsión. Lo anterior, de conformidad a lo señalado en la Opinión Consultiva N° 16/99 de la CIDH, sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso²⁴.

Finalmente, el artículo 131 del proyecto establece una serie de medidas administrativas de control que podría adoptar la Policía de Investigaciones de Chile en cumplimiento de su función de control migratorio, respecto de personas extranjeras infractoras. Si bien el artículo 132 establece la obligación de comunicabilidad de estas medidas a la autoridad migratoria y los antecedentes relacionados con la infracción, resulta necesario, en opinión del INDH, sujetar dichas medidas restrictivas de libertad a un control jurisdiccional, así como los plazos de privación de libertad para efectos de ejecutar una expulsión. En este entendido, dado que estas medidas restrictivas de libertad poseen una naturaleza *sui generis*, ya que no presentan ribetes penales propiamente tales, sería deseable evaluar la posibilidad de establecer una justicia migratoria especializada.

24. Art. 36, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

14. Sobre la institucionalidad. El proyecto de ley modifica la institucionalidad existente, señalando la creación de un Servicio Nacional de Migraciones, servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendría la estructura y capacidad para llevar adelante la ejecución de la política migratoria, y actuaría como el canal estatal con las personas migrantes. De esta forma, la materia dejaría de depender de un departamento y debería ser abordada con mayores potestades y recursos como servicio público. La necesidad de mejorar la institucionalidad migratoria ya había sido solicitada en su oportunidad por parlamentarios/as, organizaciones de la sociedad civil y comunidades de migrantes, y señalada en la minuta del INDH (Informe sobre el Proyecto de Ley que Establece una Nueva Ley de Migraciones. Boletín N° 11395-06) que indicaba que un Servicio Nacional de Migraciones podría terminar con la desarticulación que existe en el Estado en materia migratoria, poniendo fin a situaciones que no se explican razonablemente, como que, en la actualidad, los trámites migratorios en regiones dependan de las gobernaciones, las que a su vez dependen del jefe de la División de Gobierno Interior; mientras que los trámites en la Región Metropolitana dependen del DEM (dos autoridades responsables de un mismo asunto).

Además de lo anterior, el proyecto de ley plantea la configuración de un Consejo de Política Migratoria con la función de suscribir la política y asesorar al Presidente en su formulación, en conjunto con los ministros de Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, Justicia y Derechos Humanos, Desarrollo Social, y Salud. Asimismo, el INDH insta a que el Consejo de Política Migratoria integre a los ministros y ministras de la Mujer y la Equidad de Género, Educación y Trabajo, así como a la Subsecretaría de la Niñez.

El INDH valora el mejoramiento de la institucionalidad migratoria, hoy en día superada por la realidad de la movilidad humana en el país²⁵, y señala que dicha institucionalidad debe orientarse a la inclusión, la integración y la defensa de los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo. Al mismo tiempo, hace notar que los ámbitos donde se produce gran parte de los problemas de derechos humanos son educación, salud, vivienda y trabajo, así como en los discursos y prácticas que reiteran prejuicios y reproducen comportamientos xenófobos y discriminatorios. El Instituto recomienda que se exprese la necesidad de tomar en cuenta estas situaciones y que se establezca un mecanismo para que las organizaciones de migrantes y de la sociedad civil que defienden sus derechos puedan presentar al Consejo los problemas que esperan que la política migratoria atienda.

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

15. Sobre la autoridad de control migratorio. El proyecto de ley establece que le corresponderá a la Policía de Investigaciones ejercer el control migratorio de ingreso y egreso al territorio del Estado. Aun cuando se señala que sujetará estrictamente su actuar al mandato de la Subsecretaría del Interior, resulta preocupante que este proyecto de ley vuelva a otorgar ámbitos amplios de discrecionalidad en frontera. Uno de los principales problemas que exhibe el actual DL 1094 radica en la discrecionalidad que otorga a la PDI en frontera. Eso se ha traducido en discriminación y rechazo arbitrario en el ingreso, en particular a nacionales colombianos/as afrodescendientes, según pudo constatar el INDH en sus Misiones de Observación a la Frontera de Chacalluta y Colchane. A su vez, los rechazos arbitrarios dejan varadas a las personas en frontera, siendo cooptadas por las crecientes redes de tráfico ilícito de personas. Tanto es así, que una comunidad de religiosas mantiene en Pisiga (en la frontera altiplánica de Bolivia con Chile) un albergue para recibir a mujeres colombianas afrodescendientes rechazadas en la frontera chilena.

Es opinión del INDH que, para asegurar la promoción y la protección de los derechos de las personas que migran a Chile, debiera considerarse una institución distinta a la Policía de Investigaciones a cargo del control fronterizo, de modo de promover un enfoque de integración y derechos en vez de uno policial basado expresamente en la seguridad del Estado. En la institucionalidad comparada, se ha visto que resultan exitosas las experiencias de organismos no policiales a cargo del control fronterizo, como es el caso de la Superintendencia de Migraciones del Perú, y funcionarios/as del Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia.

16. Mujer migrante. El proyecto de ley no hace alusión alguna a la especial situación que experimentan las mujeres migrantes, ni a las necesidades, discriminación y vulneraciones que sufren por su particular situación de vulnerabilidad. Las mujeres migrantes sufren discriminaciones múltiples por poseer ambas calidades y, eventualmente, por ser pobres y por el color de la piel. Por ello deberían establecerse en la ley, más explícitamente, que las mujeres migrantes tengan acceso a todas las instituciones y mecanismos que reguarden su bienestar; así como también que se respeten sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así mismo, sería valorable que se establezcan disposiciones especiales relacionadas con las mujeres víctimas de trata y tráfico, y respecto de aquellas víctimas de violencia.

IV. Conclusiones

- El INDH considera positivo que la legislación y medidas que se promuevan impulsen a que la comunidad nacional lleve a la práctica una migración ordenada, segura, regular y responsable.

Las indicaciones al proyecto de ley son valorables pues apuntan a destrabar la reforma de la normativa actual que tiene su origen en 1975, obsoleta por responder a una realidad enteramente distinta a la actual, y cuyo concepto central es la sospecha dirigida en contra de las personas migrantes, a las que se consideró como potencial amenaza para la seguridad nacional. Asimismo, ellas recogen parcialmente el debate realizado en la sociedad chilena y en el Congreso Nacional, pasados cinco años del proyecto presentado durante el primer gobierno del presidente Piñera.

Igualmente es destacable la regulación del Consejo Nacional de Política Migratoria, compuesto por seis ministros de Estado, y cuyo objetivo será tomar las decisiones de políticas públicas migratorias acerca de derechos sociales.

- El INDH valora la creación de un Servicio Nacional de Migraciones dotado de autonomía, personalidad jurídica propia, desconcentrado territorialmente, descentralizado, cuya Dirección sea nombrada por alta dirección pública y que pueda llevar adelante la Política Migratoria como una política de Estado, de largo plazo, de naturaleza intersectorial, fundada en el promoción y protección de los derechos de todas las personas, sin distinción y que favorezca la articulación de las distintas entidades del Estado.
- El INDH aprueba positivamente que el proyecto establezca la posibilidad que los hijos e hijas de extranjeros/as nacidas/os en Chile puedan optar a la nacionalidad chilena, sin embargo, resulta necesario modificar el proyecto en orden a establecer de oficio la nacionalidad chilena a todas las personas nacidas en su territorio, con total prescindencia de la situación migratoria de sus padres/madres, con el objetivo de evitar casos de apátrida.
- El INDH celebra la última indicación del Ejecutivo ingresada con fecha 09 de abril de 2018, en relación a incorporar de manera expresa al párrafo segundo del Título II, esta garantía (Artículo 16. Debido Proceso). Sin embargo, preocupa que el proyecto mantenga mecanismos procesales que no aseguran resguardar los derechos fundamentales cuando estos son vulnerados. Esto ocurre, por ejemplo, cuando no se contempla al interior del procedimiento el acceso a traductores/as, o se consagran plazos sumarásimos (como el de 48 horas que establece el artículo 135 para extranjeros/as afectados/as por una medida de expulsión); el referido plazo hace prácticamente

imposible el ejercicio del derecho de defensa, es un plazo insuficiente y hay que tener presente que no existe en Chile acceso gratuito a defensa especializada en materia de protección de derechos de personas migrantes. Además, aun cuando no se trata de un delito, se faculta a la autoridad administrativa la privación de libertad por un periodo de 5 días para efectos de hacer efectiva una orden de expulsión, sin poner a las personas a disposición del juez o jueza, en circunstancias que para el delito flagrante el estándar es de 24 horas máximo. Preocupa que la única instancia de reclamación judicial sean las Cortes de Apelaciones y se elimine el recurso ante la Corte Suprema. En particular, se sugiere revisar esta eliminación, por la importancia que esta Corte ha jugado unificando criterios judiciales que recogen principios fundamentales como la reunificación familiar y el interés superior del niño y la niña como estándares superiores que han sido vulnerados en algunas expulsiones. Lo anterior, sin perjuicio de la eventual interposición de otros recursos, como el recurso de queja.

- El INDH observa la necesidad de la creación de mecanismos o instancias de defensa especializada, frente la ausencia de defensa migrante profesionalizada en materia de protección de personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados/as, para hacer efectiva las exigencias mínimas del debido proceso.
- El proyecto de ley mantiene formas de discrecionalidad que limitan el derecho a la libre circulación y movilidad humana, que dificultan y no favorecen la regularización migratoria como criterio rector de una política migratoria. Tal es el caso de dejar al futuro Reglamento una cantidad y diversidad demasiado amplia de asuntos, como son los vistos o visas consulares.
- El proyecto de ley tiene un fuerte énfasis en la migración de carácter laboral, especialmente aquella relacionada con la inserción formal en el mercado del trabajo y en aquellos nichos en que el Estado busca incentivar la recepción de personas extranjeras. Sin desconocer la potestad estatal de definir el sentido y propósitos de la política migratoria, la que debe ejercerse con pleno respecto a los tratados internacionales a los cuales Chile se encuentra obligado, el INDH considera que la magnitud y complejidad de la movilidad humana hoy en Chile requiere que la legislación prevea los distintos escenarios en que esta ocurre, así como las diversas motivaciones asociadas a ella. La ausencia de esta perspectiva puede conllevar el riesgo de excluir de la regulación a quienes no cumplen las características deseadas por el Estado, y con ello se podrá incentivar la migración irregular que es precisamente lo que se quiere evitar. Se indica que la integración total se logra con el deber que le cabe a los y las migrantes de cumplir a cabalidad con la legislación nacional, y el reconocimiento de la igualdad de trato y la no discriminación por parte del Estado. Este reconocimiento, si bien valorable, no es

suficiente para garantizar los derechos humanos de las personas migrantes. Se requiere la acción proactiva del Estado para, entre otros aspectos, erradicar la xenofobia y las actitudes discriminatorias que se producen en las sociedades, comportamientos presentes también en Chile.

- Resulta muy importante que se refleje explícitamente la naturaleza amplia del principio de no devolución (consagrado en la Convención de Ginebra de protección de Refugiados, Convención contra la Tortura, Convención Americana de Derechos Humanos), y su prohibición absoluta en los artículos referentes a prohibiciones de ingreso y procedimientos de expulsión o devolución asistida, además de añadir una disposición para abordar situaciones en las que los cambios en las circunstancias en el país de origen hacen que la deportación ponga a la persona en riesgo de sufrir graves violaciones de sus derechos humanos.
- El INDH recuerda que, en todos los casos relacionados con niños, niñas y adolescentes migrantes, es aplicable el artículo 3 (I) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC, 1989), que exige que el interés superior del niño y la niña sea una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. El INDH recomienda agregar este principio general explícitamente al Artículo 124 del proyecto de ley. Además, el proyecto de ley debiera incluir procedimientos claros de protección para los casos de niños, niñas y adolescentes no acompañados/as que deseen ingresar al país, de modo tal que se asegure su referencia a los organismos encargados de velar por su protección y cuidado.
- El INDH valora que el proyecto de ley reconozca los derechos económicos, sociales y culturales de las y los migrantes. Sin embargo, en relación al acceso en condiciones de igualdad y no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales, preocupa al INDH que el proyecto otorgue acceso a prestaciones de salud y seguridad social de cargo enteramente fiscal únicamente a residentes que hayan permanecido en el país por 2 años en forma continua, y no respecto de las demás personas migrantes. Este plazo no está fundamentado y puede resultar arbitrario e injustificado. Además, se observa con preocupación que, sin perjuicio de garantizarse el acceso a la salud a las personas migrantes, en iguales condiciones que los/as nacionales, se establezca una distinción injustificada entre migrantes en situación migratoria irregular y aquellos/as que se encuentran en condición de regularidad, dejando entregado al Ministerio de Salud a través de Reglamento, los requisitos adicionales que tendría que cumplir la población migrante en situación de irregularidad.

- Preocupa también que se mantengan formas escasamente fundadas para establecer visas consulares, lo que debiese ser de carácter excepcional y fruto de un análisis multisectorial. Se alude al “interés nacional”, concepto jurídico indeterminado y vago que puede resultar peligroso porque queda abierto a que el Estado decida imponer una visa a ciudadanos/as de Estados cuya migración se decide limitar, restringiendo el derecho a la libertad de tránsito. La imposición de una visa consular debiese ser el resultado de una decisión fundada, en la cual se consideren distintos criterios. Un ejemplo de lo anterior es el visado consular impuesto a nacionales de Haití, en donde se limita la libertad de tránsito, no explicitándose la base objetiva, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Preocupa que por esta vía se establezcan requisitos que podrían generar tratos diferenciados por nacionalidad, los cuales si no se fundamentan adecuadamente podrían estimarse como discriminatorios en base a nacionalidad o de otras características deseables. En definitiva, pueden primar criterios utilitaristas desde una óptica solo enfocada en la migración laboral, desatendiendo otros propósitos deseables al desarrollo social y cultural del país.
- Las causales que dan lugar a la expulsión parecen demasiado amplias y, como se ha dicho, en algunos casos excesivas y no proporcionales a la falta. Tales causales deben ser taxativas y claramente consignadas en el proyecto de ley, de modo de evitar arbitrariedades. En el artículo 119 y 120 se establecen las causales de expulsión. Aparecen como demasiado amplias y con excesivo margen para la discrecionalidad, como las dispuestas en el art. 119 N° 2, 3, 4, 5, 6, muchas de estas causales de expulsión actualmente se encuentran sancionadas solo con multa. Además, no hay una distinción entre la gravedad de las causales. Hay situaciones en que la expulsión resulta desproporcionada, como el caso de una expulsión por vencimiento del permiso de turismo o por haber sido sorprendido realizando una actividad remunerada con permiso de turista. En estos casos el INDH considera que la persona debe ser avisada e interpelada a su situación migratoria previo a una expulsión. El artículo 125 elimina el trámite de toma de razón por parte de la Contraloría para proceder a las expulsiones. Preocupa esta omisión toda vez que cuando un acto puede afectar garantías constitucionales, debe pasar por la toma de razón por parte de la Contraloría de modo de revisar la legalidad de una expulsión. En otro orden de ideas, el proyecto no explicita el derecho a la información sobre asistencia consular; en el sentido que las personas extranjeras que se encuentran en este tipo de situaciones, deben ser informadas sin demora de su derecho a recurrir a la protección y asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas de su país de origen al momento de la notificación de la expulsión. Lo anterior, de conformidad a lo señalado en la Opinión Consultiva N° 16/99 de la CIDH, sobre el Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso²⁶.

26. Art. 36, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En relación a las prohibiciones de ingreso, estimamos que este articulado debe ser revisado, teniendo siempre presente los estándares de derechos humanos, ya que se estima que muchas de ellas vulneran el principio de presunción de inocencia, el principio resocializador de la pena penal y el principio de proporcionalidad.

- El INDH valora que el art. 4 reconozca el derecho a la información en los procedimientos migratorios. Sin embargo, preocupa que el proyecto no incorpore acciones de difusión para la población migratoria, así como acciones de prevención contra la discriminación arbitraria y capacitación permanente a funcionarios/as públicos/as de zonas fronterizas. En opinión del INDH, se debe revisar la autoridad de control migratorio de modo de ejercer estos controles con enfoque de derechos, disminuyendo así la discrecionalidad y arbitrariedad en el ingreso al territorio del Estado. En caso de mantenerse a la Policía de Investigaciones como autoridad policial de control fronterizo, es perentorio garantizar procesos de formación permanente del personal en frontera en derechos humanos y no discriminación -tal como se indica en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (art. 14.1)-, que se refleje en la atención a la población migrante y solicitantes de asilo.
- El proyecto de ley no hace alusión alguna a la especial situación que experimentan las mujeres migrantes, en razón de que pueden vivir una forma agravada de discriminación, denominada discriminación múltiple. Preocupa que el proyecto no establezca disposiciones especiales relacionadas con las mujeres víctimas de trata y tráfico, ni tampoco respecto de aquellas migrantes víctimas de violencia.
- Las indicaciones presentadas sustituyen el anterior Artículo 8 referente a migración segura por el siguiente: “Artículo 8. No Criminalización. La migración irregular no es, por sí misma, constitutiva de delito”. En cambio, el artículo 138.- “Verificación de estadía regular”, criminaliza la migración irregular al asociarla a la comisión de un delito, puesto que hace asimilable a la obligación legal que todo/a funcionario/a público/a tiene de denunciar ante la autoridad competente todo hecho que en el ejercicio del cargo tomare conocimiento y revista el carácter de delito, al señalar que “En caso de verificarse la estadía irregular de un extranjero, o la comisión de otra infracción a esta ley o su reglamento, el organismo respectivo deberá informar de ello a la Subsecretaría del Interior”.
- Por último, si bien las garantías y derechos fundamentales aparecen consagradas en el Título I, se perciben algunas contradicciones entre tales principios y el articulado. Así, el enfoque transversal de derechos humanos que debiera informar todo el proyecto se encuentra debilitado en parte significativa de su contenido.

5

Mujeres y derechos humanos

Informe sobre el proyecto de ley Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Boletín N° 11077-07

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 06 de agosto de 2018, en sesión ordinaria n° 437.

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto declara como principales objetivos “[...] mejorar las respuestas institucionales que hoy se ofrecen a las víctimas de violencia en contexto intrafamiliar, tanto a las mujeres, que constituyen el grupo al cual este proyecto va fundamentalmente dirigido, como a otras personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.”¹, como “[...] contribuir a la generación de un cambio cultural cuyo horizonte es la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación que éstas padecen a raíz de la violencia de género”².

Como consecuencia de lo anterior, el proyecto indica que se refuerza el trabajo intersectorial propiciando acciones coordinadas entre los distintos actores involucrados en la prevención, protección y atención de las personas que por su condición de vulnerabilidad se encuentran más expuestas a ser víctima de violencia; también regula nuevas figuras tendientes a reconocer las distintas formas que adopta la violencia ejercida contra las mujeres, niños, niñas y adolescentes, persona adultas mayores y personas en situación de discapacidad, y se mejoran aspectos procedimentales cuyas limitaciones han redundado en un déficit de protección de los derechos de las personas víctimas de violencia³.

Para el cumplimiento de los objetivos anteriores, el proyecto indica que contiene una ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia que consta de cuatro títulos; por otro lado, modifica la Ley N° 20.066 que Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar; modifica la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia; asimismo que el Código Penal y el Decreto Ley N° 3.500 que establece nuevo sistema de pensiones.

1. Objetivos del Proyecto de Ley, p. 11. A la fecha de aprobación del presente Informe, el proyecto de ley se encontraba en la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados.

2. *Ibíd.*, p. 12.

3. *Ibíd.*, p. 11 y 12.

Sin perjuicio de los avances que significa el presente proyecto en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y de las acciones para su prevención y protección anteriormente indicadas, existen observaciones de este INDH, formuladas en conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos y en los pronunciamientos efectuados en sus informes anuales en la materia (2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2016) que se han referido a diversos aspectos sobre la violencia en contra de la mujer, los que se explican en el presente informe.

II. Introducción

La problemática de la violencia en contra de la mujer ha sido abordada tanto por el sistema universal como regional de Derechos Humanos, habiendo alcanzado su desarrollo en base a instrumentos internacionales y a la actividad de los Órganos de Tratados y relatores y entre otros actores.

Es así como en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas del año 2006, se indicó que cuando el problema comenzó a ser investigado en serio y a nivel internacional, se llegó a la conclusión de que “la violencia contra la mujer era de carácter mundial y sistémica y estaba arraigada en los desequilibrios de poder y la desigualdad estructural entre los hombres y las mujeres”. A partir de eso, resultó también fundamental “la identificación del vínculo entre la violencia contra la mujer y la discriminación”⁴.

El trabajo desarrollado por el Comité creado por la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en sus siglas en inglés) de Naciones Unidas, desde su establecimiento ha dejado en claro que todas las formas de violencia contra la mujer están comprendidas en la definición de discriminación contra la mujer establecida en la Convención, pidiendo a los Estados Parte adoptar las medidas necesarias para poner fin a dicha violencia⁵.

El artículo I de la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

4. Asamblea General de Naciones Unidas. *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. Informe del Secretario General. A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006, párr. 30.

5. *Ibid.*, párr. 31.

El Comité CEDAW, por su parte, en su Recomendación General N° 19 sobre la violencia contra la mujer, señaló que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁶. Luego especifica que la definición de discriminación en la Convención “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”⁷, señalando que constituye discriminación “la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula sus derechos humanos y sus libertades fundamentales”⁸.

Por su parte, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas (en adelante “Declaración ONU”), del año 1993, vino en complementar lo dispuesto en la CEDAW entregando una definición de violencia contra la mujer en su artículo 1, indicando a esta como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”⁹.

En el artículo 2 de esta Declaración se indican los distintos actos que deben incluirse dentro del concepto de violencia contra la mujer, señalando los ámbitos en donde estos pueden producirse: “a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer; los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

A nivel regional, si bien la protección de la mujer contra la violencia se puede también enmarcar dentro de los instrumentos generales del sistema (Declaración Americana de

6. Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, adoptada en el 11° período de sesiones, 1992, párr. 1.

7. *Ibíd.*, párr. 6.

8. *Ibíd.*, párr. 8.

9. Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. En: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>

los Derechos y Deberes del Hombre¹⁰, Convención Americana de Derechos Humanos), el instrumento específico en esta materia es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”), del año 1994, como asimismo los pronunciamientos de órganos tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea en decisiones de fondo, sentencias e informes temáticos y de país.

En el Preámbulo de la Convención de Belém do Pará se identifica la violencia contra la mujer no solamente como una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales, sino que como una “ofensa a la dignidad humana” y una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”. El artículo I de la Convención define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

De acuerdo con el artículo 2, esta violencia puede ser de naturaleza física, sexual o psicológica, y puede producirse tanto en el ámbito doméstico o familiar como en el ámbito comunitario, donde se incluye el acoso sexual en el lugar de trabajo. También se señala que puede ser “perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra” (artículo 2, letra c). El artículo 6 conecta directamente el derecho de la mujer a una vida libre de violencia con su derecho a “ser libre de toda forma de discriminación” (letra a), y con “el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (letra b).

10. La Comisión IDH en el Informe de Fondo N° 80/11, caso 12.626, Jessica Lenahan (Gonzales) y Otros (Estados Unidos), 21 de julio de 2011 se refiere a la violencia doméstica como violación de la Declaración Americana, desde la óptica de una situación en que se alegó la falta de cumplimiento de la obligación de actuar con la debida diligencia en relación a una víctima de violencia. De esta forma, la CIDH fijó estándares importantes relacionados a la discriminación contra las mujeres bajo la Declaración Americana estableciendo: “a) que los Estados están obligados bajo la Declaración Americana a dar efecto legal a los deberes contenidos en su artículo II y su obligación de no discriminar; b) que las obligaciones bajo el artículo II de la Declaración Americana comprenden la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer como un componente crucial del deber del Estado de eliminar formas directas e indirectas de discriminación; c) que en ciertas circunstancias el Estado puede incurrir en responsabilidad por no proteger a las mujeres de actos de violencia doméstica perpetrados por particulares; y d) que cuando un Estado no cumple con su obligación de proteger a las mujeres de la violencia doméstica de acuerdo a lo dispuesto en el artículo II de la Declaración Americana, esto puede también dar lugar en ciertos casos a una violación del derecho a la vida consagrado en el artículo I de la Declaración Americana y, al deber de otorgar una protección especial, establecido en el artículo VII del mismo instrumento”. (Referido en Comisión IDH, “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, 2011, párr. 133).

Correlato de lo anterior, la Convención de Belém do Pará en el artículo 7 establece las obligaciones para los estados en materia de protección, sanción y reparación. En ello, “como deberes de los estados” condenan de forma expresa todas las formas violencia contra la mujer, y convienen en adoptar “los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”. Será deber del estado “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso (letra c).

En la misma línea, y reforzando el deber del Estado para con sus obligaciones internacionales, profundiza el compromiso en “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (letra e), así como “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (letra g).

En síntesis, tanto el sistema universal como regional de derechos humanos, insta a los estados a garantizar a las mujeres una vida libre de violencia previniendo, sancionando y erradicando la violencia en todos los ámbitos en que las mujeres la viven, no solamente en el ámbito doméstico, sino que en el público y laboral, tal cual se deriva de las definiciones antes indicadas¹¹.

Ello, involucra también el deber de los estados de tomar las medidas necesarias, incluidas aquellas de índole legislativa, administrativa o cualquier materia de protección, sanción y reparación que aporten en eliminar todas las prácticas (o formas) de violencia contra la mujer.

11. Además de los instrumentos específicos que abordan el tema, desde una perspectiva integral del sistema de protección de derechos humanos es posible entender que dentro de los tratados generales (principalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) la violencia contra las mujeres se encuentra incluida vinculada al ejercicio del derecho a la vida y los derechos a la integridad física y psíquica, y a la salud.

III. Observaciones al proyecto de ley

I. Opinión General del Proyecto de Ley. En términos generales, se valoran positivamente los objetivos del proyecto de ley tendientes a la prevención, sanción y erradicación de la violencia en contra de las mujeres, a fin de garantizarles el derecho a una vida libre de violencia. Lo anterior se ajusta al contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y a los tratados internacionales ratificados por Chile, esencialmente la CEDAW y la Declaración ONU a nivel de sistema universal, y la “Convención de Belém do Pará” a nivel regional.

Por su parte, el INDH ya en su Informe Anual del año 2010, se refirió a la gravedad y magnitud de la violencia contra las mujeres en Chile, dando cuenta sobre la Primera Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales, de la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, que arrojó que en la década se produjeron más de 500 femicidios¹². Asimismo, en el Informe Anual del año 2011, se indicó que la violencia contra las mujeres ejercida por personas con quienes existe un vínculo afectivo constituye en Chile un problema grave de derechos humanos “[...] estudios realizados por entidades públicas permiten inferir que al menos una de cada tres mujeres ha vivido violencia en sus relaciones de convivencia”¹³.

En el Informe Anual del año 2011 se indicó que la violencia contra las mujeres hace parte de un patrón cultural profundamente arraigado en la sociedad chilena. Para su erradicación se requiere tanto su prevención y atención en los servicios públicos, como la sanción a quienes la cometen. Estos tres elementos, que conforman una política integral para abordar el problema, se encuentran en Chile desagregados y con desigual desarrollo. La respuesta estatal se ha centrado, como en casi toda América Latina, en la dimensión judicial y de tipo

12. En los 55 asesinatos de mujeres cometidos el año 2009 se repiten los patrones identificados en años anteriores: la mayoría fueron cometidos por la pareja o expareja de las víctimas, ocho de ellos ‘pololos’; ocho mujeres fueron violadas antes de ser asesinadas (en cuatro casos el agresor era un desconocido, y en los restantes pertenecían a su círculo afectivo cercano, además de que ocho mujeres habían denunciado y cuatro de ellas, disponían de medidas cautelares; uno de los femicidas venía saliendo de la cárcel, cumpliendo condena por asesinato de una mujer. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2010*, pp. 88-90, citando a Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (2009). Dossier de Prensa de la Campaña ¡Cuidado. El Machismo Mata! Disponible en: www.nomasviolenciacontramujeres.cl

13. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2011*, “Acceso a la Justicia en caso de violencia en contra de las mujeres”, pp. 124-127. Citando la Encuesta Nacional de Victimización del Ministerio del Interior, de 2008, arroja que la prevalencia de violencia intrafamiliar para mujeres es de 35,7%. Los datos son para mujeres mayores de 15 años que han tenido una relación de convivencia; por tanto, queda excluida de este universo la violencia que se produce en el pololeo, y la violencia sexual que proviene de integrantes de la familia. Disponible en: http://www.seguridadpublica.gov.cl/fi les/presentacion_violencia_intrafamiliar_v2.pdf

penal, y por lo mismo resulta insuficiente para brindar la protección integral a la que se encuentra obligado el Estado para con sus ciudadanas¹⁴.

Tanto el Comité de la CEDAW como la Comisión IDH han señalado que los estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra las mujeres en cualquier contexto que estos ocurran, y de esta manera evitar la impunidad¹⁵.

2. Definición y forma de violencia contra las mujeres. Se destaca la definición existente en el proyecto de ley de violencia contra las mujeres (art. 2°), la que ha sido formulada en conformidad a las existentes en los artículos 1° de la Convención de Belem do Pará y de la Declaración ONU.

El proyecto en su artículo 3 incorpora las diversas clases de violencia (física, psíquica y sexual), en conformidad a lo establecido en la Convención de Belem do Pará (art. 2) y la Declaración ONU (art. 2); en cumplimiento asimismo de la recomendación del Comité CEDAW en el sentido de que se “Modifique la Ley de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.066) para que incluya la tipificación concreta de violencia doméstica como delito que abarque la violencia física y la psicológica y elimine el requisito del “maltrato habitual” [...]”¹⁶. El proyecto amplía, por su parte, el rango de situaciones de violencia de las existentes en los indicados instrumentos internacionales incluyendo la violencia simbólica y económica (Art. 3).

Se valora positivamente la inclusión de las distintas clases de violencia en la disposición de acuerdo a los estándares de derechos humanos existentes en la materia. Sin embargo, se estima que la redacción otorgada para la clase de violencia simbólica (letra e) resulta muy amplia, lo que podría generar imprecisión a la hora de la calificación por parte del juez o jueza de estas conductas.

Por otro lado, el indicado artículo 3 del Proyecto no incluyó dentro de las diversas formas de violencia a la obstétrica, sin perjuicio que el artículo 13 del mismo incluye una obligación general de adoptar medidas para asegurar un parto humanizado y respetuoso. Si bien la Declaración ONU y la “Convención Belém do Pará” no hacen referencia a la violencia obstétrica, (por ser un tema de debate relativamente reciente), esta quedaría comprendida dentro de la violencia en materia de salud que tratan ambos instrumentos internacionales.

14. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 124.

15. Citando a Comité de la CEDAW, Observación General N° 19, artículo 24, y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

16. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53° periodo de sesiones (1° al 19 de octubre de 2012). Observación N° 19.

En este sentido, el INDH se refirió a la materia en sus informes anuales de los años 2014 y 2016¹⁷, indicando su preocupación por la existencia y mantenimiento de este tipo de prácticas¹⁸. Así, en el informe anual del 2014, indicó que la “violencia obstétrica” “[...] representa situaciones que vulneran el deber de garantizar una atención médica adecuada a las mujeres en el proceso de gestación establecido en CEDAW y en el PIDESC, y vulneran asimismo las garantías ofrecidas en la Ley N° 20.584 de derechos y deberes de los pacientes, sobre respeto, trato digno y consentimiento informado, entre otros [...]”¹⁹.

Se valora, asimismo, que el proyecto incluya dentro de los ámbitos en los cuales puede ejercerse la violencia en contra de las mujeres, los privados y públicos (art.1), y desarrolle un concepto para precisar este último (cosa que no sucede en los instrumentos internacionales referidos), al indicar que esta “[...] se refiere a la violencia contra las mujeres que es perpetrada por cualquier persona cuya relación no esté comprendida en el ámbito privado. Ésta comprende, entre otras, aquella que tiene lugar en los establecimientos educacionales y de salud, el lugar de trabajo y los espacios públicos; la que es perpetrada o tolerada por el Estado o sus empleadas y empleados públicos donde quiera que ésta ocurra, ya sea en períodos de normalidad o de excepción constitucional, y particularmente aquella que tiene lugar bajo control o custodia estatal” (art 4).

La incorporación anterior resulta de la mayor relevancia pues como se señaló en el Informe Anual del INDH del año 2012, los actos de violencia son de ocurrencia cotidiana en la vida de las niñas y las mujeres, tanto en los espacios públicos como privados, y en forma independiente de la condición social²⁰. De todas formas, podría ser deseable una mayor enumeración ejemplar de hipótesis en las que se puede producir la violencia, de manera de facilitar la aplicación de esta norma por los operadores del sistema de justicia.

3. Deberes de los órganos del Estado. En los artículos 5, 6 y 7 del proyecto se indican los deberes de los órganos del Estado y sus funcionarios y funcionarias en la materia, sin embargo todos los verbos rectores contemplados para cada una de las acciones indicadas relativizan las acciones, debilitando su mandato y por tanto la intervención. A modo de ejemplo, el art. 5 indica : “ [...] propenderán a la adopción de acciones [...]”; “ [...] se deberá tener en especial consideración lo dispuesto en la Convención [...]”; “[...] se velará por la coordinación, consistencia y coherencia [...]” En el artículo 6, indica “[...] promover

17. En el capítulo Violencia Obstétrica y Derechos Humanos, pp. 229-250.

18. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014*. Recomendaciones Particulares “Derecho a la salud y maternidad”, p. 298; e *Informe Anual 2016*. Recomendaciones “Violencia Obstétrica y Derechos Humanos”, p. 300.

19. *Ibid.*, p. 203.

20. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2012*, p. 131.

dentro del ámbito de sus competencias [...]”; Los Ministerios referidos en el inciso anterior procurarán, dentro del marco de sus competencias, brindar protección a las mujeres víctimas de violencia”. Mientras en el artículo 7 se indica que “Todos los órganos del Estado velarán [...]” (los subrayados se encuentran agregados). Lo anterior podría ser contrario al derecho internacional de los derechos humanos que insta a la garantía por parte de los órganos del Estado del contenido de los mismos en forma inmediata (sobre todo en lo que respecta a los derechos civiles y políticos).

Al respecto, la CIDH ha señalado “[...] se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer”²¹.

4. De la prevención de la violencia. Se destaca la existencia de un Título propio que trata sobre la prevención de la violencia. El objetivo del mismo es valorable, pues se indican acciones a desarrollar por los distintos actores estatales en materia de políticas públicas y de acciones de promoción y en el ámbito de educación. Sin perjuicio de lo anterior, al igual que la observación anterior, destaca la ausencia de verbos imperativos en la realización de las acciones, correspondiendo a enunciados generales. La sola excepción se encuentra en el art. 10 referido a la inclusión en los “Planes de Formación Ciudadana” de la Ley N° 20.911, en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación y de una vida libre de violencia.

Por otro lado, el proyecto de ley indica que será el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género quien coordinará las acciones para dar cumplimiento a lo indicado en este título en conformidad al artículo 1 de la Ley N° 20.820, sin entregar mayor información acerca de la forma y los instrumentos con los que realizará este rol coordinador, lo que podría generar confusión y descoordinación entre los órganos del Estado en el cumplimiento de este mandato legal.

En relación a lo anterior, el INDH en su Informe anual 2011, indicó que “[...] la violencia contra las mujeres hace parte de un patrón cultural profundamente arraigado en la sociedad chilena. Para su erradicación se requiere tanto su prevención y atención en los servicios

21. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258.

públicos, como la sanción a quienes la cometen. Estos tres elementos, que conforman una política integral para abordar el problema, se encuentran en Chile desagregados y con desigual desarrollo. La respuesta estatal se ha centrado, como en casi toda América Latina, en la dimensión judicial y de tipo penal, y por lo mismo resulta insuficiente para brindar la protección integral a la que se encuentra obligado el Estado para con sus ciudadanas²².

En la misma línea, el Comité de la CEDAW observó que “[...] al Comité le preocupa la insuficiente coordinación existente entre el SERNAM y el parlamento y la sociedad civil así como el hecho de que las mujeres desfavorecidas no estén suficientemente incluidas en los programas, planes de acción y políticas del SERNAM”²³.

5. De la protección y atención de las mujeres frente a la violencia y la relativización de las medidas de protección y de otras acciones. Se valora la existencia del Título II del proyecto de ley destinado a brindar protección y atención a las mujeres frente a la violencia; entre las acciones se destaca la inclusión de la perspectiva de género en la formulación de políticas, planes y programas por parte de los órganos del Estado en general; deberes en el ámbito de la salud y en el ámbito de la educación. Como asimismo la implementación de medidas de servicios de apoyo en la asistencia de mujeres víctimas de violencia, en el acceso a la justicia y en la atención de mujeres víctimas de violencia sexual.

Sin embargo, al igual que en las dos observaciones anteriores, existen diversos verbos que relativizan la protección que el Estado debe brindar en las acciones indicadas, entre ellas la del artículo 18 sobre medidas de protección y atención para mujeres víctimas de violencia sexual, que indica que el Ministerio de Salud y los Servicios de Salud “procurarán entregar [...] en atención de salud a las mujeres y niñas víctimas de violencia sexual”. Misma consideración anterior se repite en diversas partes del articulado de este título, ocupando verbos como promoverá, procurará, podrán (art. 13, 14, 18), procurarán adoptar, entregar (art. 15, 18, solo por citar algunos). Se sugiere su reemplazo por verbos concretos como “deberá/n” tal cual ocurre respecto de los deberes de protección en el ámbito de la seguridad (art. 16), y en las primeras diligencias (art. 17).

A propósito del deber de prevención contemplado en el art. 9 del proyecto de ley, es valorable la labor de los medios de comunicación en contribuir para promover una cultura ciudadana de denuncia de la violencia contra las mujeres y de total rechazo a esta. Sin embargo, sería deseable que junto con lo anterior, también se consignara el deber de no incurrir en expresiones discriminatorias y denigrantes hacia las mujeres que puedan reproducir estereotipos que incentiven actos de violencia hacia las mujeres.

22. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 124.

23. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, *op. cit.*, Observación N° 12.

6. Prohibición de la aplicación de la atenuante de responsabilidad. Se destaca la inclusión en el art. 23 del proyecto, la prohibición de la aplicación por parte del juez o jueza de la atenuante de responsabilidad contenida en el artículo II N° 5 del Código Penal, cuando se funde en estereotipos que amparen o refuercen la violencia contra las mujeres. La indicada atenuante dispone que “Son atenuantes de responsabilidad [...] 5° La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación”²⁴. Atenuante que puede llegar a amparar conductas de violencia en contra de las mujeres por parte del agresor en situaciones consideradas como de “infidelidad”.

Dicha disposición va en línea con lo indicado por el Comité CEDAW que recomendó al Estado “[...] transforme su reconocimiento del problema de las formas múltiples de discriminación en una estrategia general para modificar o eliminar las actitudes basadas en estereotipos [...]”²⁵.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, el artículo no elimina por completo la aplicación de la atenuante en todos los casos, puesto que prohíbe su aplicación por parte del juez o jueza en aquellos casos fundados en estereotipos que amparen o refuercen la violencia contra las mujeres, dejando con ello a la facultad discrecional de calificación subjetiva al juez o jueza, en consecuencia su aplicación práctica será determinada en aquellas situaciones que considere no se funden en *estereotipos*, lo que puede variar caso a caso.

Lo anterior se podría revelar complejo en la práctica, toda vez que ni la ley ni el proyecto de ley entregan pautas para la determinación de lo que se entiende por “estereotipo”.

7. Conductas sexuales pasadas de una víctima. Se destaca la prohibición de discusión en el proceso sobre las conductas sexuales pasadas de una víctima, del artículo 26 a), que indica: “a) Las conductas sexuales pasadas de la víctima no podrán ser objeto de discusión en el proceso [...]”. Sin embargo, el artículo mantiene una parte final que indica que las conductas pasadas sí podrán ser objeto de discusión en el proceso “[...] cuando el tribunal lo estime estrictamente indispensable para la resolución del mismo”.

Dicha parte final de la disposición deja a la discrecionalidad del juez o jueza en cada caso determinar la discusión de las conductas sexuales pasadas, lo que puede generar una utilización poco homogénea de parte de los tribunales de justicia, producirse una doble victimización o victimización secundaria, pudiendo llegar a ser atentatoria asimismo en contra de diversos derechos, entre ellos la intimidad, vida privada, y contrario al principio

24. En: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

25. Observaciones finales sobre informes periódicos quinto y sexto de Chile, *op. cit.*, Recomendación N° 17 letra b).

de igualdad y no discriminación. Por lo que se estima que la redacción del artículo debiese acercarse a la contenida en “Las Reglas de Procedimiento y Prueba” de la Corte Penal Internacional²⁶, que en su artículo 71 prescribe: “Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual. Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo”²⁷.

8. Extensión del delito a las relaciones fuera del ámbito matrimonial. Se destaca el contenido del artículo 30 N° 4, que modifica el artículo 390 del Código Penal, con el fin de subsanar las deficiencias detectadas en la actual tipificación del delito de femicidio, extendiendo a aquellas situaciones en las cuales existe o ha existido un acuerdo de unión civil o relación de pareja sin convivencia, tipos de relaciones donde se producen a diario situaciones de violencia en contra de las mujeres y que no se encuentran actualmente consideradas dentro de la norma.

En relación a lo anterior, el año 2011 el INDH indicó que, “[...] al igual que en la ley sobre violencia intrafamiliar, la legislación reconoce y sanciona la violencia contra las mujeres como tal, sólo en el contexto de las relaciones familiares, dejando por fuera las agresiones y asesinatos por razones de género que se comenten en el marco de otras relaciones afectivas –como el pololeo–, o los casos en que la víctima es atacada sexualmente por conocidos (vecino, por ejemplo) o desconocidos y luego asesinada”²⁸. Por lo tanto, se debiese incorporar dentro de la disposición del proyecto de ley un concepto de “relación de pareja” que no deje a la discrecionalidad del juez o jueza su determinación.

9. Acoso sexual sin contacto corporal. Se destaca la creación del artículo 494 ter del Código Penal (art. 30 N° 5 del proyecto de ley), en donde se tipifican y regulan como faltas las diversas expresiones de “acoso sexual sin contacto corporal”, entre ellas la captación de registros audiovisuales de alguna parte del cuerpo de otra persona, sin su consentimiento y con fines primordialmente sexuales, así como el hostigamiento mediante actos o expresiones verbales de carácter sexual explícito.

Sin embargo, se estima que la conducta de acoso debiese encontrarse redactada en forma amplia incluyendo cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido, como se establece en la Declaración ONU

26. Decreto 104, que ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 01.08.2009.

27. En: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>

28. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 127.

(Art. 2 letra b), sin especificar sus formas, las que pueden producirse por cualquier medio. De acuerdo a la forma como se encuentra redactada la disposición, dejaría fuera de la misma, por ejemplo, a conductas tales como las propuestas verbales, mensajes o notas sexuales correos electrónicos, cartas o misivas personales, entre otras.

A nivel regional, la “Convención de Belém do Pará” ratifica el derecho de las mujeres a no ser objeto de violencia, incluido el acoso sexual laboral o en cualquier otro contexto, y exige a los estados que sancionen y promulguen normas jurídicas para proteger a las mujeres frente al acoso y otras formas de violencia. El artículo 2 afirma que el acoso sexual en el lugar de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar constituye violencia contra la mujer, sin distinguir en cuanto a las formas como se puede desarrollar la misma.

10. Término de procedimientos por parte de cónyuge o conviviente. Se destaca asimismo lo dispuesto en el art. 30 N° 3 del proyecto de ley, en virtud del cual se deroga el inciso final del artículo 369 del Código Penal referido a la posibilidad de que los procedimientos incoados para perseguir delitos terminen a requerimiento del ofendido, cuando el ofensor sea del cónyuge o conviviente, situación en la cual pueden subsistir temores o presiones por parte del ofensor y dejar la comisión de un delito sin la persecución penal correspondiente, fomentando la impunidad.

11. Maltrato habitual. En los fundamentos del proyecto de ley se indica que para la elaboración del mismo se tuvieron en cuenta las recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales especializados²⁹, fundamentalmente las observaciones del Comité CEDAW³⁰ que indicó que “[...], respecto del delito de maltrato habitual, que al Comité preocupa que la aplicación de este requisito adicional (es decir, que deba ser conocido primero por el tribunal con competencia en materias de familia) a actos constitutivos de delito represente una barrera procesal que impida que se persigan”. Preocupa a este INDH que, a pesar de lo indicado en los fundamentos del proyecto, en el articulado del mismo nada se refiere al respecto, requisitos que al mantenerse implicarían mantener la existencia de barreras procesales que pueden impedir la persecución del delito indicadas por el Comité CEDAW.

29. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 7

30. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, *op. cit.*

IV. Conclusiones

- En términos generales se valora la presentación del presente proyecto de ley en análisis como un esfuerzo de adecuación de nuestra legislación interna en conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos existentes en la materia, afín de reforzar el marco de prevención y protección de actos de violencia en contra de las mujeres.
- Se destaca la definición de violencia contra las mujeres, la que ha sido formulada en conformidad a los estándares de derechos humanos existentes en la materia. Sin embargo, la redacción otorgada para la violencia simbólica resulta muy amplia, lo que podría generar imprecisión a la hora de la calificación por parte del juez o jueza de estas conductas.
- Debiese incluirse dentro de los tipos de violencia a la obstétrica, a efectos de hacer coherente el texto con el artículo 13 que incluye una obligación general de adoptar medidas para asegurar un parto humanizado y respetuoso.
- Se valora, asimismo que el proyecto incluya dentro de los ámbitos en los cuales puede ejercerse la violencia en contra de las mujeres, los “privados y públicos” y desarrolle un concepto para precisar este último.
- Se observa con preocupación, sin embargo, que en el título referido a los “Deberes de los órganos del Estado” se relativicen las acciones comprendidas ocupando verbos no imperativos, debilitando su mandato y por tanto su intervención. Misma situación se observa en los títulos sobre “Prevención de la violencia” y “De la protección y atención de las mujeres frente a la violencia”.
- Se destaca la eliminación de la aplicación por parte del juez o jueza de la atenuante de responsabilidad contenida en el artículo 11 N° 5 del Código Penal “obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación” cuando se funde en estereotipos que amparen o refuercen la violencia contra las mujeres, atenuante que puede llegar a amparar conductas de violencia por parte del agresor en situaciones consideradas como de “infidelidad” en contra de las mujeres. Se sugiere, no obstante, precisar o establecer pautas respecto al concepto de “estereotipo” para evitar la interpretación discrecional por parte del juez o jueza.
- Se destaca, asimismo la prohibición de discusión en el proceso sobre las conductas sexuales pasadas de una víctima, sin embargo, se recomienda la eliminación de la parte

final de la disposición en conformidad con el artículo 71 de Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, ya que dejaría a la discrecionalidad del juez o jueza en cada caso su determinación, provocando una utilización poco homogénea y producirse una doble victimización.

- Se destaca el hecho que se disponga que el Servicio Nacional de la Mujer y la Equidad de Género será el órgano encargado de asumir el patrocinio y representación de las mujeres víctimas de violencia, como la ampliación de sus facultades para aquello, sin embargo, debe precisarse la facultad de calificación de intervención por el Servicio.
- Se valora la extensión del delito a aquellas situaciones en las cuales existe o ha existido un acuerdo de unión civil o relación de pareja sin convivencia. Sin embargo, se sugiere una conceptualización para lo que se entiende por “relación de pareja”.
- Se destaca la tipificación como faltas de las diversas expresiones de “acoso sexual sin contacto corporal”, sin embargo, se estima que la conducta de acoso debiese encontrarse redactada en forma amplia incluyendo cualquier acción del acosador sobre la víctima que pueda representar un requerimiento de carácter sexual indebido.
- Se destaca asimismo la eliminación de la posibilidad de que los procedimientos incoados para perseguir delitos sexuales terminen a requerimiento del ofendido, cuando el ofensor sea el cónyuge o conviviente.
- Preocupa sin embargo a este INDH que, a pesar de la existencia de diversas normas referidas al acceso a la justicia para las víctimas, el proyecto no elimina el delito de maltrato habitual de la Ley N° 20.066, como requisito previo para poder perseguirse el delito.

