



BOLETÍN N° 11

SEMANA LEGISLATIVA: 12 al 16 de agosto de 2013

TEMAS QUE MARCARON LA AGENDA SEMANAL

a. CASO SENAME

Diputado Rincón



b. CASO INE

Diputado Farías



Diputado Edwards



I. SENADO

I.I TRABAJO EN COMISIONES

1. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

- Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín N° 8924-07

- **Resultados:** la instancia recibió a la abogada Ximena Gauché, quien analizó el proyecto de ley de identidad de género y expuso la opinión de la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD). La comisión en forma unánime **votó a favor** la idea de legislar dicha iniciativa.

(Ver Exposición de OTD)

- **Senador Jaime Orpis (Presidente de la Comisión):** “hay un tema muy delicado en el sentido que tenemos una legislación muy antigua que no da cuenta de la situación que viven personas transexuales porque deben enfrentar un cambio no solo de identidad sino también de sexo y eso no tiene debida cuenta a través de los procedimientos judiciales y del registro civil”. “En ese sentido este proyecto se hace cargo y reconoce que en el caso de las personas transexuales hay identidad de género y, por ello se aprobó avanzar en este proyecto”. “El tema es que los transexuales sufren mucha discriminación e inconvenientes porque muchas veces el nombre no dice relación con la verdadera identidad de sexo”.



2. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA

- **Proyecto de ley que garantiza el derecho de sufragio para los ciudadanos chilenos residentes en el extranjero.** Boletín N° 9004-07
- **Resultado:** la comisión aprobó el texto que permitiría a los chilenos residentes en el extranjero votar en las elecciones presidenciales y en los plebiscitos nacionales. (voto a favor: senadores Soledad Alvear, Hernán Larraín, Alberto Espina y Patricio Walker; voto en contra del senador Carlos Larraín).

Senador Patricio Walker: “hoy día estamos estableciendo el derecho a los chilenos que residen en el extranjero, a votar sin ningún requisito sustantivo, solo el requisito formal de inscribirse (en los consulados) y manifestar la intención de votar”. “Como presidente de la Comisión de Constitución quiero manifestar un orgullo personal y colectivo por haber pagado una deuda que tenemos con 800 mil chilenos que no se les permitía votar”.

Senadora Alvear: “hemos logrado una votación favorable para que los chilenos que viven en el exterior puedan votar, bastando sólo que se inscriban en los consulados más cercanos a sus residencias en el exterior. Esta mayoría que se ha alcanzado 4 votos a favor y uno en contra es un avance de la mayor relevancia. Es algo que hemos estado buscando desde que recuperamos la democracia, es una deuda que como país teníamos con los chilenos que viven en el exterior”.

Senador Espina: “la democracia se perfecciona cuando más chilenos tienen la oportunidad de participar en un acto tan importante como la elección de Presidente de la República. Nueve de cada diez chilenos que están en el extranjero hoy día, según los estudios, están trabajando, estudiando o realizando alguna investigación y tienen un vínculo permanente con el país”. “El argumento de que solo pueden votar los chilenos que pagan impuestos, es un argumento erróneo, porque la gran mayoría de los chilenos que están en el extranjero son personas que tienen vínculos con Chile y además van a ratificar este vínculo desde el momento en que para cada

elección van a tener que ir a consulado profesional a expresar su voluntad de votar”.

Senadora Isabel Allende: “es un día bastante histórico que espero que la Sala del Senado así lo ratifique, porque creo que hemos abierto nuestra democracia y vamos a hacer un acto de reparación a una omisión que por muchos años sostuvimos, de haber impedido que nuestros compatriotas que residen afuera pudieran votar”.

Senador Hernán Larraín: “ha sido una decisión difícil, pero a mi juicio ha sido una decisión justa la que me ha llevado a votar favorablemente este proyecto. Nuestro sector, la UDI en particular y yo mismo, hemos planteado la necesidad de un vínculo...el proyecto al que hemos arribado circunscribe las elecciones en las que pueden participar los chilenos en el exterior a las presidenciales y a los plebiscitos nacionales y adicionalmente hay que inscribirse para cada elección...el compromiso se refleja en el interés por inscribirse y por ir a votar cuando el voto es voluntario”.

Senador Carlos Larraín: “pensamos que las personas que viven de manera casi definitiva en el extranjero, que no pagan impuestos en Chile, que no soportan las consecuencias de las políticas públicas, están, en cierto modo, ausentes del acontecer nacional, no deberían poder influir en el resultado de las elecciones chilenas”. “El proyecto lamentablemente no distingue la situación de los que están radicados en el extranjero de los que tienen que viajar por situaciones transitorias como estudios o trabajo, lo cual habría sido muy conveniente porque pienso que los que están fuera por razones de estudio o trabajo si deberían votar”.



3. COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE

- Proyecto de ley que incorpora en Título III del Libro Segundo del Código Penal, párrafo que **tipifica y sanciona delitos contra el medio ambiente** y, adecua la legislación vigente en la materia. Boletín N° 8920-07
- **Resultados:** la instancia continuó con el estudio del proyecto de ley que se encuentra en discusión en particular. Para las próximas sesiones la comisión escuchará las recomendaciones del Instituto de Ciencias Penales y de abogados constitucionalistas y penalistas. Según el acuerdo adoptado por la Sala en mayo pasado, el proyecto debería ser analizado en particular por las Comisiones Unidas de Constitución y Medio Ambiente.
- **Senador Antonio Horvath:** “el proyecto de delito ambiental, que es bastante complejo, viene a llenar un vacío que tenemos en la legislación; sin embargo, después de escuchar a dos profesiones en esta sesión, con muchos antecedentes, y a otro en una sesión anterior, ha quedado en claro que se requiere definir el que no sean delitos

penales en blanco, es decir, que tengan bastante especificidad para no tener después indefiniciones o alguna posibilidad de arbitrariedad”.

4. COMISIÓN DE GOBIERNO INTERIOR

- **Proyecto de ley que modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.** Boletín N°7686-07.
- **Resultados:** la comisión escuchó la exposición del Presidente del Consejo de de la Transparencia y acordó conocer otros informes sobre la materia para comenzar la votación la primera semana de septiembre.
- **Resumen del proyecto:**
 - Incorpora a la ley de transparencia a las corporaciones y asociaciones municipales y establece la obligación de los órganos de la administración del Estado de conservar y archivar la información pública y el modo en que debe realizarse la eliminación de ésta.
 - Contempla modificaciones relativas a las obligaciones de los órganos y servicios de publicar proactivamente información de sus sitios web.
 - Informar la remuneración total que le corresponda a cada uno de los funcionarios mensualmente.
 - Publicar las declaraciones de intereses y patrimonio de las autoridades y funcionarios obligados a presentarlas; al igual que la obligación de publicar el índice actualizado de actos y documentos declarados secretos o reservados.
 - Se establece de manera expresa y como regla general, la aplicación de la ley de protección de datos personales.
 - En el caso de haber terceros potencialmente afectados por la publicidad de la información, se prevé un procedimiento de notificación y la posibilidad de éstos de oponerse o no a dicho acceso.
 - Refuerza la institucionalidad que regula el Consejo para la Transparencia, entre otras varias modificaciones tendientes a profundizar la transparencia del sector.

Senador Bianchi: “se ha hecho una maciza exposición de lo que permite mejorar toda la situación de transparencia. La idea es poder llegar a un portal único, donde el ciudadano pueda acceder a esta única instancia y no tener una peregrinación por distintos lados”.



5. COMISIÓN DE SALUD

- Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario en materia de regulación referente a las farmacias. (“**Ley de Fármacos**”).
- **Resultados:** la Comisión aprobó la mayor parte del articulado, sin embargo cuestionó ciertas materias que deberán ser en una Comisión Mixta. Los puntos que deberán ser resueltos por la Mixta son:

- **Publicidad de los medicamentos:** se propone que los medicamentos deberán presentarse en envases que dificulten a los menores su ingesta, no pudiendo tener formas de dulces, golosinas, confites, figuras y juguetes.
- **Prescripción:** se busca facilitar el acceso a los medicamentos, de esta manera se deberá prescribir el genérico bioequivalente en la receta sin perjuicio que también pueda incluirse el nombre de fantasía o comercial.
- **Integración vertical:** se cuestiona que una consulta oftalmológica ofrezca servicios de óptica, es decir, que ofrezcan opciones de marcos y cristales, como así también que se manden a hacer recetas.
- **Fraccionamiento:** se revisará si mediante Decreto Supremo del Ministerio de Salud se aprobarán las normas para la correcta ejecución del fraccionamiento de los medicamentos en farmacias. Esto en cuanto a determinar cuáles podrán venderse en ese formato y las condiciones mínimas de seguridad bajo las cuales se comercializarían.
- **Responsabilidad solidaria:** se recomienda que cada vez que se venda un fármaco sin receta, existiendo la obligación de presentarla, y esta ingesta produzca un daño a la salud, la responsabilidad de aquello será del propietario de la farmacia, del director técnico y del auxiliar que materializa la venta.



I.2. TRABAJO EN SALA

Martes 13:

- **Proyecto de ley que establece procedimiento para otorgar concesiones eléctricas.**
Boletín N° 8.270-08

Se aprobó el Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley sobre procedimiento para otorgar concesiones eléctricas. Con urgencia calificada de "discusión inmediata". El proyecto vuelve a la Cámara de Diputados, para que lo remita al Ejecutivo, comunicándole la aprobación de la iniciativa.

El proyecto, iniciado en Mensaje del Ejecutivo, simplifica el proceso de concesión de proyectos de transmisión eléctrica, mediante la adecuación de los tiempos de tramitación de las solicitudes de concesión y el perfeccionamiento del mecanismo de oposición y formulación de observaciones, de los sistemas de notificaciones, de tasación de inmuebles y de solución de conflictos entre concesiones, así como el establecimiento de un procedimiento judicial de carácter sumario para conocer las reclamaciones.

Las materias objeto de discrepancias entre la Cámara de Diputados y el Senado, fueron resueltas por la Comisión Mixta de la siguiente forma:

- **Oportunidad en que se debe efectuar la consulta a los pueblos originarios. En el caso que las obras de una concesión ya obtenida atraviesen tierras pertenecientes a comunidades indígenas, antes de comenzar su construcción se deberá acreditar haber realizado el procedimiento de consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, por una sola vez, en la oportunidad y forma que establezca el reglamento correspondiente.**

- Forma en que se salvaguardarán las áreas silvestres protegidas. El concesionario o los órganos de la Administración del Estado deberán dar debido cumplimiento a las normas legales, tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y reglamentos vigentes en materia de áreas silvestres protegidas del Estado.
- Personas que pueden formular observaciones y oposiciones. Permite a los dueños de las propiedades afectadas, así como a los interesados, formular ante la Superintendencia sus observaciones u oposiciones a la solicitud de concesión.
- Alzamiento de medidas precautorias. Tratándose de juicios posesorios sumarios, el juez podrá suspender los efectos de una orden de paralización o suspensión de obras, si el concesionario consigna caución suficiente para responder de la demolición de la obra o de la indemnización de los perjuicios que, de continuarla, pudieran ocasionarse.
- Mecanismo de notificación y de entrega de posesión material del predio que soporta la servidumbre. Establece que sin perjuicio de la existencia de cualquier reclamación pendiente, sea del concesionario o del dueño del predio, la exhibición del comprobante de pago o de la consignación del valor fijado por la comisión tasadora servirá al concesionario para obtener del Juez de Letras respectivo que lo ponga, sin más trámite, en posesión material de los terrenos, permitiéndole decretar además, el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir el decreto de concesión, con facultad de descerrajamiento.

(Ver Acta de Sesión y discusión sobre Consulta Indígena)

Miércoles 14:

- **Proyecto de ley que reajusta el monto del ingreso mínimo mensual.** Boletín 9.037-05

Por unanimidad, se aprobó el Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley que reajusta el monto del ingreso mínimo mensual. Con urgencia calificada de "discusión inmediata". Vuelve a la Cámara de Diputados para que ésta lo remita al Ejecutivo, comunicándole su aprobación por el Congreso Nacional.

El proyecto de ley, iniciado en Mensaje del Ejecutivo, tiene por objeto incrementar el salario mínimo mensual en un porcentaje en torno al 8.8%.

Proyecto de ley:

- Eleva, a contar del 1° de agosto de 2013, de \$ 193.000 a \$ 210.000 el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años y de hasta 65 años de edad; de \$144.079 a \$ 156.770, el monto del dicho salario para los trabajadores mayores de 65 años y menores de 18 años de edad y, el monto del ingreso mínimo mensual que se emplea para fines no remuneracionales, de \$ 124.497 a \$ 135.463.
- Fija, a contar del 1° de julio de 2013, las asignaciones familiar y maternal en \$ 8.626 por carga, para beneficiarios cuyo ingreso mensual no exceda de \$ 220.354; en \$ 5.294 por carga, para beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$ 220.354 y no exceda los \$ 321.851 y, en \$1.673 por carga, para beneficiarios con ingreso mensual superior a los \$ 321.851 y que no exceda los \$ 501.978. No tendrán derecho a estas asignaciones quienes perciban un ingreso mensual superior a \$ 501.978.
- Establece, a contar del 1 de julio de 2013, en \$ 8.426 el valor del subsidio familiar destinado a personas de escasos recursos.

- **Proyecto de ley que incrementa los recursos del transantiago y del transporte en regiones.** (Boletín N° 8.289-15).

Se aprobó en general y en particular, el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la Ley N° 20.378 que crea un subsidio nacional al transporte público remunerado de pasajeros, incrementando los recursos del subsidio y creando el fondo de apoyo regional (FAR). El

proyecto pasa a la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional.

Proyecto de ley:

- Aumenta, de \$ 230.000.000 miles a \$380.000.000 miles, el subsidio de cargo fiscal destinado a compensar los menores pagos que realizan los estudiantes en los servicios de transporte público remunerado de pasajeros.
- Adicionalmente, entrega un aporte especial para el transporte, conectividad y desarrollo regional, entre los años 2012 y 2022, por hasta \$ 360.000.000 miles anuales, límite máximo que se reducirá progresivamente, a partir del año 2018, en un 1% respecto del año anterior. El monto que se considere en la Ley de Presupuestos de cada año para la aplicación de este aporte especial, se dividirá en partes iguales entre las necesidades del Transantiago y las necesidades de transporte, conectividad y desarrollo de las demás regiones del país.
- A partir de 2014 y cada dos años, un Panel de Expertos deberá convocar a entidades especializadas a realizar un estudio de evaluación del Transantiago, con el objeto de evaluar el funcionamiento del sistema, su eficiencia, sus costos y la pertinencia y montos de los subsidios y aportes, en base a lo cual podrá proponer un ajuste a los montos de subsidio, para su consideración en la discusión del correspondiente proyecto de Ley de Presupuestos, estudio que tendrá carácter público.
- Crea el Fondo de Apoyo Regional (FAR) para el financiamiento de iniciativas de transporte, conectividad y desarrollo regional, que permita llevar a cabo proyectos cuya duración exceda a un año.
- Los gastos e inversiones que se podrán realizar con cargo al Fondo deberán tomar en cuenta su impacto o rentabilidad social y podrán recaer en grandes proyectos de desarrollo, de infraestructura general, transporte público, modernización, y otros; los que podrán involucrar más de una región y más de un período presupuestario. Entre estos proyectos podrán incluirse programas de renovación de flota, de infraestructura para el transporte público y de transporte de pasajeros mediante ferrocarriles.
- Diferencia entre transporte público mayor y menor, definiendo el mayor como aquél que se efectúa mediante buses, minibuses, trolebuses y taxibuses, o a través de otros modos terrestres, ferroviarios, marítimos o aéreos. El transporte público menor es aquel que considera a los taxis colectivos.
- Permite destinar recursos del subsidio, sobre la base de criterios de impacto o rentabilidad social, al Programa de Apoyo al Transporte Regional, el que contemplará subsidios al transporte público remunerado en zonas aisladas; al transporte escolar; un subsidio orientado a la promoción y fortalecimiento del transporte público en las zonas rurales del país; subsidios que promuevan el transporte público en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Aysén, Magallanes y la Antártica Chilena, y las Provincias de Palena y Chiloé, cuando el uso del transporte público mayor sea significativamente menor al resto del país; y otros programas que favorezcan el transporte público y la seguridad y educación vial.

II. CÁMARA DE DIPUTADOS

II.1. TRABAJO EN COMISIONES

1. COMISIÓN DE GOBIERNO INTERIOR

- **Proyecto de ley sobre Migración y Extranjería. (Boletín n° 8970-06)**
- **Resultados:** la instancia recibió la opinión de UNICEF respecto al proyecto de ley sobre migraciones presentado por el Ejecutivo. Nicolás Espejo (área de protección legal de UNICEF), valoró que se esté repensando la regulación migratoria y que se explicita la integración, la no discriminación y derechos de los migrantes. Sin embargo, Espejo planteó varios reparos al proyecto, en particular de las normas que podrían conllevar una vulneración de derechos de los niños migrantes, las que resumió en varios puntos:

- a. Lo excesivamente programático del proyecto, estableciendo una serie de derechos pero no explicitando las garantías de los mismos, ni cómo se pueden hacer exigibles.
- b. La lógica de promover un cierto tipo de migración, con incentivos para el visado regular, pero que no se tome en cuenta el caso de los migrantes irregulares. Al respecto, el representante de Unicef postuló que una excesiva regulación puede actuar como un desincentivo para la migración regular.
- c. El lenguaje débil del proyecto a la hora de promover ciertos principios fundamentales.
- d. La ausencia en el articulado de un principio fundamental para los menores como es el bien superior del niño. En este caso, Nicolás Espejo ejemplificó con el retorno asistido, en donde una respuesta responsable del país debería ser evaluar si el retorno no implicará riesgos para el menor, posibilidad de persecución política o vulneración de sus derechos. Del mismo modo, el caso de la expulsión del país de los adultos de su núcleo familiar y qué impacto tendría esto en los niños.
- e. La ausencia del principio del debido proceso y la garantía de contar con asistencia letrada, traducción e instancias de reclamación judicial a la decisión administrativa.
- f. La protección del derecho a la identidad de los niños y cómo se garantiza tratándose de hijos de migrantes irregulares.
- g. Considerar en el caso del derecho a la reunificación familiar, también evitar la separación de las familias y que se reconozca éste como un derecho de las personas y no de los residentes, donde se supedita su ejercicio a contar con visados regulares.

(Ver Minuta UNICEF)

La Comisión también recogió las observaciones del Presidente de la **Fundación Integración y Desarrollo Social**, Héctor Pezoa, quien indicó que el proyecto de ley presenta áreas deficitarias y omisiones para abordar el fenómeno migratorio. Para la Fundación esta iniciativa tiende a una política migratoria selectiva, vulnerando el derecho a la no discriminación contenido en diversos convenios internacionales. Además, no fijaría claramente en el cuerpo legal los requisitos y condiciones de cada categoría de visado que se establece, dejando estas regulaciones a disposiciones administrativas. En materia de derecho a la salud de los migrantes, FINDES sostiene que la presente iniciativa marca un retroceso en el acceso a las prestaciones, limitándola al requisito de contar con una permanencia regulada en el país de dos años. Esta medida iría en desmedro de la población extranjera en mayor situación de vulnerabilidad, no garantizándose un trato humanitario. Por último, propuso que los ministros de Salud, Desarrollo Social, Educación y Trabajo integren en forma permanente el Consejo de Política Migratoria que crea este proyecto, para enfrentar con integralidad y cohesión social el fenómeno migratorio.

2. COMISIÓN DE FAMILIA (INVESTIGADORA EN CASO SENAME)

- **Resultados:** la comisión escuchó al Director del Servicio Nacional de Menores (SENAME), Rolando Melo y el Secretario Regional Ministerial de Justicia de Arica, Luis Cerda. En el caso de Arica, detallaron los antecedentes y fechas en que fueron informados de las denuncias presentadas para investigar un posible delito de prostitución y comercio sexual infantil del que eran víctimas varias menores residentes de un hogar de menores. El director del Sename, clarificó que las denuncias se efectuaron en forma inmediata y oportuna, primero por la propia directora del centro en mayo de 2012. Indicó que las zonas extremas, y puntualmente la ciudad de Arica, presentan una alta complejidad en el trabajo, debido al alto consumo de drogas entre los adolescentes, abuso sexual y prostitución infantil; carencia de recursos y soportes para poder entregar una atención integral en la misma zona, como por ejemplo, la falta de siquiatras en la ciudad. Los recursos económicos para sostener las residencias no logran ser cubiertos solo con la subvención que entrega el Estado y se presentan dificultades para licitar los centros, ya que no existen instituciones que participen como oferentes de los servicios. En relación a los antecedentes contenidos en el informe elaborado por el equipo liderado por la jueza Jeldres y Unicef, tanto el Director del Sename como el Seremi de Justicia de Arica, coincidieron en recalcar que los oficios que recibieron no incluían la totalidad de las

recomendaciones que fueron planteadas a la comisión, y que, por ende, actuaron conforme a las solicitudes contenidas y que desconocen cuál fue la razón para recibir información diferente a la emitida por la comisión.

Por otro lado, Melo criticó la metodología usada por la Unicef y el Poder Judicial en la encuesta y sostuvo que, frente a denuncias de vulneración de derechos, se debió actuar de manera inmediata. En contraposición, dijo que la institución intervino diligentemente y recalcó que ya venían efectuando un trabajo en la misma línea desde 2011.

Diputada Rubilar: “nos hemos dado cuenta que hay una discrepancia entre lo que la comisión estableció que había que hacer o encontrado en cada uno de los centros y lo que el Poder Judicial como tal, ya sea a través del juez presidente o del análisis del pleno piensan que es lo correcto hacer”.

Diputada Saa en el caso de Arica: “no se cuenta con los recursos necesarios para la atención completa de los niños”. “No hay siquiátras. En Arica no hay un centro de atención para menores con problemas de drogas, no hay un hogar de corta estadía y esos niños deben ser enviados a Santiago, donde se produce la separación de las familias”.

3. COMISIÓN DE AGRICULTURA

- **Proyecto de Ley que perfecciona el sistema laboral de los trabajadores agrícolas.** Boletín N° 7976.
- **Resultados:** la instancia aprobó una mayor participación de la Inspección del Trabajo en la fiscalización del sistema, de modo de evitar condiciones arbitrarias, por medio de la entrega de mayores facultades de fiscalización.

La diputada Sepúlveda criticó que la iniciativa debido a que consideró que se presentó a la comisión “una especie de estatuto del trabajador temporero agrícola”, cuando se limita a algunas pequeñas modificaciones, considerando las necesidades que existen en el sector. Lamentó que en la sesión del martes se perdieran la mayor parte de las indicaciones parlamentarias presentadas, que buscaban incorporar mejoras al proyecto y que tenían una visión de mediano y largo plazo. Además señaló que el proyecto considera una norma que permite dividir hasta en tres las jornadas laborales, lo que resulta excesivo. Estimó necesario impulsar medidas que fomenten la organización de los trabajadores y la sindicalización; que permitan a la Inspección del Trabajo tener un rol de fiscalización más potente, de modo que los acuerdos que se alcancen entre los trabajadores y sus empleadores sea revisados por ésta; y que garanticen la salud y seguridad de los temporeros.

II.2. TRABAJO EN SALA

Lunes 12:

- **Proyecto de Ley, Iniciado en Mensaje, Que modifica algunos aspectos previsionales de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería de Chile.** Primer Trámite constitucional. Primer informe de la Comisión de Defensa Nacional y de Hacienda. (Boletín N° 8643-02).
Pendiente.

Martes 13:

- **Proyecto de Ley, Iniciado en Mensaje, Que modifica algunos aspectos previsionales de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y Gendarmería de Chile.** Primer Trámite constitucional. Primer informe de la Comisión de Defensa Nacional y de Hacienda. (Boletín N° 8643-02).
Aprobado y Despachado el proyecto al Senado.
- **Proyecto de Ley, iniciado en Mensaje, sobre procedimiento para otorgar concesiones**

eléctricas. Informe de Comisión Mixta. Boletín N° 8270-08.
Aprobado y despachado el proyecto.

- **Proyecto de ley, iniciado en Mensaje, que establece normas sobre la actividad del Lobby.** Segundo trámite constitucional. Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia, y de Hacienda. Boletín N° 6189-06.
Pendiente.

Miércoles 14:

- **Proyecto de Ley, iniciado en Mensaje, que reajusta el monto del ingreso mínimo mensual.** Informe de la Comisión Mixta. (Boletín N° 9037-05).
Aprobado y despachado el proyecto.
- **Proyecto de ley, iniciado en Mensaje, que establece normas sobre la actividad del Lobby.** Segundo trámite constitucional. Informe de las Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia, y de Hacienda. Boletín N° 6189-06.
Aprobado y despachado el proyecto al Senado.

PROYECTOS DE LEY INGRESADOS DURANTE LA SEMANA

Miércoles 14:

- Proyecto de ley que regula el ejercicio del sufragio de los ciudadanos que se encuentran fuera del país. **Boletín N° 9069-07**

Los textos, imágenes, videos y audios contenidos en el Boletín INDH se preparan a través de la información obtenida de las páginas web del Senado (www.senado.cl), Cámara de Diputados (www.camara.cl) y Biblioteca del Congreso Nacional (www.bcn.cl). Las Minutas adjuntas son elaboradas por el INDH o por organismos públicos y privados que asisten a las Comisiones Parlamentarias, en cuyo caso se identifica al organismo emisor.

PRESENTACION

XIMENA GAUCHE MARCHETTI

Abogada – Universidad de Concepción

A

**COMISION DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y
CIUDADANIA**

Honorable Senado de la República de Chile.

Valparaíso, 14 de Agosto de 2013

**PROYECTO
LEY SOBRE IDENTIDAD DE GÉNERO**

Buenos tardes Honorables Senadores de la República

Me corresponde en esta jornada exponer ante ustedes en relación al proyecto de ley sobre identidad de género, ingresado a este Honorable Congreso de la República el 7 de mayo pasado, proyecto que mejorará la vida de muchas personas en Chile y ayudará a que nuestro país cumpla con las obligaciones internacionales contraídas en materias de derechos humanos.

La iniciativa de este proyecto ha sido producto del concurso del esfuerzo, trabajo e investigación de diversos actores nacionales, tanto del mundo social y del activismo, como del ámbito académico a través del apoyo y la participación en su elaboración de especialistas y profesores de Derecho Internacional, Constitucional, de Familia, Civil, Penal y de Infancia; de estudiantes y del mundo político, por medio del apoyo de parlamentarios y actores públicos.

Cuenta con el respaldo y la opinión favorable de gran parte de la ciudadanía que se expresa en organizaciones civiles con presencia en todo el país comprometidas con los derechos humanos, como son principalmente la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD) – que ha impulsado la iniciativa - y la Fundación Iguales, y en la firma de respaldo a este proyecto que han dado miles de ciudadanos y ciudadanas comprometidos con un Chile que incluya y respete a todas las personas desde sus propias identidades.

En esta ocasión quiero desarrollar ante ustedes las siguientes ideas ejes en torno al proyecto que les toca conocer y debatir.

- 1. Sobre el concepto de identidad desde el enfoque de derechos, a modo de introducción**
- 2. Sobre los fundamentos del proyecto de ley, con énfasis en las consideraciones normativas y los estándares internacionales que lo sustentan y avalan, y**
- 3. Sobre el proyecto de ley y su contenido. En este punto voy a referir a algunos aspectos en que estimamos se debe poner especial atención durante la discusión en particular, si queremos en verdad lograr la mejor ley posible para Chile.**

1. Sobre el concepto de identidad desde el enfoque de derecho.

El proyecto de ley que hoy comentamos tiene que ver con el “derecho a la identidad” de las personas trans en Chile y su adecuado reconocimiento, teniendo presente que son quienes tienen una vivencia interna e individual del género que no corresponde con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Personas trans son entonces quienes tienen una identidad de género que no es reconocida y que podemos llamar para estos fines también personas transexuales o transgénero.

El derecho a la identidad ha sido un derecho de compleja y escasa conceptualización en la doctrina consultada en nuestro idioma, resultando nada menor que en su reconocimiento debemos partir la discusión sobre las vulneraciones que sufren las personas trans.

Esta sola constatación nos debe convencer en el inicio de porqué un cuerpo normativo como la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación, no es idóneo para el propósito y fin de esta ley, que tiene entonces un objeto diferente.

Efectuada esta aclaración, apuntamos alguna doctrina que ayuda en la comprensión del concepto. El peruano Carlos Fernández Sessarego entrega algunas de las ideas esenciales.

Desde una postura que concibe al ser humano como un ser que no es cerrado o acabado como las cosas y que es libre, “*identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’. Este plexo de características de la personalidad de ‘cada cual’ se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona,...en lo que ella es en cuanto específico ser humano. La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro. La identidad es fluida, como el ser mismo. No es algo acabado y finito, sino que ella se crea en el transcurso del tiempo, con el tiempo....Los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables, salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior....Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás...La identidad que hemos dado en llamar dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos,*

opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se expresan en el mundo de la intersubjetividad...Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior” (FERNANDEZ SESARREGO, 1992).

Bajo esos lineamientos, podemos concluir que la construcción de la identidad de una persona es un proceso complejo en el que su sexualidad y cómo la vive cada ser humano desde su sexo biológico y su vivencia del género, contribuirá a ellos desde lo que es una esencial faceta de nuestra personal identidad: la *identidad sexual*, la cual es única y particular en cada ser humano.

Dice una autora chilena: *“Dado que la identidad es un sentido otorgado por el sujeto a su propia experiencia, la identidad no puede ser compartida. Cada actor construye su propia identidad, aunque pueda compartir historias, entornos y experiencias con otros miembros de los colectivos a los cuales pertenece. Entonces, existen tantas identidades como sujetos” (TOLEDO, 2012).*

Lograr el reconocimiento de todas los sujetos y sus particulares identidades es determinante para avanzar hacia una mejor vida en sociedad.

Como indica Axel Honneth *“...la vida social se cumple bajo el imperativo de un reconocimiento recíproco, ya que los sujetos sólo pueden acceder a una autorrelación práctica si aprenden a concebirse a partir de la perspectiva normativa de sus compañeros de interacción, en tanto que sus destinatarios sociales” (HONNETH, 1997)* Esta expresión reafirma la idea de que las personas sólo podrán tener una identidad estable si son reconocidos por los demás de diversos modos: el amor, el derecho y la solidaridad (HONNETH, 1997) los cuales ayuden a terminar con las formas de menosprecio a que pueden ser sometidos, que no son más que formas de negación del reconocimiento del otro: maltrato y violación, como menosprecio al amor; exclusión y falta de derechos, como menosprecio correlativo al derecho; y deshonra, como menosprecio a la solidaridad (HONNETH, 1997).

Este proyecto de ley es uno de los caminos para terminar con la exclusión de las personas trans por no reconocer su particular identidad de género como parte de su identidad.

2. Sobre los fundamentos del proyecto de ley.

Los fundamentos de esta ley se relacionan con la necesidad de seguir avanzando contra la discriminación que sufren ciertos grupos en situación de vulneración en el país; reformar las normas legales sobre registro de nombre y sexo, para que respondan a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo registrado es incongruente con su identidad de género; y cumplir con obligaciones y deberes internacionales del estado en materia de derechos humanos.

A su disposición tienen un documento que en detalle da cuenta de historia de vidas. Historias de personas, de seres humanos. Chilenas y chilenos que viven sin reconocimiento de su identidad y que por eso viven a veces en la marginación social y son víctimas constantes de discriminación.

A continuación, expondré brevemente las consideraciones normativas que fundamentan el proyecto, tanto desde el punto de vista de nuestro propio derecho y sus vacíos, como desde la perspectiva de los estándares internacionales a que estamos obligados como estado.

1. Situación desde el punto de vista del Derecho Nacional y la protección constitucional de los derechos de todas las personas y la Jurisprudencia nacional sobre la actual aplicación de las leyes N° 17.344 y N° 4.808, sus vacíos, problemas prácticos y las decisiones adoptadas por los tribunales de justicia.

La Constitución Política de la República de Chile de 1980 recoge como la primera de las bases de nuestra institucionalidad en su artículo 1° inciso 1° la consagración de que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, estableciendo luego que *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, por lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, su mayor realización material y espiritual posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece...”*.

La persona se concibe en nuestra carta fundamental como centro de todo accionar, siendo el Estado un instrumento creado para satisfacer sus necesidades, por lo cual éste debe propender a crear las condiciones que le permitan a cada ser humano el disfrute de la vida y su mayor realización espiritual y material posible.

Para esta total realización espiritual y material posible el nombre, el sexo y el respeto a la identidad de género de cada quien son requisitos básicos. Sólo cuando se reconocen puede aspirarse a una vida plena, con pleno respeto al orden público e institucional y con pleno goce y ejercicio de derechos esenciales como el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho a la identidad en su amplio sentido, a la integridad psíquica, al nombre, a la libertad de expresión y conciencia, a la vida privada y a la honra, entre otros.

Desde el punto de vista del ordenamiento constitucional y sobre la protección de derechos fundamentales, hay que tener presente además que a los derechos contemplados en el artículo 19° y otras disposiciones constitucionales, deben agregarse los derechos garantizados *“por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, como reza el artículo 5° en su inciso 2°, ampliando entonces el número y contenido de los derechos cuyo respeto es un límite al ejercicio de soberanía por los órganos del Estado.

Si bien nuestra Constitución no incluye expresamente el “derecho a la identidad”, las bases del orden constitucional chileno y lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2°, que complementa nuestro Derecho Nacional con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde existe base suficiente para entender que debe ser protegido como un derecho fundamental. Por lo demás y como se ha expresado, hay una serie de otros derechos directamente relacionados con la identidad que se integran en la complejidad que tiene la situación de derechos de las personas con disociación entre su sexo y su género. Basta pensar en la integridad psíquica y física; la libertad de expresión y de conciencia; el respeto a la vida privada y la honra

de la persona, el derecho a la propia imagen y, por supuesto, el derecho a no ser discriminado.

Efectivamente, el derecho a la identidad es reconocido y garantizado en el artículo 8° de la Convención de los Derechos del Niño, y por su lado el derecho a la integridad, la honra y la intimidad están garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Además, el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ha establecido a partir del *Caso Toonen* que la inclusión de los conceptos orientación sexual e identidad de género quedan incluidos en la categoría “sexo”, en razón de que se entiende que son características propias de las personas que no son modificables sin un detrimento a su identidad.

Cuando el Estado no permite las condiciones para el reconocimiento de la identidad de género de las personas, incumple entonces con los mandatos constitucionales indicados. El mismo incumplimiento se produce cuando el Estado ampara la aplicación de una legislación insuficiente e inadecuada, que permite sólo el cambio de nombre y no de sexo, debiendo iniciarse otra acción judicial en que queda a la decisión del tribunal este reconocimiento de la identidad de las personas trans.

Así las cosas, la ausencia de ley que regule la situación de las personas con disociación entre su sexo y su género – personas transexuales - posibilita que existan casos en los cuales los derechos fundamentales son vulnerados, e implica que las obligaciones que el Estado de Chile ha asumido y ratificado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos no se pueden cumplir.

Para demostrar lo enunciado, que tiene como una causa directa la falta de ley adecuada, se hace necesario explicar lo que ha sido la aplicación en tribunales de justicia de la Ley N° 17.344 y la Ley N° 4.808, que permiten la regulación del cambio de nombre y apellidos, pero no indican nada sobre el sexo. Este vacío deja a la decisión del juez el futuro de una persona trans, como ha dejado entender incluso la autoridad administrativa (Servicio de Registro Civil), tomando un rol activo que estimamos no se corresponde con el derecho¹.

Ustedes tienen a su disposición un largo documento de consideraciones normativas que fundamentan este proyecto y en que se expone con detención la diversidad criterios que se encuentra en la jurisprudencia nacional al estudiar esta cuestión, citando algunas causas estimadas emblemáticas en uno u otro sentido por la sociedad civil trans.

Resumidamente, podemos decir ahora que lo que se observa son tres grandes irregularidades que con este proyecto se persigue terminar.

En primer lugar, existen gestiones de cambio de nombre y sexo en que un juez de la república sólo accede al cambio de nombre pero no de sexo, otorgando en los hechos y la práctica a una persona una cédula de identidad que dirá un nombre

¹ “En virtud de lo expuesto y en ausencia de normas legales que regulen el cambio de sexo, este servicio informa a los tribunales de justicia que a falta de norma legal corresponde al juez de la causa resolver acerca de la procedencia o improcedencia de la rectificación solicitada”. Ordinario de la Subdirección Jurídica del Servicio de Registro Civil e Identificación N° 0013, del 5 de enero del 2010.

concordante con su identidad, por ejemplo, *María*, cuando estamos en la situación de una mujer trans, pero tendrá un *M*, de *masculino*.

Desde el punto de vista de los atributos de la personalidad jurídica, como es el nombre, esta es una situación contraria a derecho. El reconocimiento del género implica como consecuencia directa el reconocimiento del nombre, respetando con ello los derechos esenciales de toda persona humana. *“Que el nombre es un atributo de la personalidad que trasciende la esfera individual desde que es un componente esencial de la identidad de una persona que determina su posición y lo distingue en la sociedad... ..todo lo que permite extraer como principio que el nombre no puede ser causa de menoscabo para la persona”*².

En segundo lugar, encontramos en estos juicios llevados adelante por personas trans, que algunos jueces estiman necesario exigir intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, lo cual tampoco parece conforme a derecho y, a su vez, provoca una discriminación especial, esta vez respecto de quienes utilizan dichos cuerpos normativos por otras causales y no son obligados – en los hechos – a mutilar sus cuerpos o al menos a intervenirlos contra su voluntad en muchos casos. Ello sólo puede ocurrir por una decisión libre, soberana e informada de quien la toma. El estado no puede intervenir en este proceso personal de intervenir o no el propio cuerpo.

Por último, la aplicación de la actual exigencia legal del plazo de cinco años como requisito para el cambio de nombre, en conformidad con la Ley N° 17.344, puede suponer en algunos casos un obstáculo complejo y peligroso ya que ese lapso de tiempo supone la espera de un plazo que crea una condición de riesgo latente e inaceptable, pues a diferencia de todos los y las solicitantes por cambio de nombre por otras causas legales, la persona transexual está cada día expuesta a una discriminación que en algunos casos termina en la muerte y lesiones por su condición.

Así las cosas y si bien se reconoce una tendencia evolutiva en buen camino de algunos tribunales en estos tres temas, la pervivencia de un desconocimiento generalizado sobre la identidad de las personas transgénero y la aplicación de un cuerpo normativo que no tuvo por propósito o fin el reconocimiento de identidad de ellos y ellas, justifican la necesidad de una ley que por un lado consagra el derecho de las personas al reconocimiento y protección de su identidad de género y define qué se entenderá por identidad de género, y por el otro, establece un procedimiento más idóneo con la prohibición absoluta de exigencia de operaciones como una condición base para el reconocimiento. Por el contrario, tiene en su espíritu la idea de que estas operaciones pueden ser sólo elementos accidentales que aporten a la formación de la convicción del juez pero en caso alguno la pueden determinar.

En síntesis y para concluir esta parte, no es sostenible en Chile la aplicación de una legislación inadecuada para solucionar la realidad de las personas trans por su Identidad de Género. Esta nueva ley llenará un vacío y mejorará la eficacia del derecho doméstico al regular la situación de cambio de sexo y nombre de las

² Sentencia rol v-333-2012, 1º Juzgado Civil de Rancagua.

personas trans, evitando situaciones que menoscaban moralmente a seres humanos y permitiendo además a nuestro derecho ajustarse a los mandatos internacionales.

Paso ahora a referirme a algunos de esos mandatos y estándares internacionales.

2. Situación desde el punto de vista del Derecho y la Jurisprudencia internacional, y las obligaciones de Chile en materia de derechos y libertades fundamentales³.

En este ámbito hay que apuntar que con la nueva legislación se logrará satisfacer obligaciones internacionales pendientes del Estado de Chile, referidas a la lucha contra la discriminación; garantizando la igualdad e integración social de todos y todas, y cada uno y una de sus habitantes, el reconocimiento de las diferencias entre seres humanos y la protección especial que requieren los grupos particularmente vulnerabilizados, como son las personas de la diversidad sexual y, muy en especial, las personas trans e incluso intersex, es decir, quienes nacen presentando una ambigüedad en sus genitales y muchas veces son reconducidos sin su voluntad a un proceso de asignación de sexo y género con nefastas consecuencias.

El Pacto de San José de Costa Rica⁴ - del cual Chile es parte - establece en su artículo 2° que *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*, lo cual debe entenderse en conexión con el artículo 1° de dicho instrumento internacional, que consagra la no discriminación. A este mandato normativo hay que adicionar una serie de recomendaciones efectuadas al estado de Chile por organismos internacionales en materia de derechos de la diversidad sexual, como por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y otros que se mencionarán⁵.

La evolución internacional, por medio de tratados y otros instrumentos normativos, y del trabajo de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos, ha permitido el desarrollo y posterior reconocimiento de la sensible realidad de las personas trans, discriminadas en el goce y ejercicio de numerosos derechos, lo que de manera directa ha contribuido a ir terminando la tendencia a definir la Identidad de Género como una patología que requiere tratamiento médico (*disforia de género*) y analizar la cuestión desde la óptica de derechos.

³ Este apartado ha tomado como principales referencias el estudio de Gauché, Ximena; “Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, Diciembre 2011, ISBN 978-3-8465-6043-3.

⁴ En 1969 el país firmó este tratado y en 1990 depositó el instrumento de ratificación y lo promulgó a través del Decreto Promulgatorio N° 873, de 23 de agosto de ese año, siendo publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991.

⁵ En el marco del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos se le ha dicho a Chile que aborde la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en programas y políticas de igualdad utilizando los Principios de Yogyakarta como guía en su formulación. Doc. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafos 27, 28 y 29. Doc. NU A/HRC/12/10, párrafos 27, 28 y 29.

A continuación se presenta sucintamente el estado actual de desarrollo en derecho internacional de la obligación de no discriminación, incluyendo las obligaciones que pesan sobre Chile; y el estado del reconocimiento de la necesidad de protección especial a la identidad de género desde una óptica de derechos y los desarrollos internacionales. Tienen ustedes a disposición un documento en que estos estándares están desarrollados con bastante detalle.

En primer lugar, sobre la no discriminación y su reconocimiento en el Derecho Internacional contemporáneo.

El derecho a la no discriminación encuentra reconocimiento desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, pasando por los Pactos Internacionales de 1966, y la casi totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos específicos que se han ido adoptando desde hace décadas en Naciones Unidas y de los que Chile es parte, tal como la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer o la Convención de Derechos del Niño.

Por discriminación comprende el sistema de Naciones Unidas, a través del trabajo principalmente del Comité de Derechos Humanos, que se debe entender *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquiera otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*⁶. Este mismo órgano internacional ha dicho que se trata de una enumeración abierta y que se pueden incluir otros motivos o categorías sospechosas de discriminación. Ahí entonces entra la identidad de género, tanto como la orientación sexual.

Asimismo, agrega el Comité que: *“no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”*⁷. En otras palabras, lo que se establece es que toda distinción que sea hecha por un motivo no razonable, objetivo o que no persiga los propósitos del Pacto deberá ser considerada como discriminatoria, criterio que han seguido los tribunales regionales de derechos humanos, tanto el europeo como el interamericano, particularmente en el caso Atala Riffo y Niñas con Chile, tomando como base los desarrollos previos del sistema universal y europeo y el cuerpo normativo y jurisprudencial regional sobre igualdad y no discriminación, que arranca con la propia *Carta de la Organización de Estados Americanos*, sus Opiniones Consultivas en la materia y que por supuesto nace del principal texto vinculante dentro de este sistema regional, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica* que en el artículo 1^o.1^o a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en la propia *Convención* y garantizar su libre y pleno ejercicio señala que esto debe ser *“...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

⁶ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2. Esta definición se basa en las definiciones de las Convenciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial y contra la Mujer.

⁷ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

A partir de esta norma y en consonancia con el artículo 24 que consagra la igualdad ante la ley se ha gestado un interesante trabajo jurisprudencial que tiene a Chile como uno de los grandes y tristes protagonistas.

El pronunciamiento contra Chile en el *Caso Karen Atala y Niñas*, de 21 de febrero de 2012⁸, ha marcado un hito para los reclamos de la diversidad sexual en contra de la discriminación y es parte de un gran acervo que nos obliga como estado a respetar la igualdad y la no discriminación.

No está de más recordar que el caso Atala y Niñas contra Chile tiene que ver con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Karen Atala Riffo debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. También se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios. Acá la Corte hizo un potente pronunciamiento en materia de igualdad y no discriminación por orientación sexual refiriéndose a los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación (párrafos 79 al 82); a la orientación sexual como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención Americana (párrafos 83 al 93; al hecho de si existió en el caso una diferencia de trato basada en la orientación sexual (párrafos 94 al 99); y a si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluó por la Corte en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo y daño en perjuicio de las tres niñas (párrafos 100 a 146).

En el pronunciamiento de los jueces interamericanos ellos extienden su razonamiento también a la identidad de género como categoría sospechosa, toda vez que hacen mención al carácter vivo de los instrumentos internacionales de derechos humanos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; a la prohibición de discriminación por cualquier causa, ya que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo y la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas – como es el caso de la identidad de género -. Agrega la Corte que la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.

Para finalizar estas breves referencias a los estándares internacionales que nos obligan en materia de no discriminación, parece indispensable tener debidamente presente que en junio de este año 2013 fueron aprobados dos nuevos tratados internacionales a favor de la igualdad y la no discriminación en el sistema interamericano: la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia [AG/RES. 2805 (XLIII-O/13)] y la Convención

⁸ *Caso Karen Atala y Niñas con Chile*, Serie C N° 239. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia [AG/RES. 2804 (XLIII-O/13)].

Ambas reafirman los principios de igualdad y no discriminación, reconociendo que la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general e indican que las actitudes discriminatorias representan una negación de valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías que están contenidos en la propia Carta de la OEA, como en muchos otros tratados e instrumentos internacionales.

En el segundo de estos tratados se enfatiza en lo que es la discriminación e intolerancia - en todas sus manifestaciones: individuales, estructurales e institucionales - que puede estar basada en una largo listado de motivos o categorías sospechosas de discriminación, entre ellas el sexo, la orientación sexual, y la identidad y expresión de género, llamando a que toda sociedad pluralista y democrática respete las diferentes identidades – incluida la de género y sexual de toda persona - y cree las condiciones que le permitan expresarlas, preservarlas y desarrollarlas. Creemos que reconocer legal y socialmente la identidad de género de las personas trans es una de estas condiciones.

Estas recientes convenciones fueron ya firmadas por Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Uruguay, requiriendo que sólo dos de ellos ratifiquen conforme sus respectivos procesos constitucionales para que entren en vigor internacional y pasen a formar parte de la batería de tratados protectores de la dignidad y los derechos de las personas en nuestro continente.

Si bien Chile no ha firmado ninguna de ellas aún, hay que tener presente que una vez en vigor la Corte Interamericana podrá considerarlas en sus decisiones como parte del acervo continental en no discriminación. Si sabemos que ella es la intérprete auténtica y última del Pacto de San José de Costa Rica, tendremos que saber también que habrá que respetar esos nuevos tratados.

En segundo lugar, sobre el reconocimiento de la necesidad de protección especial a la identidad de género desde una óptica de derechos.

En coherencia con los mandatos internacionales para terminar con las odiosas discriminaciones y sus consecuencias negativas en la psiquis y cuerpos de los discriminados y las discriminadas, el derecho internacional ha avanzado también por medio de una pluralidad de instrumentos y decisiones que han ayudado a las precisiones conceptuales y a determinar los ámbitos en que se producen la mayor cantidad de vulneraciones de derechos de las personas trans.

En tal sentido, el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud, en su informe al Consejo de Derechos Humanos de ONU del 27 de abril del 2010, define la Identidad de Género como: *“La experiencia profunda del género, vivida interna e individualmente por cada persona y que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer, incluido el sentido personal de la expresión corporal y otras expresiones del género”*.

Un avance también ha sido el Documento de Trabajo temático “Human Rights and Gender Identity”, preparado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa para el período 2006-2012, Thomas Hammarberg, presentado en Copenhague, Dinamarca, en julio de 2009 y que declara que la patologización de las personas trans puede convertirse en un obstáculo en el cumplimiento de sus derechos humanos. El documento concluye con un catálogo de 12 recomendaciones, una de las cuales es *“Involucrar y consultar a las personas trans y sus organizaciones en el desarrollo y la implementación de medidas políticas y legales que les conciernan”*⁹.

En la misma línea conceptual, un enorme avance se ha producido con la adopción de los llamados “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”, que en su Preámbulo indican que la identidad de género se refiere a *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*, definición que es la que toma el proyecto de ley.

Este proyecto de ley va en consonancia entonces con el Derecho internacional vigente, siguiendo además el mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en 2012 ha señalado: *“...la Comisión observa que el derecho a la Identidad de Género de las personas trans es esencial para el ejercicio de sus Derechos Humanos. La CIDH insta a los Estados a tomar las medidas necesarias en todas las esferas de la intervención pública para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas trans, sin discriminación alguna. Para ello, es esencial, entre otros, la adopción de políticas públicas y protocolos que incluyan una perspectiva que tome en cuenta la identidad de género de las personas trans y sus necesidades específicas”*.

Particular interés hay que poner en el marco del Principio 3° que se refiere al derecho a la igualdad ante la ley, haciendo énfasis en que la definición sexual de cada persona es parte integral de su personalidad y uno de los aspectos más básicos de la autodeterminación, la dignidad y la libertad de las personas. *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o*

⁹ Documento disponible en:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679>

paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”.

El reconocimiento de la Identidad de Género es un derecho fundamental y por lo tanto debe estar protegido. Su negación y no reconocimiento es un claro acto de discriminación en conformidad al derecho internacional de los derechos humanos que se traduce además en la vulneración de una serie de otros derechos, particularmente en el ámbito de las relaciones privadas y de familia.

El tribunal europeo de derechos humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en una serie de casos por medio de sus sentencias, las cuales han ido constituyendo una doctrina en la materia. Específicamente en lo que toca a las cuestiones de identidad de género, hoy resulta posible afirmar que se entiende que toda la cuestión de la determinación de la identidad sexual y de género forma parte de la “vida privada” de las personas, al mismo modo que las preferencias sexuales¹⁰.

En América en tanto, el sistema interamericano viene evidenciando hace ya un tiempo la preocupación que merece la situación de las personas trans, desde la perspectiva de sus derechos, como lo prueba que ininterrumpidamente desde 2008 durante sus sesiones plenaria la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos viene aprobando Resoluciones sobre *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*¹¹, que exhortan a los estados a trabajar a favor del reconocimiento de las personas trans y su identidad, por el término de la violencia contra ellas, y a adoptar políticas públicas adecuadas contra la discriminación. En su conjunto, forman entonces un marco normativo que Chile debe tener presente como estado parte del sistema.

Asimismo, existe una necesaria conexión entre el reconocimiento de la identidad de género y otros derechos relevados en el sistema interamericano. Una mención hay que hacer acá al fallo Artavia Murillo contra Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012, y lo que supone desde el punto de vista de la comprensión amplia de la vida privada y la libertad. Si bien el caso tiene que ver con el alegato en contra de la prohibición de las fertilizaciones in vitro en dicho país, los pronunciamientos en tales temas merecen una pausa para llevarlos a favor de la causa de los derechos de la diversidad sexual.

Refiriéndose al alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el caso, la Corte ha dicho que el artículo 11 de la

¹⁰ En ese sentido véanse pronunciamientos en el año 2010 en los *Casos S.H. y Otros con Austria* (Application no. 57813/00), de 1 de abril de 2010, párrafo 58 y *Ciubotaru con Moldavia* (Application no. 27138/04), de 27 de abril de 2010, párrafo 49. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> y los juicios emitidos sobre este punto en los *Casos Peck con Reino Unido* (Application no. 44647/98), de 28 de enero de 2003, párrafo 57; *Perry con Reino Unido* (Application no. 63737/00), de 17 de julio de 2003, párrafo 36; *Pretty con Reino Unido* (Application no. 2346/02), de 29 de abril de 2002, párrafo 61; y *Bensaid con Reino Unido* (Application no. 44599/98), de 6 de febrero de 2001, párrafo 47. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en>

¹¹ Doc. NU AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)

Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Además, ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.

Desde el punto de vista institucional ahora, hay que tener presente la creación de la Unidad de Derechos de las personas LGTBI, en febrero de 2012; y la inclusión del género en el trabajo por el Programa Interamericano para el Registro Civil universal y “derecho a la identidad”, que se viene trabajando en la OEA desde 2007¹² con el “Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas” (PUICA) que tiene como meta para el año 2015 cumplir con el registro universal de nacimiento, a través del cual se asegura el derecho a la identidad, con énfasis en las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad, a través de cinco objetivos que son aquellos hacia los cuales confluye toda su actividad: universalización y accesibilidad del Registro Civil y el Derecho a la Identidad; fortalecimiento de las políticas, las instituciones públicas y la legislación; participación ciudadana y sensibilización; identificación de mejores prácticas; y promoción de la cooperación internacional y regional.

Desde el Derecho Internacional entonces, Chile no puede seguir cerrando los ojos a esta realidad¹³. Nos obliga a ello nuestro marco constitucional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la serie de recomendaciones que nos vienen haciendo órganos internacionales en temas de derechos de la diversidad sexual. El Comité de Derechos económicos, sociales y culturales en 2004, el Comité de Derechos Humanos en 2007, el Consejo de Derechos Humanos en 2009 o el Comité de la Eliminación de discriminación contra la mujer en 2012.

Para los jueces, aplicadores hoy de una marco legal inapropiado, no es menor el tema desde su deber de ejercer el control de convencionalidad en sus decisiones. En este sentido, a mayor abundamiento y como ha dicho la Corte Interamericana (intérprete última de la Convención según ha establecido en la Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros v/ Chile, Serie 154, párrafos 123-124) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, debiendo siempre

¹² Doc. OEA/Ser.G CP/CAJP-2465/07 rev. 4 corr. 1 y Doc. OEA AG/RES. 2286 (XXXVII-O/07) “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”

¹³ Mayores antecedentes y otras referencias a desarrollos en el ámbito del Derecho Internacional en Gauché, Ximena; “Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, Diciembre 2011, ISBN 978-3-8465-6043-3.

elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales (como son las judiciales) o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual o su identidad de género (Sentencia Caso Atala y Niñas v/ Chile, Serie 239, párrafos 83 al 93).

Este entendimiento es es marco y fundamento de este proyecto de ley, y conduce a la necesidad de revisar nuestra normativa y convenir en la necesidad de cambios legales inmediatos.

3. Sobre el proyecto de ley y su contenido. En este punto voy a referir a algunos aspectos en que estimamos se debe poner especial atención durante la discusión en particular, si queremos en verdad lograr la mejor ley posible para Chile.

I. Del propósito y fin de esta ley.

La presente ley tiene como propósito y fin terminar con las situaciones de discriminación y exclusión que afectan a muchas personas en Chile, por la imposibilidad de manifestar abiertamente y vivir conforme con su identidad de género, en los casos en que existe una incongruencia entre el sexo asignado registralmente, el nombre, y la apariencia y vivencia personal del cuerpo.

II. Del objeto de esta ley.

El objeto entonces de la ley es establecer una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género del o la solicitante.

III. Descripción y Contenido de la ley.

El proyecto de ley sometido a consideración de este Honorable Congreso de la República consta de 11 artículo y 1 disposición transitoria y ha tenido a la vista el procedimiento judicial que hoy se sigue introduciendo las adecuaciones necesarias para que resulte en una aplicación conforme a derechos, consagrando derechos y estableciendo un procedimiento a partir de un acto judicial no contencioso, radicando la competencia en la justicia ordinaria.

Desde el punto de vista sustantivo, lo primero que conviene destacar es la definición de identidad de género conforme los estándares internacionales que ya se han referido y la consagración en el artículo 1° del “derecho a la identidad de género”, que incluye el derecho al reconocimiento y protección de la identidad de género; al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible; y a ser tratada en conformidad con su identidad de género y, en particular, a ser reconocida e identificada de ese modo en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto del nombre y sexo. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuran en los registros oficiales deben ser coincidentes con dicha identidad.

El mismo artículo agrega que toda norma o procedimiento de naturaleza administrativa o judicial deberá respetar el derecho a la identidad de género de las personas. Ninguna norma o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer requisitos no contemplados para el ejercicio de este derecho, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso del mismo. Parece relevante el que se ponga énfasis en el derecho de resguardar la imagen actual en relación a la anterior – en sus distintos soportes – lo cual es coincidente con el artículo 10 que indica que sólo tendrán acceso al acta de nacimiento y a las imágenes, fotografías, soportes digitales, informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuraran originalmente en los registros oficiales, quienes cuenten con autorización expresa del o la titular, o con orden judicial fundada, sin perjuicio de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, en los casos en que fuera aplicable.

El derecho a la identidad tiene un componente activo y dinámico, que incluye la mirada al pasado y al futuro pero que en este caso – sin borrar la historia con que un ser humano llega a solicitar su cambio de identidad – debe resguardar el respeto por la imagen pasada.

Desde el punto de vista procesal, los requisitos para el ejercicio del derecho son presentar la solicitud por escrito, siendo suficiente fundamento el ofrecimiento de información sumaria, sin perjuicio de todo antecedente documental que se quiera acompañar por el o la solicitante.

En lo que constituye el gran punto de contraste de esta ley se deja ahora expresamente establecido que para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo no será exigible por el Tribunal el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos. Como adelanté, este un aspecto relevante y que por sí solo ya justifica la necesidad de nueva ley y se entronca con la necesidad de “despatologizar” algo que no es una enfermedad y dejar a cada quien decidir si quiere o no que su cuerpo sea intervenido.

Para conocer de la gestión a que se refiere la ley se ha fijado como competente al Juez de Familia del domicilio del peticionario. Si bien la actual normativa en aplicación está radicada en sede civil, se estima que la mayor especialización de

esta judicatura, por ejemplo, frente a los temas de estado civil, lo hace el foro más adecuado. Sobre este punto iré con alguna más detención enseguida.

En cuanto al procedimiento, el proyecto contempla que recibida la solicitud, el Juez ordenará que se publique, por una sola vez, un extracto en el Diario Oficial de los días 1° o 15, o al día hábil siguiente si este no se publicara en las citadas fechas. Dicho extracto será redactado por el Tribunal y deberá contener la individualización del o la solicitante, la indicación de que se solicita la rectificación de la partida de nacimiento en cuanto a cambiar de sexo y nombre, la fecha en que dicha solicitud se ha efectuado, y la indicación expresa de que dicha diligencia se realiza de conformidad con las disposiciones de la presente ley.

A fin de garantizar el derecho de los terceros, dentro del plazo de quince días corridos contados desde la publicación del aviso, cualquiera podrá oponerse a la solicitud, debiendo en todo caso formularse por escrito ante el mismo Tribunal y fundarse en una de las dos causales siguientes: existencia de un perjuicio directo o indirecto de carácter moral o patrimonial que afecte al opositor a consecuencia del cambio de sexo y género del o la solicitante; o existencia de una causa criminal pendiente entre el opositor y el o la solicitante. Luego haré algunas precisiones sobre la posibilidad de refundir estas causales de oposición a la idea de evitar el fraude de ley.

De no existir oposición, el juez procederá con conocimiento de causa, previa información sumaria, que acredite que él o la solicitante es conocido en sus relaciones sociales con una identidad de género que no coincide con su sexo registral. Si la hay, la oposición se tramitará en forma incidental y en cuaderno separado.

Resuelta la oposición o sin ella, si el Tribunal estima insuficiente la prueba rendida por el peticionario, lo que deberá señalar por resolución fundada, podrá decretar que se oficie a la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación a fin de que este informe si la persona solicitante tiene órdenes de detención pendientes, u otros antecedentes penales, o para que entregue información relevante a juicio del Tribunal para la resolución de la solicitud y que esté en el marco de sus competencias. En mérito de este oficio, dicho Servicio deberá pronunciarse exclusivamente sobre las materias que le sean requeridas por el Tribunal y no deberá emitir opinión sobre los fundamentos de la solicitud ni sugerir la resolución al Tribunal. En ningún caso podrá el Tribunal decretar de oficio que se realicen exámenes médicos ante el Servicio Médico Legal u otra repartición para formar su convencimiento sobre la solicitud.

Dos comentarios hay que hacer en este punto. La restricción de la intervención de un órgano administrativo – como es el Registro Civil – y la prohibición de que se ordenen exámenes ante el Servicio Médico Legal. Ambos puntos marcan también una sustancial diferencia con lo que puede ocurrir hoy, a falta de texto expreso.

Recibida la prueba ofrecida y cumplidas que sean las diligencias de oficio decretadas por el Tribunal, el juez decretará, mediante resolución fundada, si acoge o no la solicitud, para lo cual tendrá el plazo de sesenta días. Esta sentencia tendrá un efecto constitutivo.

Si acoge la solicitud, ordenará que se rectifique la partida de nacimiento del peticionario, procediendo al cambio su sexo y su nombre, oficiando al Director del Registro Civil e Identificación a fin de que realice las rectificaciones; que proceda a emitir un nuevo registro de identidad para el peticionario y que informe en el plazo de veinte días hábiles desde la rectificación en la partida de nacimiento, del cambio de sexo y nombre al Servicio Electoral para la corrección del padrón electoral; al Servicio de Impuestos Internos; a Tesorería General de la República; a Policía de Investigaciones y a Carabineros de Chile.

Rectificada la partida de nacimiento y el sexo y nombre, no se afectará el número de rol único nacional del peticionario y este deberá concurrir en forma personal a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, con copia autorizada de la sentencia, para que este Servicio emita nuevos documentos de identidad, con una nueva fotografía, los que reemplazarán para todos los efectos legales a los documentos de identidad anteriores, que no podrán ser usados o exhibidos bajo ninguna circunstancia y en ninguna repartición pública o privada.

El proyecto de ley termina con las normas de articulación necesarias para quienes hayan ya obtenido su cambio de nombre por razón de identidad de género, en conformidad a las disposiciones de las leyes 17.344 y 4.808, sin haber obtenido la rectificación de su sexo y, por supuesto, convertido en ley, será necesario adoptar disposiciones para modificar los cuerpos legales que sea necesario tema de que ya se preocupa el proyecto en su cuerpo y en su espíritu.

En efecto, la nueva ley de identidad de género debe preocuparse de las coherencias necesarias entre el texto y otros ámbitos del ordenamiento jurídico nacional, en relación a los derechos, obligaciones y relaciones jurídicas de las personas transexuales y terceros.

Así, desde el punto de vista de los efectos ante terceros, la ley debe estar en concordancia tanto desde el punto de vista penal como civil sobre tales efectos, a fin de garantizar la seguridad jurídica de la comunidad nacional, dejando claro el momento en que comienza a surtir los efectos y regulando la oponibilidad respecto a terceros, lo cual será desde la *"nueva inscripción"*, es decir, desde la rectificación, trámite que será gratuito y esperando que se proceda con celeridad y sin dilaciones innecesarias en el Servicio de Registro Civil e Identificación para la rectificación indicada.

Desde el punto de vista penal, se entiende que la utilización de este cambio para fines delictuales debe perseguirse en conformidad a la normativa respectiva. El efecto buscado por el proyecto de ley es que aquellos organismos, direcciones o servicios que correspondan, puedan adecuar sus datos *on line*, como por ejemplo, los antecedentes por faltas y delitos.

Desde el punto de vista civil patrimonial, el derecho adquirido o la expectativa de éste, no se lesiona o desvanece por el cambio de nombre y sexo, ya que es protegido entre otros preceptos por el artículo 19° N° 24 de la Constitución, que indica: *"Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien en que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en*

virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de Interés Nacional calificada por el legislador”.

Por ello el cambio en el nombre, sexo y género no puede afectar los derechos adquiridos, como por ejemplo cotizaciones previsionales, cuentas de ahorro o corrientes bancarias o financieras, títulos profesionales, grados académicos, etc., ni tampoco podrá afectar el ejercicio pleno de derechos políticos en procesos electorarios.

Desde la perspectiva de las relaciones de familia, considerando que están dentro de la esfera de los derechos esenciales de todo ser humano, resulta normal que una persona que pretenda un cambio de nombre y sexo, ocupe antes, durante y luego de este proceso un lugar en la sociedad y la familia, estimada el núcleo fundamental de la sociedad. El cambio, más allá de significar una variación jurídica en la identidad del género del nacimiento, al género vivido, no debe irrogar ningún perjuicio al solicitante, en el marco por cierto del orden normativo establecido para las relaciones de familia en Chile.

III. Algunas consideraciones especiales en temas específicos para la discusión en particular.

Quisiera para terminar esta exposición, referir con alguna detención a tres temas que parecen relevantes de considerar con alguna mayor detención en este proyecto de ley durante la discusión en particular que deberá promoverse.

Dos están presentes. Uno está ausente y conecta necesariamente con uno de los primeros.

En primer lugar: la oposición de terceros a la solicitud.

Una de las bases del proyecto es la necesidad de resguardar el interés de terceros y velar por la seguridad jurídica de la sociedad.

En ese sentido, si bien parece necesario dar esta opción para que alguien pueda oponerse si tiene un legítimo interés en que eso le afectará, hay que regular muy cuidadosamente esta oposición a fin de que no se preste para una oposición por intereses que no son válidos, máxime cuando con el proyecto de ley se busca solucionar un problema social grave en este país y su sentido es reconocer un derecho de parte de la población.

No puede tratarse entonces de una oposición pura y simple, sino debidamente justificada y conforme a causales expresamente detalladas.

El actual proyecto de ley indica que *“La oposición deberá formularse por escrito ante el mismo Tribunal y fundarse en una de las dos causales siguientes.*

a) *Existencia de un perjuicio directo o indirecto de carácter moral o patrimonial que afecte al opositor a consecuencia del cambio de sexo y género del o la solicitante.*

b) *Existencia de una causa criminal pendiente entre el opositor y el o la solicitante”.*

Creemos que ambas pueden bien ser reconducidas a la causal de evitar el fraude de ley. Ello evitaría dejar un tema tan personal e íntimo como el derecho al reconocimiento de la identidad de género al uso malicioso de terceros por razones de caprichos personales, discriminación o incluso por pretender, con un fundamento débil, la eventual primacía de otros derechos en los casos concretos.

En segundo lugar: la cuestión de la sede judicial.

Como el proyecto indica, se ha optado por la justicia de familia.

La Corte Suprema en tanto, en su informe del 18 de junio (Oficio 79/2013) ha manifestado su parecer por la justicia civil, por las siguientes razones:

“1.- El cambio de nombre está regulado en la Ley N° 17.344 y su procedimiento se encuentra radicado en la justicia civil.

2.- La Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación consagra expresamente que el conocimiento de las acciones que en virtud de esa ley se ejerzan recae en la justicia civil.

1.- En el artículo 8° de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia, que establece las materias de su competencia, no existe número alguno que permita incluir el procedimiento de rectificación que contempla el proyecto en estudio.

El numeral 8 del artículo 8°, que se refiere a las materias que dicen relación con el estado civil, tampoco lo contempla, ya que el procedimiento permite rectificar nombre y antecedentes, pero sin que ello implique un cambio del estado civil, sobre todo considerando lo que disponen los incisos segundo y tercero del artículo 8° del proyecto, al señalar: "(...) la nueva inscripción en la partida de nacimiento no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieren corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio en las partidas de nacimiento(...)" "(...) tampoco afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados los que se mantendrán inmodificables

1.- No se justifica disponer que una justicia especializada como es la de Familia conozca de las acciones que contempla este proyecto, que buscan reconocer una identidad de género pero que no se vinculan con los fundamentos que inspiran el Derecho de Familia.

Por todo lo anterior se considera más adecuado otorgar competencia al Juez Civil para conocer de la gestión que contempla este proyecto de ley.

Atendido lo anterior, en relación al procedimiento aplicable se estima, asimismo, que corresponde que sea el que contempla la ley civil para ese tipo de materias.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar el proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, en los términos precedentemente expuestos”.

Sobre esta diferencia de opinión es legítimo preguntarse el porqué.

La respuesta tiene que ver con la idea original de incorporar en el articulado ingresado alguna consideración a la situación de la infancia y adolescencia trans, lo cual lleva, en mejor derecho, a optar por la judicatura de familia por su especialización y por que serían los que están en mejor condición de velar por la

protección integral y superior que niños, niñas y adolescentes requieren conforme los estándares nacionales e internacionales.

De esta manera, este tema de la jurisdicción va de la mano con uno que está ausente hoy en el proyecto y que reseño como este tercer tema de especial interés que debería incorporarse en la discusión en particular.

En tercer lugar: la consideración de la situación de los niños, niñas y adolescentes trans.

Como consta en el proyecto, se ha omitido toda referencia a los menores de 18 años.

Frente a ello cabe preguntarse si es una opción correcta desde el punto de los derechos humanos, del derecho de la infancia y la adolescencia, y desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico y sus bases domésticas e internacionales.

Sólo a modo referencial quiero hacer algunas aportaciones al debate que debería surgir en este punto, desde la sexualidad de los niños, tema que parece que no consideramos nunca, casi como si nacieramos asexuados hasta la adultez.

Dice una reconocida especialista en educación sexual infantil *“El cuerpo sexual femenino o masculino comienza desde la concepción un proceso evolutivo de construcción de su papel sexual asignado históricamente por la cultura de la sociedad donde se nace”* (CARBALLO, 2002, p.34). En el caso del niño y la niña en edad preescolar *“necesitan aprender sobre expresión de sexualidad en forma natural. En esta edad los patrones de convivencia familiar orientan la mayoría de sus formas de comportamiento. El hogar se convierte en el primer laboratorio de educación de expresión de la sexualidad, donde el niño y la niña aprenden cómo un hombre y una mujer conviven. Las personas adultas consciente o inconscientemente son ejemplos vivientes con sus actos cotidianos y por lo tanto, les corresponde clarificar y fortalecer sus actitudes, valores y conocimientos de su propia expresión de la sexualidad para sistematizar conscientemente una serie de acciones para la educación de la expresión de sexualidad y la inteligencia emocional de niños y niñas”* (CARBALLO, 2008, p.12).

Si a ello adicionamos que debe cumplirse con la especial protección que se debe dar a la infancia y adolescencia, desde el mandato de protección integral e interés superior del niño, establecido por la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, ratificada y vigente en Chile¹⁴ no parece tan fácil descartar a los menores de 18 años en este proyecto.

Socialmente además, esto es evidente: los estigmas también repercuten fuertemente en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. Sí consideramos a esta población desde un enfoque de derechos, es decir, como sujetos y sujetas con poder de decisión sobre lo que ocurre en sus propias vidas, y tomando en cuenta los estándares internacionales, que impone los principios de derechos de igualdad y no

¹⁴ Chile firmó esta Convención el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 13 de agosto de 1990.

discriminación, interés superior, protección efectiva, autonomía progresiva, derecho de opinar, participación y libertad de expresión, entre otros, es que surge la necesidad de dar cumplimiento a estos principios desde un rol jurídico, que constituya un marco para el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de las personas en general y en particular de los niños, niñas y adolescentes.

Es de suma importancia también precisar que por ser el menor de 18 años un sujeto de protección del derecho internacional, deben impetrarse todas las medidas que salvaguardan su integridad como niño, niña o adolescente.

En este sentido, las discriminaciones odiosas por su Identidad de Género, pueden ser un proceso intensamente lesivo y dañino que está amparado por la Convención desde el artículo 2º: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición...”*.

Existen abundantes casos de discriminación de menores de 18 años, en que la Identidad de Género es una causa de esto. Sin embargo, como a diferencia de otros grupos sociales en que los niños, niñas y adolescentes son discriminados, esta forma de exclusión carece de visibilización, difusión y expresión en la opinión pública nacional.

Esta falta de visibilización contribuye a su extensión y profundización - creando una especie de culturización fóbica hacia la identidad de género - justamente en el espacio de vida en que precisamente los jóvenes se forman con principios y valores hacia el respeto: el establecimiento educacional¹⁵. Sin perjuicio de que no existe claridad de las cifras reales de discriminación en Chile y Latinoamérica¹⁶, no es menos efectivo que la violencia en las escuelas, colegios y liceos es una

¹⁵ El Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño han expresado preocupación por la discriminación homofóbica en las escuelas y han pedido que se adopten medidas para contrarrestar las actitudes homofóbicas y transfóbicas. Según la UNESCO, los niños considerados demasiado afeminados por los demás niños o las niñas consideradas poco femeninas sufren burlas y en ocasiones los primeros golpes por su apariencia y comportamiento, que no encajan en la identidad de género heteronormativa en el patio de las escuelas primarias.

¹⁶ De acuerdo con el publicado Informe 2011 de la Corporación Latinobarómetro, el 45% de los chilenos encuestados afirma haber sido discriminado, mientras que sólo el 21% de ellos se describiría como parte de un grupo que es discriminado en el país. Estas cifras, que nos posicionan como el 5º país de Latinoamérica con mayor percepción de discriminación, llaman la atención especialmente al considerar que Chile es el país con menor percepción de discriminación por raza, dentro de Latinoamérica (23%). ¿Qué tipo de discriminación es entonces la que están percibiendo casi la mitad de los chilenos? Las formas de discriminación en Chile son diversas. Existe Discriminación por nivel cultural, apariencia física, etnia, apellido, edad, segmento socioeconómico, familia de origen, comuna de residencia o género. También discriminamos a otros por ser extranjeros, personas con discapacidad, por orientación sexual y/o religión, por nombrar algunas formas. Todos de alguna manera discriminamos y hemos sido discriminados. Desde pequeños a los niños y niñas se les impone la cultura que resalta una raza sobre la otra, una nivel social y cultural sobre otro, una apariencia física deseable, el ser hombre por sobre la condición de lo femenino, por nombrar algunos ejemplos. La discriminación está inserta en todas las estructuras del Estado y de la sociedad chilena, pero la gente muchas veces no la percibe, como diría Michael Foucault. En nuestro país parece haber una discriminación solapada o encubierta. Nadie lo dice directamente, pero podemos ver actos directamente discriminadores cotidianamente. Y, sí en general los chilenos discriminamos de manera transversal. Fuente: [http://blog.latercera.com/blog/msaracosti/entry/discriminaci%C3%B3n en chile del proyecto](http://blog.latercera.com/blog/msaracosti/entry/discriminaci%C3%B3n%20en%20chile%20del%20proyecto)

preocupación urgente que se debe considerar, ya que si las cifras de “bullying” son abultadas, con mayor razón debiesen ser hacia la identidad de género.

En Chile no se han realizado estudios específicos sobre la ocurrencia de la intimidación entre estudiantes. Sin embargo, el Ministerio del Interior señala que, el 51,5% de docentes y el 34,8% de los estudiantes perciben alta ocurrencia de agresiones. El 91,7% de los estudiantes reconoce la existencia de agresiones psicológicas, el 82,3% agresiones físicas; el 40,1% atentados contra la propiedad, el 24,2% amenaza permanente, el 11,7% amenazas con armas y el 3,1% agresiones sexuales. El 38,3% declara haber sido agredido por otro estudiante. Además, se establece que, a más bajo índice de calidad de la convivencia escolar, más alta es la ocurrencia de agresiones. Estas cifras apoyan la hipótesis de que los porcentajes de intimidación entre estudiantes en nuestro país sería más alto debido a que se asocia a stress familiar y prácticas parentales coercitivas y Chile presenta altos índices de violencia intrafamiliar y prácticas culturales como el humor, que favorecen la intimidación.

En la adultez el ciclo de violencia y discriminación se perpetúa consolidándose un “círculo vicioso transfóbico”, ya que debido a la exigencia del uso del uniforme identificado por sexo y por la violencia y acoso escolar por motivo de la identidad de género, se produce una alta deserción escolar a temprana edad, lo cual disminuye las posibilidades de perfeccionamiento y capacitación laboral, razón por la que se dificulta el acceso a una fuente laboral segura y con posibilidad de costear una cirugía de readecuación genital o y tratamiento de reemplazo hormonal que facilite el reconocimiento legal de la identidad de género para que ésta concuerde con la apariencia externa, en caso de ser deseado.

Las normas entonces sobre la materia de este proyecto de ley, deben conjugarse con el resguardo a la integridad de los infantes y adolescentes por la que sus representantes legales deben velar, todo a la luz de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, que sin indicación de edad reconocen y amparan la Libertad de conciencia, no sólo en el entendido de libertad religiosa, como bien lo señalaba el Comisionado Jaime Guzmán Errázuriz en las actas constitucionales, sesión N° 130 página 121: *“La Libertad de conciencia es la libertad del fuero interno, que se entiende siempre en forma absoluta e inviolable en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza... pero se puede extender a otras materias”*.

Según datos del último estudio de Unicef¹⁷ en Chile hay altos índices de violencia intrafamiliar hacia los niños, niñas y adolescentes. El 4° Estudio de Maltrato Infantil realizado por UNICEF¹⁸, señala que el 71% recibe algún tipo de violencia de parte de su padre o madre y sólo un 29% no es víctima de maltrato en su hogar. Según el estudio, un 25,9% de los niños, niñas y adolescentes recibe violencia física grave, un 25,6% violencia física leve y un 19,5% violencia psicológica. Entre 1994 y

¹⁷ Fuente: <http://www.unicef.cl/unicef/index.php>

¹⁸

Fuente: http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/382/Cuarto%20estudio%20maltrato%20infantil%20unicef.pdf

2012 el porcentaje de niños y niñas que viven sin violencia ha aumentado de 22,5% a 29%; y el de aquellos que sufren maltrato físico grave ha bajado de 34,2% en 1994 a 25,9% en 2012. Resulta importante relevar estas cifras pensando en cómo la transfobia puede en algún momento ser causa / efecto de estas manifestaciones de maltrato, dentro o fuera del hogar familiar o el entorno de quien cuida a un menor de 18 años.

Por lo demás, Chile ha sido llamado en distintas ocasiones por el Comité de Derechos del Niño a cumplir con los imperativos de la Convención al analizar sus informes y formular sus recomendaciones.

A mayor abundamiento hay que indicar que Chile firmó en febrero de 2012 el Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que crea un procedimiento de comunicación para que niños, niñas y adolescentes (o sus representantes) denuncien la vulneración de sus derechos y presenten una queja ante el Comité con lo cual debe ser consecuente con su actuar internacional y acoger la demanda de un grupo especialmente excluido de las normas y políticas chilenas sobre infancia.

De esta forma, incorporar a infantes y adolescentes en la nueva Ley permitirá por fin poner atención a la infancia trans e intersex, con el objeto de garantizar que sus cuerpos no sean intervenidos sin ninguna participación o aún contra su opinión, libre e informada, a fin de imponerle una identidad de género, teniendo siempre en vista el principio de autonomía progresiva para tomar sus decisiones según edad y madurez, sin discriminación y conforme el principio del interés superior, debiendo tenerse presente que este interés debe analizarse en el caso a caso, sin estándares para todos los niños, niñas y adolescentes en condiciones similares y dejando de lado los estereotipos y estigmas negativos que vinculan la diversidad en la identidad sexual en la niñez, adolescencia y juventud con el libertinaje, la promiscuidad o la prostitución o, aún peor, con la terrible experiencia de ser abusado sexualmente en la infancia, fenómeno del que Chile por cierto debe hacerse cargo pero que no está vinculado a la diversidad sexual ni es causa o consecuencia directa de la disociación entre sexo y género que puede presentar una persona desde sus primeros años.

Lo que se persigue no es más que buscar un camino legislativo para abordar uno más de los problemas sociales que enfrenta la niñez y adolescencia en nuestro país.

REFLEXIONES FINALES.

Una idea final ¿Cómo resumir entonces los fundamentos que existen para apoyar la necesidad comprobada de esta nueva ley y sumarse a ella?

La necesidad de reconocer que no obstante el avance que ha supuesto contar una ley de no discriminación - que recoge por cierto la identidad de género como categoría sospechosa - es necesario asumir como cuestión de derechos el problema social de identidad que afecta a personas trans en Chile y avanzar en una respuesta normativa que se complete luego con políticas públicas adecuadas que materialicen condiciones para el ejercicio de los derechos por todas las personas.

La necesidad de trabajar como sociedad por una verdadera cultura de respeto de la diferencia y reconocimiento de las identidades, desde las diversidades, terminando con los prejuicios y estereotipos que sirven de nido a las discriminaciones.

La necesidad de asumir que las diferencias – desde las discrepancias de opinión política hasta las diversas formas de entender el proyecto de vida social o individual y la forma de vivir nuestra sexualidad y manifestar nuestros afectos y erotismo – son legítimas y la expresión más viva de la dignidad humana, si se respeta el derecho de los demás.

Pero sobre todo, la necesidad de defender – a través del apoyo a esta ley – el ideal de que mientras se respete el derecho de los demás, cada quien es dueño o dueña de dar a su vida el sentido que mejor le parezca y tiene derecho a exigir respeto por ello.

Referencias:

CARVALLO, S. “Educación de la expresión de la sexualidad humana”, Revista Educación, volumen 26, N° 001, Costa Rica, 2002

CARVALLO, S. “Educación de la expresión de la sexualidad y la inteligencia emocional en niños, niñas y adolescentes con derechos”, Revista Actualidades Investigativas en Educación, volumen 6, N° 3, Costa Rica, 2006

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992

GAUCHE, X., Sexualidad Diversa y Discriminación. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Alemania, Diciembre 2011, ISBN 978-3-8465-6043-3

HONNETH, A., La lucha por el reconocimiento, Crítica, Traducción de Manuel Ballester, Barcelona, 1997

TOLEDO, M.I., “Sobre la construcción identitaria”, en Revista Atenea, N° 506, 2012

REPÚBLICA DE CHILE
DIARIO DE SESIONES DEL SENADO
PUBLICACIÓN OFICIAL
LEGISLATURA 361ª
Sesión 47ª, en martes 13 de agosto de 2013
Ordinaria
(De 16:18 a 19:39)

Extracto del Acta sobre referencias a la Consulta Indígena (Convenio 169, OIT)

PROCEDIMIENTO PARA OTORGAMIENTO DE CONCESIONES ELÉCTRICAS. INFORME DE COMISIÓN MIXTA

El señor **PROKURICA**.- Señor Presidente, solo deseo informar de la forma más breve posible los resultados del trabajo de la Comisión Mixta, que estuvo integrada por los Diputados señores Bertolino, Núñez, Rojas, Vallespín y Vilches, y por los Senadores de la Comisión de Minería y Energía de nuestra Corporación.

Los temas acerca de los que versaron las diferencias entre el Senado y la Cámara de Diputados recaen en el artículo 22°, sobre áreas silvestres protegidas; en el inciso segundo del artículo 34°, referente al cumplimiento del Convenio N° 169 de la OIT, sobre pueblos originarios; en el artículo 34° bis), concerniente al alzamiento de medidas precautorias; y en el artículo 67°, tocante a la entrega de la posesión material del predio y al uso de la fuerza pública.

En verdad, tales discrepancias se resolvieron a favor de lo que había aprobado el Senado en el segundo trámite, según se consagra en un acuerdo político alcanzado por diversos sectores, que acogió los cuatro puntos que expuse anteriormente.

El señor **ORPIS**.- Señor Presidente, Honorable Senado, tal como lo señaló el Senador Prokurica, la Comisión Mixta -posteriormente fue ratificado por la Cámara de Diputados- resolvió en forma mayoritaria a favor de la propuesta del Senado.

La única disposición que se alejó del texto de la Cámara Alta dice relación con el numeral 12) ter, que agrega el artículo 34o bis, referido al alzamiento de las medidas precautorias.

En su oportunidad, el Senado resolvió proceder al alzamiento de las medidas precautorias respecto de toda clase de juicios. En cambio, la Comisión Mixta acota su alzamiento únicamente a los juicios posesorios.

En cuanto al artículo 31o bis, atinente al arbitraje, originalmente no se aprobó en la Cámara de Diputados solo por falta de quórum, no por diferencias en materia de contenido. Ahora se alcanzaron los votos, y se mantuvo estrictamente el mismo texto.

Respecto de las notificaciones, se conserva íntegramente lo despachado por el Senado.

Ahora bien, en lo relativo a los otros dos temas pendientes, hay diferencias. De hecho, creo que existe un acuerdo -el señor Ministro podrá dejarlo consignado- en orden a presentar un veto supresivo, concretamente acerca de las áreas silvestres protegidas y de la consulta indígena.

¿Cuáles son las divergencias con lo que propone la Comisión Mixta, que fue aprobado por mayoría?

Tanto el texto de la Cámara Baja como el del Senado establecían que debían respetarse las normas en materia medioambiental, especialmente en lo referido a áreas silvestres protegidas. Pero la diferencia radicaba en que un grupo de señores parlamentarios sostenía que respecto de las áreas silvestres protegidas siempre debían buscarse trazados alternativos. Ahora, la mayoría de la Comisión Mixta establece que han de respetarse íntegramente todas las disposiciones regulatorias en materia medioambiental.

El segundo tema hace referencia a la consulta indígena.

Tal como lo señalé en la Comisión Mixta, la propuesta de la Cámara de Diputados estaba mal concebida. Porque establecía que la consulta indígena debía efectuarse en la concesión provisoria, en circunstancias de que esta última no es obligatoria, y de exigirse la consulta en esa etapa, que es de estudio, muy provisoria, todos se la iban a saltar.

Nos parece que lo más recomendable es realizar la consulta cuando se cuente con todos los elementos necesarios para llevarla a cabo. Por eso estoy a favor de la propuesta del Senado - recuerdo una intervención del Senador Zaldívar en esta misma línea-, en el sentido de que la consulta debe efectuarse en el momento en que se dispone de todo lo requerido.

¿Y cuándo se da ello? En general, cuando está otorgada la concesión o se encuentra en el proceso del sistema de evaluación de impacto ambiental. Porque para implementar un proyecto eléctrico se necesita una concesión, que da origen a una servidumbre, y poseer los permisos ambientales. Y lo lógico es realizar la consulta cuando se cuenta con todo eso, pues se tiene el trazado, se conocen las características del proyecto. De ahí que fuera pertinente la propuesta del Senado en orden a incorporar la materia en el artículo 34o, que consagra que antes de iniciarse la construcción debe efectuarse la consulta indígena.

Por las razones expuestas, me parece acertada la proposición de la Comisión Mixta, porque el único cambio dice relación con acotar el alzamiento de las medidas precautorias a los juicios posesorios, que es la denominada "denuncia de obra nueva".

En consecuencia, creo que el Senado debería pronunciarse a favor de lo propuesto, pues corresponde a lo que se aprobó por inmensa mayoría cuando se discutió el proyecto en el seno de esta Corporación.

He dicho.

El señor **FREI** (don Eduardo).- Señor Presidente, me voy a referir solamente a los dos puntos centrales de la controversia.

En el caso de la consulta indígena previa a la entrega de la concesión, el establecimiento de esa obligación va a desnaturalizar el Convenio N° 169 de la OIT, que es ley en Chile y obliga al Estado a consultar las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas interesados.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha señalado que los procedimientos concesionales no producen afectación directa, ya que la sola concesión no permite la ejecución de obras, las cuales, en definitiva, sí ocasionan aquella.

La medida administrativa habilitante para desarrollar las obras es la resolución de calificación ambiental y por eso las cortes exigen que, previo a su otorgamiento, la administración realice la debida consulta.

Afirmar que la consulta indígena es necesaria antes de la concesión evidencia confusión conceptual.

Eso es lo que cabe decir en cuanto a este tema. Luego voy a explicar por qué creo que se ha cometido un gran error al llegar a este acuerdo para aprobar el informe de la Comisión Mixta en la Cámara de Diputados.

Acerca de la obligación de buscar trazados alternativos en las áreas protegidas, la legislación vigente, incluyendo la Convención de Washington, impide desarrollar proyectos, obligando eventualmente a buscar trazados alternativos cuando las obras son incompatibles con los objetivos y el uso racional de los recursos naturales de parques nacionales y otras áreas protegidas, por lo que carece de sentido establecer una obligación como la propuesta.

¿Qué quiero decir con lo anterior, señor Presidente?

El proyecto enviado por el Gobierno sobre concesiones eléctricas no incluía el tratamiento que se le dio al Convenio de la OIT en la iniciativa y en el acuerdo político: que la consulta indígena se haga una vez otorgada la concesión, cuando se sepa la ubicación de la obra y sus características. Y en ese momento se podrán cambiar los trazados.

Ahora me referiré a las áreas protegidas.

¿Qué va a suceder, en definitiva? En la discusión que sostuvimos acá y en la negociación con el Gobierno procuramos que dichas materias quedaran incorporadas en la iniciativa. Era primera vez que en una legislación sectorial se incluía el Convenio de la OIT.

¿Qué se ha logrado con esto? El Gobierno aprueba en la Cámara Baja el informe de la Comisión Mixta y promete un veto supresivo. Como lógicamente no vamos a alcanzar en alguna de las dos ramas legislativas los dos tercios, el veto se va a aprobar. Por lo tanto, los dos artículos van a quedar fuera de la normativa. O sea, consiguieron el objetivo. Lo que habíamos logrado en un acuerdo político con el Gobierno: que por primera vez se incluyera el Convenio 169 y un artículo distinto para las áreas protegidas, lo borran con el sistema del veto. Y yo le pido al Ministro, lógicamente que no lo hará, que suscribamos un acuerdo aquí, en el sentido de que no queremos el veto. Eso sería lo lógico. Así como la Cámara lo pretende; nosotros, no. Porque deseamos que estos ítems queden incluidos en el proyecto. Gracias a esta maniobra quedarán afuera. ¿Y qué va a hacer el Gobierno -y lo ha dicho el Ministro-?: acoger el proyecto original y no el acuerdo político alcanzado. Es decir, vamos a retroceder al punto inicial, a cuando la iniciativa llegó aquí, al Congreso, antes del acuerdo que firmamos con el Ejecutivo para incluir tales materias, como nunca se había hecho.

Se consiguió el objetivo. Eso es lo que lograron.

En definitiva, tenemos un proyecto más malo para los pueblos originarios y para las áreas silvestres protegidas. Al final, eso es lo que se ha logrado: un retroceso con respecto al acuerdo político a que habíamos llegado para sacar una muy buena normativa. Y lo reitero de nuevo: por primera vez se iba a incluir el Convenio de la OIT en una ley sectorial. Ahora, con este sistema, quedó afuera. Y en el caso de las áreas silvestres, se aplica la ley general.

Por lo tanto, ello representa un retroceso claro con respecto al objetivo que habíamos alcanzado.

Yo lo siento, porque habíamos logrado un buen acuerdo político y un proyecto mucho mejor. Con esto volvemos a la iniciativa original del Gobierno. Y ello significa que no hemos avanzado nada en la materia.

El señor **GIRARDI**.- Señor Presidente, el problema de votar proyectos como el que analizamos -lo hemos reiterado en sesiones anteriores- es que uno no sabe qué interés está sirviendo. Porque, lamentablemente, no existe una estrategia de país, no hay una política de Estado, no está representado el interés público. Y lo que se halla detrás es una política que, por la vía de los hechos, representa solo los intereses de las empresas, dado que ellas toman todas las decisiones en función de cuál será la matriz, qué tipo de energía se desarrollará, dónde se va a producir. No hay ninguna política de Estado, ni siquiera para sugerir qué tecnología se utilizará, en qué lugar y en función de qué necesidades va a operar.

Por lo tanto, acá tenemos una política que tiende a la concentración del sector; que ha estado focalizada en producir la energía con los combustibles más contaminantes, con un aumento progresivo de la huella de carbono per cápita, la que luego se hallará entre las más altas de Latinoamérica y, finalmente, con precios altísimos, a pesar de que se usan las materias primas más baratas. Es decir, el nivel de rentabilidad que la industria eléctrica alcanza en Chile no se obtiene, seguramente, en ningún lugar del planeta.

Las tarifas más elevadas, la rentabilidad más alta, evidentemente constituyen un subsidio ambiental de parte de la sociedad chilena. En efecto, por cada megawatts producido hay un subsidio al carbón de cerca de 40 dólares. Eso hacemos: que la sociedad chilena le pague tal cantidad a la industria del carbón. Y así resulta imposible comparar una energía con otra, porque las energías limpias no contaminan y las otras no tienen internalizados los costos y las externalidades de la contaminación y del daño ambiental que se produce.

Ahora estamos analizando un proyecto de concesiones que, como no existe una política al respecto, no se halla confeccionado en función de un interés de país, sino que va a servir los mismos intereses económicos que hoy día han generado la concentración monopólica, los precios más altos de la energía y el poco desarrollo de las energías renovables.

Chile está considerado a nivel mundial como una de las naciones que tienen las principales reservas, capacidades y cualidades en materia de energías renovables.

Yo señalé la vez pasada que el estudio de Carlo Rubbia, que dirige el Instituto para el Avance de Estudios de Sostenibilidad de Potsdam, de investigación sobre energías renovables, dice que en un pedazo de nuestro desierto de 210 por 210 kilómetros se recibe la radiación de 15 terawatts, que es el equivalente al consumo planetario de energía en un año.

Pues bien, nosotros no tenemos ningún proyecto de desarrollo. ¿Por qué? Porque a las grandes empresas, a los monopolios no les interesa la competencia; no les interesa la incorporación de otros actores. Y finalmente lo que estamos haciendo en estas iniciativas es profundizar eso. Pero con la agravante de que se utiliza como subterfugio de que aquí habría una legislación ambiental que protegería el desarrollo de tales proyectos y de que no sería necesario establecer otro tipo de resguardo, por ejemplo, en materia de pueblos originarios, de Convenio 169, de áreas silvestres protegidas.

Lo que quiero decir es que la legislación ambiental en Chile se usa para cometer fraudes sistemáticos. Es una normativa hecha para que existan los fraudes; está hecha para que impere la decisión política sobre la resolución técnica; para blanquear proyectos que no se aprobarían en ninguna parte del planeta; para que los lobbys tengan expresión y los más poderosos puedan ganar. Y prueba de lo anterior es que los tribunales de justicia, reparando estos fraudes, han echado por tierra al menos tres proyectos en el último tiempo: uno, Pascua Lama; dos, Punta Alcalde; tres, Castilla, y todavía no nos damos cuenta de lo que está ocurriendo.

Eso, en definitiva, no es bueno para el país ni para los empresarios, porque la institucionalidad ambiental está tan desprestigiada, tan cuestionada que no genera credibilidad. Y cada vez que ella aprueba algo, termina judicializado.

Los propios jueces están reparando los fraudes que se cometen al interior de la institucionalidad ambiental. Ocurrió en este Gobierno y en gobiernos anteriores. Yo, por lo menos, lo planteé en esta Administración y en las que la precedieron.

Por lo tanto, supeditar a esa norma el ser garante del buen desarrollo lo único que hace es perseverar y profundizar el fraude ambiental en este país, lleno de conflictos de intereses de sus autoridades, por la forma en que se hacen las cosas.

El que se acepte, por ejemplo, que la persona que ha provocado un daño ambiental deje una fianza, la cual le permite no detener el proyecto y seguir destruyendo el medio ambiente, me parece absolutamente vergonzoso.

El que se dé un mal uso al Convenio 169, que finalmente no tiene ningún sentido; o el que se precarice la protección de las áreas silvestres protegidas y los parques nacionales, sin una discusión de fondo, sin una política de desafectación por vía legal, a lo único que tiende es a dejar este tipo de materias en el territorio de la "ley de la selva", donde es el más fuerte el que gana y se impone.

Por lo tanto, evidentemente, este proyecto va a pasar a la historia como uno de los que poseen las mayores precariedades, ya que hizo absoluto abandono de los temas fundamentales por los que hemos venido luchando durante muchos años: la protección ambiental, la protección de las áreas silvestres protegidas, la protección de las comunidades.

¿Qué posibilidad tiene una comunidad pequeña de enfrentarse a los superpoderosos con esta normativa, que además es asimétrica, hecha como un traje a la medida para ellos? Los pequeños no van a poder defenderse. Las grandes empresas, los grandes actores disponen de recursos y de legiones de abogados. Para ellos no es un problema. Esta iniciativa lo que hace es menoscabar y aumentar la minusvalidez de aquellos que no tienen cómo defenderse.

Por eso, señor Presidente, voy a mantener mi posición de cuestionar este proyecto, porque creo que no está hecho a partir de un interés de país. Aquí nada nos indica que este conjunto de iniciativas vaya en función de desarrollar las energías renovables; de poner por delante el bien común; de que haya una política de Estado; de que dejen de primar los intereses de las empresas; de que finalmente no se defina en las oficinas de estas, sobre la base de sus intereses de corto plazo -que pueden ser legítimos para ellas, pero que no lo son para el país-, el tema más importante que tiene una sociedad. Las sociedades son sociedades energéticas y no al revés. No son las sociedades las que definen los modelos energéticos, son los modelos energéticos los que definen las sociedades.

Y esto se da con la agravante de que petróleo queda para muy pocos años más. Estamos terminando un ciclo de desarrollo, civilizatorio: el ciclo de la civilización del petróleo, de los hidrocarburos, de los fósiles. Y viene otra civilización en el siglo XXI, a la cual nosotros nos negamos con una ceguera profunda: la civilización de las energías limpias, democráticas, que son las que van a originar el mismo cisma que generó Internet respecto al teléfono. Las energías renovables van a provocar el mismo quiebre de transformación cultural y civilizatoria en sus opciones de generación distribuida, de Internet eléctrico, de todos estos procesos que vienen por delante pero que nosotros no ponemos como prioridad.

Es una paradoja que, encontrándose Chile en la frontera avanzada en muchos ámbitos de ciencia y tecnología, contando con los mayores recursos del planeta, esto no sea una prioridad. Y nosotros

estamos siendo cómplices de ello. Este país tiene la mayor reserva del mundo en geotermia y, sin embargo, no cuenta ni siquiera con un piloto geotérmico. Un proyecto como DESERTEC, en el desierto del Sahara, que recibe 20 por ciento menos irradiación que el nuestro, va a instalar 2 mil megas para venderles energía a los europeos, y nosotros no somos capaces de hacer algo semejante, teniendo la demanda más intensa de energía con las mineras, que están pagando precios exorbitantes y que carecen de toda posibilidad de proyectar un precio estable hacia el futuro, ya que seguimos asociados al carbón, al petróleo y a los fósiles, más aún si se considera que la desalinización del agua que necesitan se va a lograr por energía.

A mí me parece un total contrasentido. Y yo reclamo que cuando discutamos instrumentos de política como estos, lo hagamos en función de una política de país. Hoy día no la hay. Y nadie me puede asegurar que esta normativa no se utilizará sino en función de garantizar los privilegios y las rentabilidades de los mismos de siempre.

Yo sé que el Ministro Bunster, aquí presente, ha hecho un esfuerzo, pero creo que él, en este Gobierno, es Toribio el Náufrago: tiene cero apoyo, no hay voluntad alguna de avanzar en una política de país acerca de un asunto que reviste mucha relevancia.

El tema más importante de Chile para el futuro es su desafío energético. Es el problema que nos va a afectar en materia de competitividad, de mejor democracia, de un desarrollo más horizontal y menos vertical, que va a cambiar la estructura productiva del país, y nosotros todavía no lo entendemos y seguimos aprobando proyectos que son ciegos y que son meros parches.

El señor **ZALDÍVAR** (don Andrés).- Señor Presidente, más que nada intervengo para manifestar mi acuerdo con lo que ha señalado el Senador Eduardo Frei acerca del proyecto en debate.

Creo que el veto supresivo que se le ha solicitado al Ejecutivo respecto de las dos disposiciones mencionadas es un retroceso. El texto legal que despachamos en el Senado era de adecuado contenido y buena calidad.

En las conversaciones con el Ejecutivo habíamos logrado dos avances:

Uno, precisar lo relativo a las áreas silvestres protegidas del Estado, que estaban contempladas en el artículo 19° de la ley vigente, estableciéndolo expresamente. Vamos a tener que volver a la norma genérica que había antes, que solo se refería a las disposiciones relativas al medio ambiente.

Y dos, en cuanto al Convenio 169, habíamos logrado por primera vez en la legislación establecer los mecanismos para poder hacer aplicable ese instrumento internacional. Con defectos o sin ellos, era la primera vez.

Entonces, si a mí me preguntara el Ministro sobre la posibilidad de liberarlo del compromiso que tiene con la Cámara de Diputados, yo le diría que estoy disponible para firmar un acuerdo con él a fin de que no mande el famoso veto supresivo, porque, en vez de mejorar la iniciativa que hemos aprobado, la va deteriorar.

Por esas razones, voy a votar a favor, pero haciendo mención expresa de que, en mi opinión, el acuerdo a que se llegó en la Cámara de Diputados no mejora las disposiciones legales en el sentido que habíamos pedido, esto es, tanto respecto de la protección de las áreas silvestres protegidas del Estado como del Convenio 169.

El señor **GÓMEZ**.- Señor Presidente, las diversas intervenciones que se han efectuado llevarán a la opinión pública, que escucha estos debates, a confundirse.

Hemos planteado varias diferencias con este articulado. La primera de ellas tiene que ver con la consultad indígena.

Aquí se dijo que era un gran avance establecer en este proyecto de ley la obligatoriedad de que ella se realice. Al respecto, quiero aclarar que no es posible saltarse ese procedimiento porque está incorporado en nuestro ordenamiento constitucional, pues forma parte de un convenio que fue aprobado por nuestro país. Por lo tanto, no se trata de un acto dadivoso, ya que hacer la consulta es una obligación que le compete al Estado de Chile.

La diferencia radica -y aquí es donde nosotros pusimos el acento - en que dicha consulta estaba planteada para un momento determinado, lo que nos parecía que vulneraba ciertos derechos, por cuanto se hacía cuando ya se había entregado la concesión. Esto significaba que, una vez otorgada esta última, habiéndose cumplido con todos los trámites, la consulta recién se llevaba a cabo, vale decir, en la etapa previa al inicio de la construcción.

¿Cuál fue nuestra opinión, que seguimos manteniendo? Que lo razonable y relevante -como el Convenio 169 establece la obligación de efectuar la consulta, sin que su resultado sea vinculante y, por consiguiente, rige el principio de la buena fe- era que ella se realizara con anterioridad a la entrega de la concesión.

Y ahí se centró el punto. Nosotros insistimos en que el otro criterio implicaba una mala decisión.

Además, se disponía en el correspondiente artículo que la consulta se iba a practicar por una sola vez. ¿Por qué debatimos esto? Porque es posible que durante el proceso de discusión cambien las circunstancias. Y el convenio no puede quedar limitado por una ley que diga: "Mire, la consulta la vamos a hacer de tal o cual modo".

De ahí que la forma en que se dejó establecida nos pareció equivocada, y por eso rechazamos el precepto pertinente. Y creemos que la solución de la Comisión Mixta es aún peor.

El segundo aspecto decía relación con las áreas silvestres protegidas. Y este punto sí que era importante porque se señalaba que cuando se cruzara o se pretendiera llegar a un área silvestre protegida debía buscarse un camino alternativo. ¿Y qué señala el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental acerca del concepto de área protegida? Que se entenderá por tal "cualquier porción de territorio, delimitada geográficamente y establecida mediante acto de autoridad pública, colocada bajo protección oficial con la finalidad de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental".

¿Qué mejores condiciones hay para que tal definición y esas ideas queden protegidas en esta ley?

Ahora bien, como consecuencia de esa definición, para que un área protegida pueda ser considerada como tal debe cumplir con los siguientes tres requisitos fundamentales:

- a) El área debe haber sido creada mediante un acto formal por parte de una autoridad que posea facultades legales para tal efecto.
- b) El objetivo de la creación del área tiene que obedecer a razones ambientales, y
- c) El área debe comprender un territorio geográficamente delimitado.

Por eso que el tema de las áreas protegidas era tan relevante, para que se protegiera de verdad algo que correspondía a un acto de la autoridad destinado a resguardar el medio ambiente.

¿Y cuáles son estas categorías, tan "terribles" y tan "tremendas", que la propia autoridad ha definido como tales y que nosotros queríamos proteger muy fuertemente en este proyecto de ley? Son reservas nacionales, parques nacionales, reservas de regiones vírgenes, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza, parques marinos, reservas marinas, reservas forestales, monumentos históricos, zonas típicas, zonas de conservación histórica, humedales, acuíferos, áreas marinas y costeras protegidas.

Alguien dijo que eran poco menos que el 90 por ciento del territorio.

La verdad es que si la autoridad había definido que dichas áreas debían estar protegidas, nosotros entendíamos que eso debía quedar claramente establecido en una ley que pretendía saltárselas.

Por eso que, en esa línea, decidimos votar en contra, puesto que la norma respectiva, tal como estaba redactada, no protegía las áreas como nosotros esperábamos.

Y el tercer punto, también relevante para nosotros, se refería a quién podía presentar reclamos y el uso de la fuerza pública.

¡Pero miren como está redactado el artículo 67! Y lo voy a leer porque aquí se afirma que no es así. Dice: "Sin perjuicio de la existencia de cualquier reclamación pendiente, sea del concesionario o del dueño del predio, la exhibición del comprobante de pago o de la consignación del valor fijado por la comisión tasadora servirá al concesionario para obtener del Juez de Letras respectivo que lo ponga, sin más trámite, en posesión material de los terrenos".

¡Por favor! Los derechos que acá se ha dicho que están plenamente garantizados y defendidos para quien presente un reclamo se hallan establecidos de esa manera.

Además, se consagra una forma de notificación para ciertos lugares. El artículo 44, relativo a esta notificación, establece una serie de condiciones. Y aquí se están consagrando condiciones especiales de notificación.

Por eso, creemos que, en el fondo, la normativa no cumple con los objetivos que al menos con el Senador Horvath nos propusimos en la discusión. Y por eso hemos sostenido que, en lo concerniente a esas áreas, no se protege debidamente a los pueblos originarios, ni a las áreas silvestres, y que tampoco existe plena garantía para la defensa de los pequeños propietarios, quienes tendrán dificultades al enfrentarse con grandes empresas.

Por todo lo anterior, señor Presidente, somos contrarios a las disposiciones aludidas.

El señor **TUMA**.- Señor Presidente, yo voté en contra de la idea de legislar de este proyecto de concesiones porque no se daba cumplimiento previo al Convenio 169 de la OIT, sobre consulta indígena.

Se dijo: "Se va a consultar a los pueblos indígenas una vez otorgada la concesión", argumentándose que en ese momento todavía no existe ninguna construcción. Pero, en mi opinión, una vez otorgada la concesión no hay vuelta atrás, por lo que la consulta resulta prácticamente innecesaria, o bien el acuerdo que se busca a través de ella parte de un punto distinto del que partiría si la negociación se efectuara antes del otorgamiento de la concesión.

El proyecto se fue así a la Cámara de Diputados, disponiéndose que se consultaría a los indígenas en el momento de la construcción, después de la concesión. Y en la Comisión Mixta se llegó al acuerdo de que se suprimirían los temas relacionados con la consulta, que se aprobaría todo lo que a ellos les gustaba, y que, respecto de lo que resultara complejo desde el punto de vista de satisfacer las demandas indígenas, se enviaría un veto supresivo, para que se aplicara la norma general.

¡Así quedamos en el peor de los mundos! Primero, nos opusimos a la aprobación de la concesión sin previa consulta. Y se dijo "No, la consulta viene en la etapa de la construcción". Ahora, en la Cámara de Diputados, con el acuerdo del Gobierno, se resolvió que la consulta ni siquiera se realizará al momento de la construcción. ¡Sencillamente, no habrá consulta! ¡Se aplicará la norma general! ¿Y cuál es la norma general? Que no hay consulta.

Por lo tanto, señor Presidente, así como voté en contra de este proyecto en el primer trámite en el Senado, en esta oportunidad también me voy a pronunciar en igual forma, pues opino que aquí no quedan considerados los intereses de los pueblos originarios.

He dicho.

Se aprueba el informe de la Comisión Mixta (23 votos contra 6), dejándose constancia de que se reúne el quórum constitucional exigido.

Votaron por la afirmativa las señoras Allende, Alvear, Pérez (doña Lily) y Von Baer y los señores Chahuán, Coloma, Espina, Frei (don Eduardo), García, García-Huidobro, Kuschel, Lagos, Larraín (don Hernán), Larraín (don Carlos), Novoa, Orpis, Pérez Varela, Pizarro, Prokurica, Sabag, Uriarte, Walker (don Ignacio) y Zaldívar (don Andrés).

Votaron por la negativa los señores Girardi, Gómez, Horvath, Letelier, Quintana y Tuma.

El señor PIZARRO (Presidente).- El Senador señor Rossi deja constancia de su intención de voto en contra.

Sesión de 13 de agosto de 2013
Comisión de Gobierno Interior y Regionalización
Cámara de Diputados de la República de Chile
Proyecto de ley sobre Migración y Extranjería, iniciado en Mensaje, con urgencia
calificada de “simple” (Boletín 8970-06)

I. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS DEL PROYECTO

El Proyecto explicita una serie de objetivos centrales de la nueva legislación. Tales objetivos son: a) Promoción de derechos (Art. 3°); b) Procedimiento migratorio informado; c) Integración (Art. 5°); d) Migración regular (Art. 6°); e) Contribución al desarrollo del país (Art. 7°) y; f) Migración segura (Art. 8°).

A su vez, el Proyecto se basa en una selección de principios expresos. Tales principios son: a) Igualdad de derechos y obligaciones (Art 9°); b) Derechos laborales (Art. 10°); c) Acceso a la Salud (Art. 11°); d) Acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal (Art. 12°); e) Acceso a la educación (Art. 13°); f) Reunificación familiar (Art. 14°) y; g) Envío y recepción de remesas (Art. 15°).

II. ELEMENTOS FUNDAMENTALES.

Junto con precisar los objetivos y principios fundamentales de la nueva ley, el Proyecto contempla una serie de componentes centrales. Entre dichos componentes destaca: a) La obligación de contar con una política migratoria bajo permanente análisis; b) Una nueva institucionalidad migratoria (Consejo de Política Migratoria; Una nueva División de Migraciones de la Subsecretaría del Interior; una Autoridad Policial de Control Fronterizo, dependiente de la Policía de Investigaciones y; una Autoridad Migratoria en el Exterior); c) La regulación de las condiciones y requisitos de ingreso y egreso; d) La creación de nuevas categorías migratorias, en función del nivel de arraigo (Permanencia Transitoria –pasiva, activa y tránsito vecinal fronterizo-, Residencia Oficial –diplomáticos y funcionarios de OI-, Residencia Temporal, que se materializa a través de las sub-categorías migratorias y; Residencia Definitiva); e) La regulación de residencia con asilo político; f) Las obligaciones de los medios de transporte internacional, empleadores e instituciones de educación superior; g) Las infracciones y sanciones migratorias (menos graves y graves); h) Expulsión y retorno asistido; i) Medidas de Control Administrativo; j) Recursos Administrativos; k) Reconocimiento de Títulos Profesionales; l) Comunicaciones y notificaciones y; m) Chilenos en el exterior.

· Presentación hecha por los Consultores de UNICEF, Nicolás Espejo Yaksic y Anuar Quesille Vera.

III. ASPECTOS DESTACABLES DEL PROYECTO.

UNICEF valora los siguientes aspectos referidos al proceso de reforma en materia migratoria, como al contenido específico del Proyecto de Ley:

1. Es destacable que el Estado de Chile decida emprender una reforma en materia de normas que regulan, habilitan y explicitan de mejor manera los criterios, principios y derechos fundamentales asociados a los procesos migratorios hacia Chile. En especial, es destacable que esta materia se encuentre regida por una ley emanada del Congreso Nacional, de acuerdo a los procesos formales de creación de la ley en una sociedad democrática y respetuosa de los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.
2. Resulta especialmente positivo que el Proyecto de Ley se fundamente en una serie de principios explícitos, entre los que destacan el de igualdad de derechos y obligaciones, el acceso a la educación y la salud, así como la reunificación familiar, entre otros.
3. El Proyecto de Ley puede constituir un aporte en cuanto determine la obligación legal de contar con una política migratoria bajo permanente revisión, así como con una nueva institucionalidad migratoria.
4. Parece adecuado el que el Proyecto de Ley tenga por uno de sus objetivos centrales el fortalecer la migración segura, así como incentivar la regularización de la situación migratoria, en cuanto dichos procesos puedan asegurar, de mejor manera, los derechos de las personas migrantes, incluidos los niños, niñas y adolescentes migrantes (en adelante, "NNA migrantes").
5. Resulta auspicioso que el Proyecto de Ley reconozca explícitamente la figura del asilo político, garantice el principio de no-devolución y permita solicitar residencia en Chile, ya que ésta es de vital importancia para los NNA migrantes y sus familiares cuya seguridad personal y/o vida se encuentre bajo peligro en el país de origen. Del mismo modo, es destacable que el Proyecto de Ley refuerce la prohibición de la trata de personas, garantice el principio de no devolución y permita a las víctimas de este delito solicitar residencia temporal en Chile.
6. Finalmente, UNICEF valora que el Proyecto de Ley bajo discusión incorpore expresamente distintas disposiciones específicamente referidas a los NNA migrantes, tales como reglas sobre ingreso, acceso a la salud y educación, entre otras.

IV. ASPECTOS DEFICITARIOS DEL PROYECTO.

Sin perjuicio de los aspectos destacables del Proyecto de Ley bajo discusión, UNICEF estima pertinente formular una serie de observaciones sobre el mismo, destinadas a adecuar dicha iniciativa a los estándares de derechos humanos y derechos de la infancia aplicables a los procesos migratorios.

1. Regular la migración: De los incentivos perversos de un sistema focalizado en la migración regular.

La inspiración declarada del Proyecto de Ley es la de construir la migración hacia Chile, en base a una serie de categorías migratorias concedidas formalmente por el Estado. Se espera, en base a un más amplio abanico de categorías migratorias, regular efectivamente el acceso a Chile por la vía del otorgamiento de la visa correspondiente (transitoria, oficial, temporal y definitiva). Basado en una serie de reglas diseñadas para evitar el incumplimientos de las etapas y procesos fijados por el Proyecto de Ley, se espera consolidar una migración segura, descincentivar la migración insegura y hacer compatibles los intereses nacionales con los derechos de los migrantes.

Sin perjuicio de tratarse de una motivación razonable, este supuesto respecto de la migración segura o regular contenido en el Proyecto de Ley posee un déficit fundamental: puede dejar a miles de niños, niñas y adolescentes migrantes (en adelante “NNA migrantes”) y sus familiares, en una situación de profunda desprotección. Lo anterior se debe a dos razones:

En primer lugar, el hecho de que los flujos migratorios son, por definición, procesos complejos que mezclan migración regular con irregular, especialmente en períodos de alza en la demanda laboral en el país receptor y la presión por la reunificación familiar que sigue a ella. En otras palabras, Chile seguirá recibiendo a distintos tipos de NNA migrantes y sus familiares: a) aquellos que, en razón de su nacionalidad, condición económica, política o cultural, postularán a alguna de las visas que el Proyecto de Ley contempla y; b) aquellos que, por los mismos criterios anteriores, llegarán al país con fines de migración no declarados y se quedarán en Chile. La legislación migratoria debe buscar la forma de garantizar los derechos de todos los NNA migrantes y sus familiares, sea que estén en una u otra de las hipótesis anteriores.

En segundo lugar, en la medida que el Proyecto de Ley genere una serie de reglas e incentivos para favorecer y consolidar la migración regular (descincentivando, supuestamente, la migración irregular), ello puede no sólo tener el efecto de consolidar los procesos migratorios de forma regulada, sino también, generar incentivos perversos sobre la migración irregular. Dicho con otras palabras, si es que la nueva legislación migratoria Chilena se ocupará de la migración regular, castigando de una u otra forma a la migración irregular, no habrá incentivos para que los funcionarios públicos, las políticas migratorias o los propios migrantes en situación irregular, recurran a la ley para proteger los derechos de estos últimos. Habrá, así, dos leyes de migración y extranjería: a) aquella que reconoce derechos y garantías a los

NNA migrantes y sus familiares que se encuentran en una de las categorías migratorias reconocidas por la ley y; b) aquella que, fuera de los parámetros de la ley y de la protección que ella otorga, deben enfrentar los NNA migrantes y sus familiares que se encuentran en una situación migratoria irregular.

En este orden de cosas, UNICEF considera que una nueva legislación migratoria debe ser pertinente para la promoción, respeto y garantía de los derechos de todos los NNA migrantes y sus familiares, con independencia de las preferencias de política pública que el Estado de Chile adopte respecto de la promoción, incentivo o apoyo a ciertas categorías migratorias y su impacto en el país.

2. De los derechos a las *garantías a todos los NNA migrantes y sus familiares, incluida la migración irregular.*

En parte relacionado con el punto anterior, uno de los aspectos más problemáticos del Proyecto de Ley radica en su carácter excesivamente programático. Esto es, y tal como se ha reconocido, el Proyecto declara una serie de principios y derechos, pero no establece un sistema expreso de garantías legales, administrativas y judiciales que permitan a los NNA migrantes y sus familiares exigir el cumplimiento de los estándares normativos fijados por la ley. Ejemplo de lo anterior es la ausencia de garantías procesales expresas que permitan contar con asistencia y defensa jurídica para la defensa de los derechos de los NNA migrantes y sus familiares o instancias de revisión y/o reclamación en las que se considere formalmente el principio del interés superior del niño como criterio definitorio de alguna decisión administrativa o judicial.

A su vez, los derechos reconocidos en el Proyecto de Ley reducen sustancialmente su campo de acción o cobertura al distinguir la aplicación de algunos principios y derechos sólo a los “residentes”. Así, por ejemplo, el Proyecto reconoce la igualdad de derechos y obligaciones (Art. 9º), los derechos laborales (Art. 10º), la seguridad social y beneficios de cargo fiscal (art. 12º), el acceso a la educación (Art. 13º), así como el reenvío y recepción de remesas (Art. 15º) a “*los extranjeros*”, mientras que reconoce el derecho a acceso a la salud (Art. 11º) y a la reunificación familiar (Art. 14º) sólo a los “*residentes*”. Se trata de una distinción arbitraria y discriminatoria, toda vez que la sólo condición o estatus migratorio no puede ser considerada como justificación para denegar el acceso a derechos básicos reconocidos a otros migrantes y/o nacionales.

3. Principios y derechos: Interés superior del niño, salud y educación, debido proceso, no separación familiar y derecho a la identidad.

Junto a los comentarios recién formulados respecto de la necesidad de establecer garantías específicas para los derechos de los migrantes, UNICEF estima que existen algunas consideraciones críticas adicionales a la sección sobre principios y derechos del Proyecto de Ley. Estas son las siguientes:

3.1. Necesidad de reconocer expresamente el principio del Interés Superior de los NNA migrantes.

Al ser portadores de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y la propia Constitución Política de la República de Chile, los NNA migrantes son titulares de todos los derechos que se reconocen a la persona humana. Esto es, con plena independencia de su estatus migratorio (regular o irregular) o de su nacionalidad, los niños migrantes gozan del catálogo general de derechos humanos que el Estado de Chile se ha obligado a respetar y garantizar. Con todo, y dadas las dificultades materiales que experimentan los NNA migrantes y sus familiares para obtener la protección efectiva de sus derechos, resulta necesario reconocer y precisar en la ley, el principio del interés superior del niño, reconocido en el art 3º de la Convención de Naciones Unidas Sobre Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Chile y plenamente vigente. En este caso, el principio del *interés superior del NNA migrante* debe ser entendido como la maximización concurrente de los todos los derechos y garantías de los NNA migrantes (y sus familiares cuando corresponda), en especial de aquellos que se ejercen en el contexto de su ingreso al país, residencia, permanencia definitiva, egreso, reingreso, expulsión y control.

3.2. Garantizar efectivamente el pleno acceso a la salud y la educación para los NNA migrantes.

Las restricciones al pleno acceso a las prestaciones sanitarias y de educación para los migrantes se modulan cuando el Proyecto de Ley garantiza en sus artículos 11º y 13º, respectivamente, el derecho al acceso a la atención de salud a menores; de embarazo, parto y puerperios; y de urgencia, todo en ello en establecimientos dependientes del Estado, así como el acceso a enseñanza a los menores de edad, en establecimientos que no sean 100% privados. Con todo, esas mismas reglas resultan inadecuadas al “garantizar” dicho acceso a la salud y la educación “sólo” en establecimiento de salud dependientes del Estado y en escuelas y colegios con alguna forma de dependencia estatal o municipal, dejando fuera de dicha garantía, a los sistemas privados de salud y educación.

En materia de derechos sociales de los NNA migrantes, el Estado de Chile tiene, a lo menos, tres obligaciones específicas. En primer lugar, la obligación de *respetar* los derechos sociales importa el cumplimiento de una obligación de carácter negativo, en virtud de la cual el Estado se compromete a no dañar los derechos sociales de los NNA migrantes, por ejemplo, a través de actos de discriminación que importen la privación de alguno de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la legislación interna. En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de *proteger* los derechos sociales de los NNA migrantes, adoptando al efecto, medidas legislativas o de otra índole, destinadas a impedir que terceros –particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre– menoscaben en modo alguno el disfrute de tales derechos. En tercer lugar, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para *cumplir* con plena efectividad el derecho a los derechos sociales de los NNA migrantes. Esta última

obligación, a su vez, se divide en tres sub-obligaciones específicas: *Facilitar* (que exige adoptar medidas positivas que permitan y ayuden a los niños migrantes, sus familias y comunidades a ejercer los derechos sociales); *Promover* (que impone al Estado la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca de los derechos sociales de los NNA migrantes) y; *Garantizar* (que implica el deber de hacer efectivos los derechos sociales en aquellos casos en que los niños migrantes o sus familias no estén en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos esos derechos con los medios a su disposición)

3.3. Necesidad de reconocer expresamente el derecho al debido proceso para NNA migrantes y sus familiares.

Como se ha indicado, el Proyecto de Ley no reconoce expresamente un derecho al debido proceso para los migrantes o extranjeros que se encuentran en Chile. Esta omisión es importante, dada la gravitación de este derecho para la garantía de todos los demás derechos que asisten a los migrantes. En efecto, y como es bien sabido, en el ámbito migratorio predominan los procesos de tipo administrativo, sin perjuicio de las mayores o menores facultades que cada país otorga a los tribunales de justicia. La Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y sus Familias de la OEA ha indicado que en todo procedimiento de carácter no penal a que pueda verse sometido un trabajador migrante, debe regir un cierto *quantum* de debido proceso, siendo indispensable que, en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública se adopten solo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades. Es más, en aquellos casos en que las personas involucradas en el proceso son niños o niñas, se mantiene y refuerza el deber de asegurarles las garantías fundamentales de debido proceso.

Del mismo modo, cuando los Estados han determinado alguna decisión administrativa que impacta los derechos de los migrantes (sean adultos o niños), a estos últimos les asiste, independientemente de su situación legal en lo que concierne a la migración, el derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley. Como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el elenco de garantías mínimas del derecho al debido proceso se aplica a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto es, los NNA migrantes tienen pleno derecho a acceder a las garantías del debido proceso, tanto a nivel administrativo como judicial. A tales garantías generales han de sumarse, a su vez, aquellas garantías específicas, como el derecho a la asistencia consular, la prohibición de dictar expulsiones colectivas (que obliga al examen individual de la situación de cada persona) y el derecho a contar con la asistencia de un intérprete.

Otro elemento fundamental del debido proceso legal es la posibilidad de contar con asistencia jurídica, en el marco de los procedimientos migratorios en los cuales puede definirse la entrada, la adquisición de un permiso de estancia o la expulsión del país de una persona. Tal como ocurre en otros procedimientos jurídicos, las personas que no pueden pagar los costos de un asesor legal deben tener acceso a un asesoramiento gratuito. En el caso de las personas migrantes, y particularmente de quienes se

encuentran en situación migratoria irregular, incluidos los niños y especialmente aquellos no acompañados, la gratuidad es imprescindible. Por ello, es necesario que los Estados diseñen e implementen políticas públicas que permitan asegurar el acceso a ese derecho en el marco de los procedimientos migratorios. Finalmente, la verificación de las garantías del debido proceso y de todos los demás derechos de los que los NNA migrantes son titulares, importa la posibilidad formal y material de acceder a un recurso efectivo y a una protección judicial adecuada.

La legislación comparada reconoce diversos recursos dirigidos a cuestionar las decisiones migratorias, plantea opciones variadas en relación con los plazos de presentación de dichos cuestionamientos, siendo éstos en algunos casos de horas y en otros de semanas. Los plazos muy breves corren el riesgo de provocar la pérdida de efectividad de los recursos y, por ende, la imposibilidad de ejercer el derecho. A su vez, la ineficacia de los recursos en esta clase de procesos puede aumentar cuando no existen políticas o mecanismos que provean a las personas migrantes de la información necesaria para interponer los recursos. De hecho, puede darse que la decisión (de no ingreso, por ejemplo) se comunique oralmente y no por escrito, careciendo además de los fundamentos necesarios. También puede ocurrir que la resolución no se notifique fehacientemente a la persona. En estos casos, los recursos pueden resultar inefectivos si las normas prevén plazos breves de apelación, si la resolución no informa por escrito cuáles son los recursos disponibles y cuáles son los plazos para presentarlos.

3.4. Necesidad de reconocer expresamente el principio de no separación familiar.

En su artículo 14º, el Proyecto de Ley reconoce el derecho de los residentes a solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o conviviente, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 24 años que estudien en una institución educacional reconocida por el Estado y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría.

Si bien es destacable que se reconozca el derecho a la reunificación familiar, el Proyecto de Ley no contempla una disposición equivalente, destinada a proteger el derecho que tienen los NNA migrantes a no ser separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos, así como el derecho a contar con una serie de garantías para velar por este derecho.¹ En efecto, son numerosas las medidas que los Estados adoptan regularmente en el ámbito de las políticas migratorias, referidas al ingreso, la permanencia o la salida de migrantes, y que pueden generar un impacto determinante en la unidad o separación de la familia. De este modo, decisiones sobre la solicitud de entrada al país o de adquisición o renovación de un permiso de residencia, o bien la resolución sobre una eventual expulsión del territorio de un niño o sus padres, pueden afectar positiva o negativamente el derecho a la vida familiar de los NNA migrantes. En este orden de cosas, resulta fundamental que la legislación Chilena observe ciertos criterios especiales para garantizar el derecho de los niños a vivir en familia, entre los

¹ Convención Sobre los Derechos del Niños de la ONU, Artículo 9.

que se destaca el derecho a la protección preferente al derecho a la vida familiar del niño, en caso de disponerse la expulsión de los padres.

El Estado debe velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en consideración al interés superior del niño. Lo anterior importa reconocer el cumplimiento concurrente de a lo menos tres obligaciones precisas: 1) Respetar el principio de unidad familiar como criterio orientador de toda decisión migratoria; 2) Respetar y garantizar el acceso a la justicia – en conformidad con las reglas del debido proceso ya identificadas– para todo migrante respecto del cual se haya decretado la medida de expulsión y; 3) Acreditar que toda decisión administrativa y judicial en materia de expulsión resulta indispensable para garantizar el interés superior del niño migrante, cuestión que importará siempre, y garantizar el derecho del niño migrante a ser oído en dichos procesos.

3.5. Necesidad de reconocer expresamente el derecho de los NNA migrantes a ser inscritos, a tener un nombre y a la nacionalidad (plena identidad).

El artículo 166º del Proyecto de Ley dispone que, para los efectos de otorgar la nacionalidad chilena a los hijos de extranjeros nacidos en Chile, de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política de la República, se entenderá por *transeúnte* a quien se encuentre en el país con permiso de permanencia transitoria o en Condición Migratoria Irregular. A su vez, el inciso 2º de dicho artículo establece que, en caso que el hijo de un extranjero transeúnte nacido en Chile no tenga derecho a nacionalidad alguna, cualquiera de sus padres en su representación podrá optar a la nacionalidad chilena dentro del plazo de un año contado desde su nacimiento, pudiendo declarar dicha opción ante las autoridades y en las condiciones señaladas en el artículo 10 del Decreto Supremo N° 5.142, del Ministerio del Interior, de 1960, que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros.

Si bien esta disposición parece intentar evitar la apatridia de los NNA migrantes, al permitir que los padres de hijos que carecen de una nacionalidad extranjera puedan optar a la nacionalidad chilena, tal disposición para contraria a la Convención Sobre los Derechos del Niño y a la propia Constitución Política de la República de Chile.

El derecho a adquirir una nacionalidad es fundamental para el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por la propia legislación interna². Por ello es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a esta materia, ha señalado que la privación del derecho a la nacionalidad no solo puede derivar en una condición de apatridia del niño (como parece intentar evitar el artículo 166º del Proyecto de Ley), sino también en la afectación del desarrollo de su personalidad y de su derecho a la personalidad

² Además de lo dispuesto en el artículo 7 de la CDN, el derecho a la nacionalidad se encuentra reconocido en los artículos 14 y 15, respectivamente, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

jurídica³. Esto es, sin perjuicio del carácter regular o irregular de la situación migratoria de los padres, los hijos nacidos en el país de destino tienen el derecho a ser inscriptos al nacer, a recibir un certificado de dicho nacimiento, a un nombre *y, adicionalmente*, a la nacionalidad.

Tratándose de la regulación del derecho a la nacionalidad, la Constitución Política de la República de Chile reconoce tanto los principios de *ius solis* (en conformidad al cual es considerado chileno el que nace en Chile) como el principio de *ius sanguini* (que establece que es chileno el hijo de chilenos). Tratándose del primer principio, la Constitución Política dispone, a su vez, que las personas que nacen en territorio nacional son chilenas, a excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y los hijos de extranjeros transeúntes⁴.

Sin perjuicio del sentido y alcance natural de la expresión “transeúnte”, las autoridades migratorias Chilenas han aplicado esta disposición a la descendencia nacida en Chile de padres en situación migratoria irregular (cuestión que ahora, el Proyecto de Ley pretende positivizar en su artículo 166º). Sin embargo, tal interpretación de la expresión “transeúnte” ha sido rechazado tanto por la Contraloría General de la República⁵, como por la propia Corte Suprema de Chile⁶, siendo necesario despejar toda duda sobre la indebida utilización de la categoría de extranjero transeúnte a los migrantes en situación irregular. En esta materia, como lo ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el principio central es que “para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente

³ El estatus migratorio de una persona, en palabras de la Corte Interamericana, “no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos”. Cfr., Corte IDH, caso Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párr. 156, 167, 175-178.

⁴ “Artículo 10. Constitución Política de la República de Chile.

⁵ “(...) en el caso particular de la inscripción del nacimiento de hijos de extranjeros que no permanecen legalmente en el país, inciden otros elementos que deben considerarse: la Constitución establece en su art/1 incisos 2 y final, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento, y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Por otra parte, debe tenerse presente que tales hijos de extranjeros, que podrían llegar a ser chilenos acorde a lo citado en el art/10 núm./1 de la ley superior, carecen de responsabilidad por la situación ilegal de sus padres”. Contraloría General de la República, *Dictamen 6197, del 17 de febrero de 1998*, citado en Informe Anual sobre de Derechos Humanos en Chile, UDP (2009), Santiago de Chile, p. 261.

⁶ La Corte Suprema ha considerado que toda vez que el término “transeúnte” no se encuentra definido en la ley, éste debiera entenderse en su sentido natural y obvio, tal y como dispone el artículo 20 del Código Civil. Al seguir esta interpretación natural del término, la Corte ha acogido reclamaciones en las que rechaza la calificación administrativa de “transeúnte” en casos de personas que, evidentemente, no se encuentran de paso. Con ello, los derechos a la nacionalidad de los hijos de esos extranjeros han pasado a ser respetados en conformidad a lo dispuesto por el artículo 10, N°1, de la Constitución Política de la República. Cfr., Corte Suprema, *Helvi Nestares Alcántara con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y otro, Rol 6073-2009, 28 de diciembre de 2009*. Una presentación de este caso en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, UDP (2010), Santiago de Chile, p. 247.

con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito”⁷.

A su vez, y más allá de la cuestión específica del derecho a la nacionalidad, el Proyecto de Ley carece de disposiciones específicas y necesarias, destinadas a reconocer y garantizar el derecho *a la inscripción y a un nombre*. Según lo dispuesto por el Artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, todos los niños y niñas (sin distinción) deben ser inscritos “inmediatamente después de su nacimiento” y tendrán, desde que nacen, derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad. A su vez, y en conformidad con lo señalado por el Artículo 8 del mismo tratado internacional, los Estados se obligan a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre.

Sin perjuicio del reconocimiento de los derechos a la inscripción, el nombre y la nacionalidad, resulta frecuente que los padres migrantes en situación migratoria irregular no registren a sus hijos, pese a que cuando estos nacen tengan derecho por ley a ser registrados y a obtener la nacionalidad en los países de destino. Lo anterior no se debe a que estos padres ignoren la importancia de la inscripción de sus hijos, sino al temor a ser identificados y sancionados por las autoridades de migración. A consecuencia de ello, los niños migrantes se ven expuestos a carecer de una documentación apropiada, lo que se traduce en la vulneración de derechos como la apatridia o la falta de nacionalidad.

En el caso de las niñas y niños hijos de migrantes, la inscripción y el registro de su nacimiento resulta de vital importancia y debe llevarse a cabo independientemente de la condición migratoria de los padres, es decir, se encuentren estos regular o irregularmente en el país. Ello porque la inscripción y el registro del nacimiento, así como la concesión de un nombre, no solo son elementos esenciales para el reconocimiento de la personalidad jurídica sino que constituyen un presupuesto básico e indispensable para el acceso a otros derechos fundamentales, y pueden representar un factor determinante para la integración social y la regularización migratoria de la familia en el país de destino.

4. Facilitar la regularización del estatus migratorio irregular: Cambio de categoría migratoria.

Conforme al artículo 38º del Proyecto de Ley, la permanencia transitoria es el permiso otorgado por la Subsecretaría del Interior a los extranjeros que ingresan al país sin intenciones de establecerse en él, que los autoriza a permanecer en territorio nacional por un periodo limitado. A su vez, según lo dispuesto por el artículo 49º del mismo Proyecto de Ley, los titulares de permiso de permanencia transitoria que se encuentren en el país no podrán postular a un Permiso de Residencia, salvo que

⁷ Corte IDH, caso *Yean y Bosico* c. República Dominicana, *ver supra nota 67*, párr. 157. En un mismo sentido, respecto de la utilización arbitraria de los términos “transeúnte” o “en tránsito”, cfr., Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, *Observaciones Finales, República Dominicana*, CERD/C/DOM/CO/12, del 16 de mayo de 2008, párr. 14

existan excepciones contempladas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Un número importante de los migrantes y sus familiares que se encuentran en situación migratoria irregular corresponde a extranjeros que han entrado al país sin la intención “oficial” de permanecer en Chile. Autorizados a entrar al país como “turistas” (y de acuerdo al Proyecto de Ley como extranjeros con permiso de permanencia transitoria), aquellos migrantes que carecen de los requisitos exigidos por la legislación interna para obtener una visa que los habilite a permanecer en el país de modo más o menos permanente y desarrollar funciones laborales formales, ingresarán a Chile como extranjeros con permiso de permanencia transitoria. Sin embargo, y dado que el Proyecto de Ley prohíbe a quienes poseen un permiso de permanencia transitoria a postular a un permiso de residencia, UNICEF considera que uno de los efectos importantes de esta regla será la falta de regularización legal de aquellos migrantes en situación migratoria irregular, y la mantención de las condiciones de vulnerabilidad y abuso a sus derechos asociada a dicho estatus.

La regularización de una situación de facto de características masivas y permanentes, como es la migración irregular de países nacionales de países no beneficiados por acuerdos sobre residencia con el Estado de Chile, es fundamental para proveer de una protección integral a los derechos de todos los NNA migrantes, sin discriminación.

5. Prohibiciones de ingreso y expulsiones: Garantizar el principio de presunción de inocencia e incluir la consideración prioritaria del interés superior del NNA migrante.

En materia de prohibiciones de ingreso a Chile, el Proyecto de Ley establece:

“Artículo 26.- *Prohibiciones imperativas. Se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que:*

1. *Posean antecedentes acreditados de conformidad a la legislación de sus respectivos países o registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal, de pertenecer 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;*

2. *Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria ha determinado que constituyen causal de impedimento de ingreso a Chile;*

3. *Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los dos años anteriores;*

4. *Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida;*

5. *Hayan sido condenados 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;*

6. *Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y,*

7. *No cumplan los requisitos de ingreso establecidos en esta ley, su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las Categorías Migratorias.*

Artículo 27.- **Prohibiciones facultativas.** *Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional a los extranjeros que:*

1. *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;*

2. *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;*

3. *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);*

4. *Hayan sido condenados en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita, o no haya sido efectivamente cumplida, exceptuando aquellos casos en que deban reingresar al país para efectos de dar cumplimiento a la condena; y,*

5. *Hayan sido expulsados o deportados de otro país por autoridad competente.*

En estos casos, la Policía podrá permitir el ingreso previa autorización de la Subsecretaría del Interior, la cual deberá ser consultada inmediatamente y por la vía más rápida. Para estos efectos, la Subsecretaría del Interior podrá dictar instrucciones generales señalando los casos y condiciones en que la autorización previa no será necesaria. La Policía deberá informar a la Subsecretaría del Interior de las medidas adoptadas respecto de los extranjeros sujetos a causales facultativas de prohibiciones de ingreso."

Como se puede advertir de las disposiciones anteriores, el Proyecto de Ley contempla, sin distinguir, una serie de hipótesis de prohibición de ingreso imperativas y facultativas. Sin perjuicio de los amplias facultades que asisten a los Estados en materia de fijación de los criterios para reglar el ingreso al país, UNICEF estima que los artículo 26º y 27º del Proyecto de Ley contienen algunas disposiciones que pueden importar una violación a los derechos fundamentales de los NAA migrantes y sus familiares. Así, el numeral 7º del artículo 26º (prohibiciones imperativas), contempla una regla extremadamente abierta para la determinación por vía administrativas de las causales de prohibición de ingreso al país: se deja a la discrecionalidad administrativa, fuera del principio de reserva legal, la restricción al derecho a ingresar al país, vía futuro reglamento y decretos sobre categorías migratorias. A su vez, el numeral 2º del artículo 27º faculta la negativa de acceso al país incluso para personas con "procesos judiciales pendientes en el extranjero", en abierta contradicción con el principio de inocencia reconocido tanto en la Constitución Política de la República como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una preocupación similar se puede advertir respecto del numeral 3º del artículo 27º del Proyecto de Ley, que faculta a negar el acceso al país a quienes "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)". Dicha regla abierta sobre "antecedentes policiales negativos" puede facultar una interpretación discrecional,

indeterminada y que pueda restringir imparcial e intensamente el ejercicio del derecho a ingresar al país a NNA migrantes y/o sus familiares por el sólo registro, como “negativo”, de un incidente con cualquier policía del mundo.

Finalmente, resulta pertinente llamar la atención respecto a la consideración especial por los derechos de los NNA migrantes en aquellos casos en los que la autoridad determine la expulsión del país, de los padres, guardadores o tutores de un NNA migrante. A estos efectos, el numeral 6º del artículo 120º del Proyecto de Ley (sobre consideraciones previas a la dictación de una medida de expulsión), dispone que la autoridad debe considerar el “tener hijos chilenos o extranjeros con Residencia definitiva, así como la edad de los mismos y la naturaleza del vínculo”.

Si bien ésta es una disposición que parece ordenarse adecuadamente hacia la consideración del derecho a no separación familiar de los NNA migrantes respecto de sus padres, el numeral 6º del artículo 120º reduce injustificadamente dicho derecho sólo a aquellos NNA migrantes con residencia definitiva. De este modo, el derecho a la vida familiar de los NNA migrantes sujetos a otro tipo de residencia (transitoria o temporal) o en un situación migratoria irregular no será tomado en cuenta como criterio previo a una medida de expulsión de sus padres, con las evidentes consecuencias negativas.

6. Sobre la necesidad de reformular y fortalecer las reglas sobre protección de los NNA migrantes no acompañados que ingresan al país.

De conformidad al artículo 123º del Proyecto de Ley, los menores de 18 años extranjeros no acompañados o que no cuenten con la autorización del artículo 22 no podrán ser expulsados. Sin perjuicio de ello, podrán ser sujetos a un procedimiento de retorno asistido al país del cual son nacionales, coordinado por la autoridad encargada de la protección de menores. Las condiciones bajo las cuales se implementará dicho procedimiento serán establecidas en el reglamento. A su vez, en virtud del inciso 2º de dicho artículo, el retorno asistido sólo podrá suspenderse por razones de fuerza mayor y deberá reanudarse una vez que dicha causa haya sido superada. Finalmente, y de acuerdo a lo que dispone el inciso 3º del artículo 123º del Proyecto de Ley, los menores de 18 años de edad no acompañados o autorizados quedarán bajo la tuición de la autoridad encargada de la protección de menores mientras dura el procedimiento de retorno asistido. No podrá privarse de libertad a extranjeros menores de edad para hacer efectiva esta medida.

Sin perjuicio de la intención por otorgar protección a los NNA migrantes no acompañados, UNICEF estima que el artículo 123º del Proyecto de Ley exhibe algunos problemas considerables. En efecto, en esta materia, el Estado debe tener en cuenta el principio de no devolución de los niños no acompañados o separados de sus padres, en virtud del cual los niños solo deben ser repatriados sólo si ello redundaría en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales. Lo anterior importa reconocer el cumplimiento concurrente de algunas obligaciones precisas: 1) Acreditar que toda decisión sobre retorno asistido resultará indispensable para garantizar su interés superior, cuestión que importará

siempre garantizar el derecho del NNA migrante a ser oído en el proceso; 2) Considerar, como ha indicado el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que entre los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias a los que se refiere el Proyecto de ley podrían encontrarse niños necesitados de protección internacional bajo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 así como otras situaciones que requieren de la adopción de medidas específicas para la salvaguarda y garantía de los derechos de la niñez migrante en general (Ley No. 20.430); 3) En el caso que se identifique a un niño/a no acompañado o separado con una necesidad de protección internacional relacionada no corresponde promover un proceso de retorno asistido, sino facilitar su acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado; 4) A la luz del principio de no devolución, el Estado debe evitar que las personas corran el riesgo de ser rechazadas en la frontera o bien devueltas a su país de origen y; 5) Las autoridades competentes podrán considerar a la luz del interés superior del niño eventualmente la reunificación familiar en el país de destino.

7. Necesidad de fortalecer los derechos de los migrantes, incluidos los NNA migrantes, en la Política Migratoria y en el Consejo de Política Migratoria.

Un último aspecto sobre el Proyecto de Ley que UNICEF desea destacar se relaciona con la necesidad de fortalecer la consideración a los derechos de los migrantes, incluidos los NNA migrantes, como elementos centrales en la definición de la Política Nacional de Migración y Extranjería. A estos efectos, UNICEF sugiere la inclusión expresa al artículo 16º del Proyecto de Ley, de un numeral sobre los derechos de los migrantes y sus familiares, como elemento central que debe considerar la Política Nacional de Migración y Extranjería definida por el Presidente de la República.

Finalmente, y con el mismo objeto de fortalecer una perspectiva social, cultural y de derechos humanos en la legislación e institucionalidad migratoria, coherente los objetivos declarados por el Proyecto de Ley, UNICEF sugiere ampliar la composición oficial del Consejo de Política Migratoria establecido en el artículo 152º. En este orden de cosas, se considera adecuado incluir a aquellos Ministros que firman el Proyecto de Ley (dando cuenta de su carácter amplio y no sólo vinculado a aspectos de seguridad interior y hacienda), como los Ministros de Desarrollo Social, Educación, Salud, Economía, Fomento y Turismo, Justicia, Trabajo y Previsión Social.