

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2014
ISBN: xxx-xxx-xxx-xxx-x

Editor general
Tomás Vial Solar
Edición
Sergio Missana

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

INDICE

| | |
|--|-----|
| Presentación | 09 |
| 1. ¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones pos-dictadura. | 21 |
| 2. La huelga, un derecho fundamental. | 63 |
| 3. Trabajadoras de casa particular: invisibilizadas y discriminadas. | 109 |
| 4. Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile. | 157 |
| 5. Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos. | 203 |
| 6. El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad. | 245 |
| 7. Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal. | 291 |
| 8. Derechos de los migrantes y refugiados. | 333 |
| 9. Derecho a la salud mental: la infancia olvidada. | 377 |
| 10. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. | 417 |
| 11. El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile. | 447 |

12. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. 477

Biografías autores Informe 2014 493

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su duodécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2013 y mediados del presente año en diversos aspectos de los derechos humanos vigentes en Chile.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad, desde esa óptica, aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad, teniendo además en consideración las experiencias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprehensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su inicio, ha sido presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 12 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Justicia Transicional (antes de Derechos Humanos) de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, y realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando

a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que, en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades, aún falta un largo camino por recorrer, sin perjuicio de valorar positivamente los recientes anuncios del gobierno en esta materia. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Instituto Médico Legal o la PDI, destacando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Respecto a estos diversos aspectos, la autora recomienda al Estado de Chile, entre otras cosas, la derogación o el dejar sin efecto la ley de Amnistía, el establecimiento de una instancia permanente de calificación de las víctimas y sobrevivientes de violaciones de DD.HH., y la provisión de asesoría y representación a las víctimas de tortura y prisión política.

Los derechos de los trabajadores y trabajadoras en Chile son el tema común de dos de los capítulos del *Informe 2014*. Los profesores César Toledo y Karla Varas, en el capítulo “La huelga, un derecho fundamental”, analizan acuciosamente—en relación a las normas internacionales—la actual normativa del Código del Trabajo respecto al derecho a la huelga, así como también la situación de los funcionarios públicos en esta materia. Los autores afirman que el panorama es bastante desolador, pues no solo existe una deuda en materia legislativa, sino también en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por empleadores tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: resaltando situaciones puntuales de violencia invisibilizando el conflicto laboral de fondo que está detrás. Ante esta realidad, dos de las recomendaciones más relevantes son la de promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia, por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile, y consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales, en el sentido estricto del término, de acuerdo a los estándares de la OIT.

La situación de las trabajadoras de casa particular (TCP) es el tema abordado por las investigadoras Lidia Casas y Helena Olea en el capítulo titulado “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y dis-

criminadas”. El propósito del capítulo es analizar la situación de las trabajadoras de casa particular en Chile a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se consideran elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Se aborda también la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa y judicial. Por último, se analizan los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. En la investigación se aprecia también el importante aspecto migratorio que presenta hoy en Chile el trabajo doméstico. Las autoras concluyen que un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de los derechos de las TCP, como el que existe hoy, perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y que las actuales políticas migratorias facilitan el abuso. A fin de remediar estas graves violaciones a los derechos, las autoras recomiendan, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos de las TCP con el resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un régimen de gradualidad, y diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP.

La problemática de los pueblos indígenas en Chile y el respeto de sus derechos humanos ha sido una constante de los diversos *Informes*. En este año se quiso analizar dos aspectos centrales de ella y que han sido además objeto de intenso debate público: la política de entrega de tierras y la exigencia de mecanismos de consulta libre, previa e informada respecto a los asuntos que afecten a los pueblos y comunidades indígenas en el contexto de proyectos de inversión en el norte de Chile.

La investigadora Antonia Rivas aborda el primer tema en el capítulo titulado “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”. En él se analizan los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado, las situaciones especiales de cada pueblo indígena, y los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios. El estudio concluye afirmando que, lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y la sociedad chilena. Junto con ello, las deficiencias de la legislación y en la política pública, en particular la operación deficiente del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI y la demora en la titulación de las tierras fiscales, indican que se trata de una política pública fuertemen-

te expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Se señala también que se trata de una política pública fuertemente reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, que no tiene un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas. Y, junto con ello, la sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. A fin de avanzar en la solución de estas demandas, se recomienda generar un proceso participativo, impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios, las políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales; incrementar los presupuestos destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar la restitución a los pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados; y considerar la utilización de nuevos mecanismos como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado en la restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.

La exigencia de una consulta previa, libre e informada (CLPI) respecto a los actos que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas es el tema desarrollado por los investigadores Alonso Barros y Judith Schönsteiner en el capítulo “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. El capítulo analiza, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la CPLI en relación a proyectos de inversión mineros en Chile; revisa el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del SEIA (DS 40), así como en el proceso de la “Mesa de Consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la CPLI en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN; y evalúa en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si le permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia. Se concluye que, tanto los procesos de elaboración de esos instrumentos como en lo sustantivo no se satisfacen los estándares impuestos por el derecho internacional. Ante esto, se recomienda dar

prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que se obligue a la CPLI de *todos* los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo analiza los estándares requeridos por parte de los inversionistas, especialmente en los casos que el Estado no cumple con su deber de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, se recomienda que las empresas mineras debieran cumplir con los estándares internacionales aun en situaciones en las que el Estado no requiere la consulta, tales como el otorgamiento de concesiones, derechos de aguas, o exploraciones.

Para el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la UDP ha sido una constante preocupación el análisis de la situación de nuestro sistema carcelario y las políticas criminales desde la perspectiva de los derechos humanos. Este *Informe* no es la excepción: en el trabajo de los investigadores Olga Espinoza, Fernando Martínez y Guillermo Sanhueza, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, se aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos, durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. De esta forma, se logra contrastar el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de auto reporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones. En lo central se concluye que en Chile los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Se señala que persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en una considerable cantidad de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria, pero, por sobre ello, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabiertos (Centros de Educación y Trabajo) y abierto. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal, potenciando el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, así como intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura; aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales, así como del personal técnico. Ello incluye seguir incorporando transversalmente un enfoque de derechos humanos en la

formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de re-inserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.

El análisis, desde una perspectiva de los derechos humanos, de los organismos genéticamente modificados (OGM) es el tema que aborda la investigadora Ignacia Mewes en su capítulo “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”. En él se identifican y analizan los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su empleo genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Al respecto, el capítulo destaca la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, ratificar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano, y dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia.

Una de las áreas más relevantes de la labor del Centro de Derecho Humanos de la UDP, manifestada en la existencia de una Clínica de Migrantes y Refugiados y en capítulos de *Informes* anteriores, es la realidad de migrantes y refugiados en Chile. En este año, el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” fue elaborado por los investigadores Patricio Rojas y Víctor Hugo Lagos, los que realizan un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos producto de una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, alternativas para la efectiva protección de estos derechos y, por otra parte, realizando un análisis acerca de la efectividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en el país desde 2010. Se concluye, en base al tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado, que Chile necesita un cambio legislativo en la materia para responder al fenómeno migratorio actual. Chile

carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche que no han tenido una debida aplicación en los casos que lo ameriten. En materia de refugio, si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance en lo relativo a la temática y en general de la legislación relativa a los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país, su aplicación, al menos hasta el 2013, no fue satisfactoria respecto a los estándares de derechos humanos, lo que provoca que Chile vulnere los instrumentos internacionales ratificados. En base a lo anterior, se recomienda que el Estado de Chile lleve a cabo un nuevo marco regulatorio en materia de migración, el que en su discusión y aprobación debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados; en materia de protección de refugiados, es necesario que elimine las prácticas arbitrarias que limitan el ejercicio pleno del derecho al asilo. Por último, se recomienda corregir las prácticas discriminatorias en frontera por parte de la PDI, en particular mejorando el monitoreo y la capacitación de los funcionarios.

En el *Informe 2013* se abordó una temática novedosa, al menos en Chile, en materia de derechos humanos: la salud mental como derecho humano. Este año, profundizando esta línea, las investigadoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en su capítulo titulado “Derecho a la salud mental: La infancia olvidada”, estudian cómo el Estado cumple sus obligaciones en esta materia particular. Para ello, el capítulo examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes (NNA) chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos y las posibilidades de acceso a la promoción y a la atención en salud mental. Se concluye que los resultados son dramáticos y se constata la presencia de importantes inequidades sociales, que, mediante procesos de discriminación, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando con ello los derechos de NNA. De esta forma, se afirma, el Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. A fin de remediar lo anterior, se recomienda, entre otras cosas, destinar más recursos para la prevención, promoción y atención en salud mental infanto juvenil de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio; elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore dentro de su normativa la salud mental de NNA; y elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil que establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos y reclamables los derechos de NNA.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son también materia de preocupación del capítulo de las investigadoras Camila de la Maza

y María Paz Riveros, titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Su estudio se enfoca en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil, a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema, preguntándose si estos han dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído. Se focaliza también en la situación de aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias. De este estudio se concluye que el Estado actúa aún a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y sus prácticas a la protección integral de derechos; que no existe intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, habiendo una carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, lo que se manifiesta, entre otras cosas, en que el Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. Y, en materia de residencias, se concluye que aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, están en una situación de grave vulneración de derechos. La constatación de estas realidades fundamenta que se recomiende dictar una ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores; fortalecer institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto para que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA. Y en cuanto al sistema residencial, se señala que es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional, y en consecuencia se apliquen causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinando plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos.

Otro aspecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aborda el presente *Informe* es la cuestión de cómo el sistema educativo integra la realidad de los estudiantes con discapacidad. Las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, analizan aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar, en los niveles de educación básica y media. El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos

importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación y por la presencia de instrumentos legales que no se ajustan a su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. Se afirma que la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para NNA con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Para ajustar esta realidad a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda, entre otras cosas, alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD. La Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos. También aparece como necesario instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. En este año, los investigadores Juan José Álvarez y Tomás Vial, en el capítulo “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, abordan cómo el Estado asegura el igual ejercicio de la parentalidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida, de hombres y mujeres gay, lesbianas y trans. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega ese derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una infracción a los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional. Para remediar esta situación, se recomienda establecer, tanto en el proyecto de Acuerdo de Vida Pareja como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos; la dictación de una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo; y modificar la ley de adopciones en el sentido expreso

de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2014* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y a todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece en particular a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir y en ayudarnos a transmitir mejor nuestro análisis, y la generosa colaboración de los ayudantes Sebastián Latorre e Israel Meliqueo en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*, así como a la misma Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

**¿UNA NUEVA MEDIDA
DE LO POSIBLE?
VERDAD,
JUSTICIA,
MEMORIA Y
REPARACIONES
POSDICTADURA¹**

¹ Capítulo preparado por Cath Collins y el equipo del Observatorio de Justicia Transicional (antes 'Observatorio DDHH') de la UDP. El Observatorio realiza, desde 2009, mapeo y análisis interdisciplinario en materia de verdad, justicia, reparaciones y memoria por violaciones masivas a los ddhh ocurridas en Chile durante la dictadura de 1973-90. Participaron en el presente capítulo Boris Hau, abogado y coordinador jurídico; Juan Pablo Delgado, investigador jurídico; y Rodrigo Hernández, investigador sociopolítico. La coordinación y edición general estuvo a cargo de Cath Collins, quien actualmente se desempeña como catedrática de justicia de transición de la Universidad de Ulster y directora del Observatorio. Agradecemos a quienes accedieron a colaborar con entrevistas o información.

SÍNTESIS

En las dos décadas y media desde el inicio de su transición, Chile ha implementado diversas iniciativas y acciones en medidas de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición por las masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar. En 2013, le tocó a una administración de derecha presidir el país en la fecha sensible del cuadragésimo aniversario del golpe de Estado, fecha que finalmente vio brotar conmemoraciones multifacéticas y multisectoriales, y que dejó como legado manifiesto cierto avance en el reconocimiento y repudio público de dichas violaciones desde el sector político perteneciente al gobierno anterior. En el período actual, se realizan múltiples promesas de avances y novedades. Pero existe una necesidad igual o más urgente de mejorar la coordinación, corrección y consolidación de lo ya existente, eliminando contradicciones entre medidas e instancias y revirtiendo errores e insuficiencias atribuibles a una marcada tendencia histórica a actuar o legislar sobre la marcha. Se debe evaluar los resultados de lo ya recorrido, entendiendo que “más” no siempre significa “mejor”. Se podría sacar más rédito de algunos “enclaves de excelencia”, espacios dentro de la estructura estatal integrados por individuos cuyo compromiso personal y profesional se ha tenido que sobreponer a la indiferencia o incluso la mala fe dentro de sus propias instituciones. Ellos, en diálogo cercano con sobrevivientes, familiares y el movimiento de DD.HH. en general, reúnen un potencial para dar una respuesta más completa ante la sociedad nacional, regional e internacional siempre que el Estado se ocupe de valorar, potenciar y coordinar sus labores impulsando un sólido y continuado trabajo intersectorial entre las agencias existentes.

PALABRAS CLAVE: Verdad, Justicia transicional, Memoria, Reparaciones, Valech, Dictadura.

INTRODUCCIÓN

En *Informes* anteriores hemos pormenorizado las múltiples fuentes, normas, instancias e instrumentos que la comunidad internacional, a través de sus Estados, ha creado para abordar el difícil legado de masivas violaciones a los DD.HH. y el derecho internacional humanitario en situaciones postautoritarias o postconflicto. Este campo, a veces conocido como “justicia transicional”, ha dado origen a un marco de derechos a la verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición, reconocidos a nivel internacional, regional y nacional. La trayectoria de Chile desde 1990 demuestra un cuadro mixto, con avances y logros contrastados con tropiezos, vaivenes e importantes cuotas de olvido y negación. Hoy, entrando a su quinta década desde el golpe de Estado e iniciando un sexto período presidencial consecutivo desde el retorno a la democracia formal, existen oportunidades e imperativos importantes para lograr avances definitivos con una mirada a futuro. Es una tarea que se hace aun más relevante a medida que queda en evidencia la estrecha relación entre el trato que la sociedad da a su “pasado reciente” y la calidad de su convivencia en el presente.²

En el período del presente *Informe*, la labor de la justicia ha empezado a toparse con los límites de la “impunidad biológica”, con que las personas envejecen mientras que las causas se prolongan en el tiempo, así como también con el estrecho marco legal que las figuras de imprescriptibilidad y no amnistiabilidad fijan como el margen máximo de lo jurídicamente punible. En otro plano, la problemática de la verdad, y de su carácter público y susceptible de ser conocido, se constituye como un campo propio en que también pueden existir contiendas y tensiones entre derechos. En ambas áreas, las y los sobrevivientes de la tortura y la prisión política emergieron con fuerza como protagonistas plenos, tanto como sujetos de derechos a verdad, reparación y justicia cuanto actores significativos en los planos de la memoria y las

² Cath Collins, Katherine Hite y Alfredo Joignant, *La política de la memoria en Chile: De Pinochet a Bachelet*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2013.

garantías de no repetición, en relación a mecanismos de prevención y sanción a la tortura. En torno a las reparaciones, pero también con referencia a la justicia, la situación de ex concriptos quienes pueden tener información relevante sobre crímenes, y/o pueden ser consignados como a la vez responsables y víctimas de delitos de represión, se ha hecho visible.

En el plano de las garantías de no repetición, la labor realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) se estabilizó como un referente en la vida nacional. Fue comentado por la ONU como avance, luego de la segunda participación de Chile en el proceso de Examen Periódico Universal, EPU.³ El Comité de DD.HH. de la ONU volvió a recomendar la derogación del Decreto Ley de Amnistía de 1978, en relación al sexto informe ordinario presentado por Chile ante la instancia en julio de 2014.⁴ El ejecutivo y legislativo se mostraron más activos en el tema, revirtiendo una larga tendencia de dejar al poder judicial en el centro del escrutinio. Luego del traspaso de mando en marzo de 2014, una nueva unidad de derechos humanos dentro del Ministerio de Justicia se dedicó, entre otros temas, al estudio de iniciativas para tipificar la tortura. Se discute también la introducción de la automática degradación y denegación de beneficios intrapenitenciarios ordinarios a los responsables de crímenes de lesa humanidad.⁵ Por el principio de retroactividad, dichos cambios probablemente regirían solo a futuro, afectando exclusivamente a los responsables de crímenes cometidos después de su introducción al ordenamiento jurídico.

Distinto es el caso de la necesidad de eliminar los efectos del Decreto Ley de Amnistía de 1978, iniciativa exigida por la Corte Interamericana de DD.HH. (en adelante, Corte IDH) en 2006, prometida desde entonces y cuya reactivación, una de las contadas promesas explícitas de la campaña bacheletista en la temática de los derechos humanos, se volvió a anunciar en septiembre de 2014. Esta modificación, según su materialización y versión exacta, tendrá los efectos deseados sobre las causas actuales siempre que su sentido y efecto no sea solamente derogar ni anular sino de fijar el correcto alcance de la ley en su acep-

3 Mismo en que se instó a Chile a “enjuiciar en proporción con la gravedad del delito” en el plano de justicia de transición, derogar el Decreto Ley de Amnistía y el secreto de los antecedentes Valech, y agilizar la formación de un plan nacional de DD.HH., acción que gobiernos sucesivos han optado por supeditar a la introducción de la nueva Subsecretaría de Derechos Humanos, proyecto actualmente en curso. Ver A/HRC/26/5, ONU Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: Chile, 2 de abril de 2014.

4 *La Segunda*: “Comité de DD.HH. de la ONU pide a Chile que derogue la Ley de Amnistía”, 7 de julio de 2014.

5 Se nos indicó desde el Ministerio de Justicia que el tema le compete solamente al Ministerio de Defensa Nacional, respuesta a nuestro juicio incompleta, toda vez que los integrantes de las Fuerzas Armadas no son los únicos posibles transgresores relevantes. Comunicación electrónica del Ministerio de Justicia, recibida el 1 de agosto de 2014.

tación original. Esta sería, de hecho, la principal ventaja de una ley interpretativa por sobre una derogación simple, que no trae efectos retroactivos. Es esencial además explicitar la imprescriptibilidad de las acciones civiles correspondientes o bien impulsar una iniciativa paralela para modificar el Código Civil en ese sentido.

En el entorno social y ciudadano, luego de que en septiembre de 2013 se viviera una particularmente intensa conmemoración del cuadragésimo aniversario del golpe de Estado, se empieza a percibir una soltura y disposición inusitada entre las generaciones nuevas, así como entre quienes antes se consideraban ajenos o indiferentes a la temática, para incorporar el lenguaje y las referencias de la dictadura en el discurso social y político. Esta especie de “normalización” del pasado reciente es expresada, inter alia, en referencias televisivas, tanto especializadas como pasajeras.⁶ Esto puede considerarse como algo positivo en tanto pareciera ir acompañado por mayores cuotas de transversalidad ideológica en el rechazo de los graves crímenes cometidos por las fuerzas represivas de la dictadura cívico militar. Así lo ejemplifican las palabras del entonces presidente Sebastián Piñera, pocos días antes de la conmemoración del 11 de septiembre: “después del golpe militar se cometieron graves, reiterados y sistemáticos atropellos a los derechos humanos por parte de agentes del Estado y eso, sin duda, es una situación que todos debemos condenar en forma firme, clara y permanente”. Sus gestos y actos de ese momento, comentados con mayor profundidad abajo, incluyeron una interpelación pública a los “cómplices pasivos” de la dictadura y el repentino cierre de la cárcel Cordillera, un recinto de detención utilizado exclusivamente por agentes condenados por graves crímenes de lesa humanidad. Algunos interpretaron sus acciones como una señal hacia su propia tienda política, trazando una línea entre una derecha moderna y otra anticuada, cegada por su obsecuencia a la dictadura. En cualquier caso, fueron señales particularmente poderosas, dado su origen en una presidencia de derecha, de un ya asentado rechazo a los más graves crímenes del régimen dictatorial.

Dificultades iniciales experimentadas por el segundo gobierno de Michelle Bachelet en esta área han reforzado la percepción de este como un tema en que la pertenencia a determinado signo político ya no es suficiente para eximirse de cuestionamientos. Los nombramientos de Carolina Echeverría a la Subsecretaría de las FF.AA. y de James Sinclair como embajador de Chile en Australia, cayeron bajo presiones sociales con una fuerte componente moral. En el caso de Echeverría, en la opinión del Observatorio es altamente cuestionable que su con-

6 Ejemplos incluyen la proyección de una segunda temporada de la serie *Los archivos del Cardenal*, y episodios de programas como *El informante* y *En la mira*, dedicados a la controversia Cheyre Ledjerman, a las fichas de Colonia Dignidad y al tema de los ex concriptos.

dición de hija de un ex coronel acusado por sobrevivientes de tortura la inhabilite, sin más, para cualquier cargo público. No obstante, cuestionamientos a su propia actitud, mientras ostentó el cargo de subsecretaria de la Marina, frente a las reivindicaciones de un grupo de ex marinos exonerados, llevaron a su renuncia en febrero de 2014, antes de asumir. Sinclair, por su parte, fue sustituido en julio de 2014, antes de presentar credenciales. No obstante, acto seguido, fue nombrado embajador en Singapur, despertando nuevamente la molestia de agrupaciones de DD.HH. Sinclair es sindicado como partícipe en la destrucción deliberada de archivos del Central Nacional de Inteligencia, CNI, entidad que reemplazó a la DINA. Su nombramiento había sido rechazado de modo enérgico por elementos de la sociedad civil australiana, mismos que busca la extradición o expulsión desde Australia de Adriana Rivas, otrora funcionaria de la DINA (ver abajo).

Similares reparos han expresado algunos ante la continua residencia de Andrés Valenzuela, el ex agente conocido como “el Papudo”, en París, desde donde viajó a Chile en abril de 2014 para prestar declaración en causas judiciales. A diferencia de otros casos, Valenzuela no se encuentra procesado ni sujeto a una orden de aprensión y está colaborando voluntariamente con la justicia. El repudio al actuar presente de Valenzuela, y el clamor para que se le aprese, tampoco es consistente siquiera entre familiares y sobrevivientes, dado que se arrepintió durante la misma dictadura de su actuación represiva y ha colaborado desde entonces con la justicia. Este equilibrio inestable entre responsabilidad criminal, responsabilidad moral y arrepentimiento, y el trato diferencial que debe o no extenderse a quienes, siendo culpables, también poseen datos útiles, se pone ahora en la mira en varios contextos. Uno de ellos es la situación de los ex conscriptos que quieren ser reconocidos como víctimas. Otra es una velada “oferta”, realizada a fines de 2013 por algunos ex agentes encarcelados, de entregar información a cambio de la preservación o mejoría de su ya privilegiado régimen carcelario.

Estos matices, nada fáciles de navegar, son propios de la actual fase avanzada del proceso de justicia formal. Ellos, junto con el cuasi veto moral que actores sociales, tanto nacionales como externos, se mostraron capaces de ejercer ante algunas designaciones políticas de Bachelet, sugieren que, durante su actual período como mandataria, podría no serle tan fácil como en el anterior asegurar la lealtad o conformidad de los sectores de defensa de los derechos humanos relacionados con el período de la dictadura. Una primera reunión directa con la presidenta, solicitada por unas 30 agrupaciones históricas y finalmente concretada el 14 de julio de 2014, arrojó una lista de reclamos y exigencias que iban desde el cierre de Punta Peuco, hoy el único recinto especial carcelario que va quedando, hasta la reintegración de determinados pro-

fesionales a la Brigada de Investigación de Delitos contra los DD.HH. de la Policía de Investigaciones. Es difícil que prosperen todas estas exigencias, hecho que probablemente sumará mayores cuotas de frustración a las manifestadas en las críticas de estos mismos sectores ante la ausencia del anuncio de medidas positivas relacionadas con DD.HH. en la primera cuenta pública del nuevo ejecutivo, en el discurso del 21 de mayo. Una mayor tensión entre el sector histórico en DD.HH. y el ejecutivo actual, si bien no constituiría motivo para declarar un revés en el cumplimiento de los deberes del Estado en materia de justicia de transición, sí sería sintomática de las complejidades propias de la materia, que se suman a la innegable lentitud, desvalorización, y ocasional falta de transparencia con el que se ha manejado este legado en la esfera de las políticas públicas desde 1990.

1. VERDAD

A pesar de su importancia como uno de los pilares de la justicia de transición, el tema de la recuperación de la verdad no había ameritado una sección propia en los *Informes* 2011 a 2013. Quizás ello sea sintomático de la medida en que la noción de que el proceso judicial subsume al derecho a la verdad se ha ido instalando, por lo menos desde 1998, cuando comenzó a reabrirse el panorama judicial. No obstante, los procesos judiciales no son los únicos, ni muchas veces los principales o más completos canales para una necesaria tarea social de la recuperación de la verdad, o las verdades, sobre el pasado reciente. En 2000, la Corte IDH empezó a poner énfasis en el carácter colectivo (social) del derecho a la verdad, si bien lo hizo en el contexto de un caso⁷ en que el referido derecho podría satisfacerse a través de una correcta y completa investigación judicial. En un caso posterior, la Corte prohibió que las autoridades estatales “se ampara[n] en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar [...] información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas”.⁸ Si bien nuevamente en este fallo la materia de la controversia también fue una investigación judicial, posteriormente la Corte ha reiterado e incrementado el estándar específico en relación a la verdad, hasta entenderlo como el derecho de víctimas, familiares y la sociedad en su conjunto a ser informados de todo lo sucedido en relación a violaciones estatales, hayan sido estas aisladas o sistemáticas.⁹

7 Corte IDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000.

8 Corte IDH, *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, párr. 180.

9 Manuel Quinche Ramírez, *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011.

La recuperación, revelación y reconocimiento de la verdad constituyen en sí mismos un derecho y un deber, por cuanto no sería legítimo que un Estado intentase fundir los caminos de la justicia con los de la verdad, otorgándole responsabilidad exclusiva al poder judicial en materia de recuperación de la verdad. Del mismo modo que una comisión de la verdad sin juicios constituiría una respuesta estatal incompleta, también lo sería, por razones análogas, la realización de juicios sin esfuerzos adicionales para la recuperación y reconocimiento de la verdad. La insuficiencia de una respuesta exclusivamente centrada en responsabilidades penales radica en el hecho de que ellas son, en gran medida, personales y no colectivas, afectando a personas naturales y no a personas jurídicas, autoridades o instituciones. También son investidas –correctamente, por las altas consecuencias que para las libertades individuales implican– de garantías excepcionales, partiendo del *onus probandi* o necesidad de que la parte que acusa constate, según unas particulares y exigentes reglas de evidencia, no solamente la participación generalizada de la persona o personas acusadas en hechos repudiables sino su participación específica en hechos, actos u omisiones calificados como delitos punibles en el ordenamiento jurídico aplicable. Un listado de delitos no agota, por tanto, el necesario relato de lo que fue una dictadura, ni puede explicar cómo esta llegó, primero, a instalarse, y, luego, a diseñar y ordenar el despliegue de fuerzas políticas, militares, civiles y económicas necesario para que la criminalidad se apoderase sistemáticamente del aparato estatal. En tal sentido, hace falta lo que el ex fiscal jefe de la Corte Penal Internacional ha denominado “pasar de formular reproches a individuos a cuestionar nuestras dinámicas colectivas”.¹⁰

1.1. “Secreto Valech”: Acceso judicial y el deber de sistematización

El Estado de Chile asumió, a través de la Comisión Rettig, la necesidad de un reconocimiento de otro/s tipo/s de verdad que la meramente jurídica, lo que reforzó con la realización de iniciativas subsecuentes como la Mesa de Diálogo, la Comisión Valech, la Comisión Asesora (“Valech II”) e, incluso, el Museo de la Memoria y los Derechos Humanos.¹¹ En relación a la Mesa de Diálogo y las Comisiones Valech I y II se manifiesta con particular claridad una potencial tensión, no solamente entre el derecho a la verdad y el derecho a la justicia, sino además al interior del derecho a la verdad en sí. En el caso de la Mesa, se podría sostener que las circunstancias dispuestas para la consecución de nue-

¹⁰ Luis Moreno Ocampo, *El Día que el poder perdió el juicio*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2014, p. 15.

¹¹ Una de cuyas funciones es, precisamente, el resguardo de los acervos de las comisiones oficiales antes mencionadas.

vos datos –anonimato y secreto respaldado por ley– imposibilitaron de antemano el deber ineludible de informar la verdad plena sobre lo sucedido. Los antecedentes Valech, una vez recopilados, fueron transformados en objetos secretos, cuya no revelación ante el requerimiento de “autoridades judiciales o administrativas encargadas” podría constituir, siguiendo la lógica del fallo *Myrna Mack*, una nueva denegación del derecho a la verdad.

Tal situación se había presentado durante 2012, cuando una sobreviviente, cuya postulación a Valech II había sido desestimada, recurrió ante los tribunales alegando una posible discriminación, controversia que solo podía resolverse a través del conocimiento judicial de los antecedentes que la Comisión había manejado al momento de tomar su determinación. No obstante, las particulares circunstancias de secreto dispuestas en la Ley 19.992, respecto a Valech, y en la Ley 20.405 (Valech II), consignaban los antecedentes a una especie de limbo en que incluso la entidad con custodia de los archivos (el INDH) no podía intervenirlos. Así lo entendió, por lo menos, la Contraloría, cuando emitió, en 2011 y 2012, dictámenes reafirmando el carácter de reserva absoluta de los antecedentes, salvo en lo concerniente a su preservación física.¹² La tercera sala de la Corte Suprema conoció el tema en por lo menos dos ocasiones. En la segunda de ellas, en diciembre de 2012, opinó que una disposición transitoria de la Ley 20.405 no podría prevalecer por sobre un requerimiento del máximo tribunal, y menos en circunstancias en que la misma ley disponía que la titularidad de los documentos y testimonios mostrados ante la Comisión seguían siendo de sus declarantes. En el caso particular, era la declarante misma quien pedía la intervención de la Corte: suficiente razón, según el entonces ministro de sala Sergio Muñoz, para entender que la carpeta debiera ser conocida por la Corte. Si bien la sala eventualmente desistió de su exigencia ante el INDH, lo hizo con el voto en contra del ministro Muñoz.¹³

A su vez, en 2013, tanto jueces ordinarios como ministros en visita en causas de DD.HH., comenzaron a oficiar al INDH en búsqueda de antecedentes que el acervo de Valech II podría contener, al iniciar investigaciones nuevas a nombre de una víctima o sobreviviente.¹⁴ Aquello motivó al INDH a petitionar nuevamente a la Contraloría, en noviembre de 2013. Desplegando argumentos que incluían el principio de la igualdad, preceptos constitucionales, y un análisis del par-

¹² Contraloría General de la República, Dictámenes 77.470, del 12 de diciembre de 2011, y 60.303, del 1 de octubre de 2012.

¹³ Corte Suprema, tercera sala, fallo del 13 de diciembre de 2013.

¹⁴ Ello porque Valech II, a diferencia de Valech I, que hacía referencia solamente a sobrevivientes, fue facultada además para recibir denuncias sobre casos antes no calificados de “víctimas ausentes”: desaparecidos o ejecutados.

ticular carácter y estatus de cada ley, pidió una revisión parcial del secreto absoluto para efectos de poner antecedentes en conocimiento de los tribunales y para permitir la realización por el propio INDH de trabajos de sistematización en cumplimiento de las labores de custodia y resguardo que por mandato le corresponden.¹⁵ El resultado fue conocido el 10 de junio de 2014, en el dictamen 41.230. En él, Contraloría se negó a pronunciarse directamente sobre la entrega de antecedentes a los tribunales,¹⁶ autorizando explícitamente una flexibilización de la interpretación del secreto solamente en lo referente a labores de sistematización realizadas por el INDH para efectos de conservación y resguardo. De todos modos, el resultado está lejos de constituir la completa “desclasificación de los archivos Valech” anunciada por algunos medios.

Ante una consulta del Observatorio de DD.HH.,¹⁷ Juan Carlos Anabalón, asesor jurídico del INDH, explicó su interpretación del dictamen y los pasos que por lo pronto se planea seguir. Sostuvo que, si bien el dictamen opina que se requeriría un acto legislativo para obrar algún cambio sustantivo a los marcos de secreto o de reserva que rodea los acervos,¹⁸ a la vez recoge una particularidad respecto al segundo marco. En la Ley 20.405, que regula Valech II, las condiciones de reserva se establecen en un artículo transitorio (art. 30). Ello significa que la ley respectiva fue aprobada sin necesidad de quórum calificado, dejándola a la vez fuera de las excepciones que establece la Ley de Transparencia para que el principio de publicidad no sea aplicable o lo sea solo parcialmente. Esta distinción, más el hecho de que el dictamen deja entender que recaería en los tribunales la competencia para una resolución definitiva del tema, a juicio del INDH les habría facultado para responder ante los requerimientos judiciales ya cursados y a los que pudieran surgir en el futuro. La excepción, por lo pronto, es interpretada como solamente aplicable a requerimientos de tribunales y en relación a Valech II. Todos los oficios judiciales cursados a la fecha se refieren precisamente a este, pero el principio de igualdad dejaría tal distinción expuesta a cuestionamientos a futuro, si surgiesen requerimientos judiciales sobre crímenes cometidos contra sobrevivientes calificados en la primera etapa, Valech I, en 2004-2005. Tampoco se ha aclarado aún el tema del ac-

15 Solicitud de pronunciamiento ref. 506, del 19 de noviembre de 2013, dirigida a Contraloría General de la República desde el INDH.

16 “No corresponde a esta Contraloría General, ni directa ni indirectamente, declarar si este instituto debe o no entregarlos, porque tal pronunciamiento implicaría calificar la procedencia o los fundamentos de una medida procesal dispuesta por un órgano de carácter jurisdiccional [...] sobre el cual compete decidir a los propios tribunales”. Contraloría General de la República, Dictamen 41.230, 10 de junio de 2014.

17 Consulta telefónica realizada el 18 de julio de 2014.

18 Al respecto, a la fecha de agosto de 2014 existen antecedentes de por lo menos un proyecto de ley en preparación, a iniciativa del diputado Tucapel Jiménez.

ceso directo de individuos a la información que sobre ellos existiría, sin mediar requerimiento judicial. Ello porque, si bien ambas leyes establecen una excepción, ya mencionada, al principio del secreto en lo que se refiere a antecedentes o documentos que son patrimonio de las y los declarantes, no queda claro que la intención original haya sido crear un derecho de cada quien a exigir acceso físico a alguna especie de dossier personal. Además, aquello, aunque existiera, contendría otros antecedentes o documentación acumulados durante la fase de evaluación y calificación. Estos, generados por la Comisión misma, no caerían bajo la excepción contemplada. Tampoco, desde una perspectiva del derecho a la verdad, bastarían excepciones basadas en titularidad individual para poder declarar un cumplimiento pleno de las responsabilidades estatales, siendo que, como hemos señalado, el derecho a la verdad reviste además un carácter social.

Respecto a la segunda parte del dictamen, el INDH también propone una interpretación expansiva. Siendo que las labores de conservación de la materialidad de la documentación y los datos digitales no son objeto de controversia, habiendo sido realizadas luego de los primeros dictámenes, de 2011 y 2012, se entiende que la plena afirmación de su mandato para “sistematizar” sí permite y requiere actividades de estudio y análisis, que contribuyen al mandato del INDH de aportar a la memoria histórica dentro de los límites de secreto y/o reserva contemplado en las leyes. Los resultados de dicho trabajo, habiendo sido realizados con fondos públicos y por una instancia oficial, serían, en principio, públicos. No es posible aún hacer proyecciones detalladas, ya que recién con el dictamen el INDH podrá entrar a conocer la naturaleza y la organización del material en cuestión. Se estima que antes de fin de año será posible conocer el plan de trabajo y plazos asociados. Según lo contundente y completo que resulte esta “sistematización”, podrá considerarse un aporte al cumplimiento del derecho a la verdad: la producción de un relato completo y verídico requiere de este tipo de trabajo sistemático.

1.2. Fichas de la Colonia Dignidad

En julio de 2014, un canal de televisión entregó a organizaciones de familiares y sitios de memoria copias de 45.000 fichas y documentos, que datan de tiempos de la dictadura, incautadas en 2005 desde dependencias subterráneas de Villa Baviera, sede de la secta religiosa encabezada por el difunto pedófilo Paul Schaeffer, que mantuvo estrechas relaciones con las fuerzas represivas de la dictadura. Las fichas contienen una mezcla de recortes de prensa y anotaciones hechas a máquina de escribir. Los archivos electrónicos entregados contienen una serie de imágenes en formato jpg, dispuestas en orden alfabético

por título, el que se cree fue asignado por los detectives que procesaron el hallazgo. Una muestra azarosa estudiada para este *Informe* arrojó, por ejemplo, un documento encabezado con el nombre del ex agente Rolf Wenderoth Pozo, actualmente preso, con la anotación “por diversos testimonios ha sido reconocido como torturador en Villa Grimaldi”. Otra imagen, seleccionada al azar, reza “salió en libertad en Puchuncaví”, con una fecha. Una tercera imagen da el nombre y dirección de un obrero de la localidad, con la leyenda: “Está con la Junta de Gobierno, pero no ha sido usado, puede hacerse contacto”.¹⁹ Las fichas fueron retenidas durante varios años bajo secreto de sumario por el ministro Jorge Zepeda, acción criticada por quienes estimaban que podían contener información pertinente para otras causas. Copias de las fichas fueron compartidas por el ministro en abril de 2014 con el INDH, a raíz de una petición realizada por este último en marzo. El INDH compartió los archivos con el Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior, en atención a su posible relevancia para causas en curso, y algunos sitios de memoria recibieron de manos del ministro copias parciales referentes a sus sedes.

Luego de un episodio del programa *En la mira*, difundido el 9 de julio, el canal Chilevisión optó por hacer su propia ceremonia de entrega de copias a 6 organizaciones de DD.HH. El tenor de la entrega dejó claro que este tipo de gesto es percibido como una forma en que sectores de la prensa intentan saldar su deuda respecto a su actuar en tiempos de dictadura. No obstante, una simple entrega de datos en bruto no constituye en sí un aporte a la verdad, menos aun si se considera su dudosa procedencia.²⁰ Por esta razón, la mayor parte de las organizaciones destinatarias ha optado por manejar las fichas internamente hasta poder evaluar la utilidad y nivel de sensibilidad de su contenido. El INDH ha pedido recursos profesionales y técnicos para realizar una plena evaluación y una correspondiente propuesta de criterios de acceso público. A su vez, el Museo de la Memoria ha optado por poner las imágenes recibidas a disposición del público lector que asiste a su Centro de Documentación, con la previsión de que solamente quien es referido en un documento, un familiar o una fuente judicial puede llevarse una copia. La desventaja de este tipo de política de reserva parcial es que, en la práctica, limita el acceso a residentes de Santiago y sus alrededores. El mismo día de la entrega falleció, en el hospital de Cauquenes, quien se sindicaba como autor de las fichas, Gerd Seewald, de 93 años, el que se encontraba cumpliendo una condena carcelaria

¹⁹ Los nombres asociados a los últimos dos casos aparecen en las fichas, pero son reservados aquí por la imposibilidad de verificar la información o conseguir el permiso del titular.

²⁰ Similares desafíos fueron enfrentados por el ex archivo Stasi en Alemania y el “Archivo del Terror” de Paraguay, que contenían datos falsos sobre supuestos informantes y sobre la vida privada de personas bajo vigilancia.

de cinco años por violación y abusos sexuales cometidos contra niños y otros colonos.

1.3. Acceso a información: Campaña “No más archivos secretos”

En 2013, la casa de memoria Londres 38 inició la campaña “No más archivos secretos”, que busca concientizar sobre la continua existencia en Chile de archivos cerrados que podrían contener información relevante sobre crímenes de represión. El 7 de junio convocaron a miembros de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originario de la Cámara de Diputados. Los diputados Hugo Gutiérrez, Sergio Ojeda, Tucapel Jiménez, Felipe Letelier, Raúl Saldívar y Gabriel Boric acordaron suscribir un Compromiso por la Verdad y la Justicia propuesto por el sitio. Prometieron además la preparación de proyectos de ley para terminar con el secreto Valech y para derogar la Ley 18.771, que exime a las FF.AA. y de seguridad de transferir sus archivos y documentación al Archivo Nacional.

2. JUSTICIA

2.1. Actuaciones del sistema regional

La Corte IDH ha precisado que la justicia es un deber del Estado, ya que una investigación “debe ser asumida por el Estado como un deber propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares”.²¹ Esta regla fue reforzada en 2013 con la sentencia dictada en el caso *García Lucero* por la misma Corte.

2.1.1. Fallo condenatorio García Lucero contra Chile de la Corte IDH

El 30 de octubre de 2013, la Corte IDH condenó al Estado de Chile por haber infringido los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre DD.HH., en relación con el artículo 1.1 de la misma y con las obligaciones establecidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. El fallo fue emitido en favor de Leopoldo García Lucero, un ex preso político, por la excesiva demora en iniciar una investigación penal por el delito de torturas sufridas en el contexto de la dictadura entre 1973 y 1990 (ver *Informe* 2013). La Corte IDH consideró que Chile no había investigado en un plazo razonable, reafirmando que el deber de investigar y sancionar crímenes internacionales es del Estado, no de la

²¹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1998, párr. 177.

víctima, al sostener que se debió investigar de oficio sin esperar que se presentara una querrela. Indicó además que la fecha en la cual el Estado de Chile debió haber iniciado una investigación es 1993, no obstante que recién en 2004 en Valech I se reconoció al Sr. García como sobreviviente. En 1993, el Sr. García postuló al Programa de Exonerados, trámite que implicó el envío de una carta a esa instancia estatal detallando los vejámenes sufridos.²² A juicio de la Corte, esta información testimonial recibida por el Estado debió ser suficiente para hacer aplicable el principio de investigación, persecución y sanción ya enunciado en el fallo *La Cantuta*.²³

En sus consideraciones la Corte IDH avaló la tesis, sustentada en el artículo 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, de que no se puede esperar a que la víctima, por iniciativa propia, denuncie. El Estado, ante una razón fundada, debe investigar de oficio. De esto se desprenden dos consecuencias jurídicas relevantes: los Estados deben investigar la perpetración de crímenes internacionales a partir del estándar de una razón fundada, y no obstante en lo particular el fallo analiza la situación individual del Sr. García Lucero, el mismo principio se hace extensiva a los demás casos de víctimas de tortura. El Estado tendría entonces la obligación de investigar los mismos crímenes en relación a todas las víctimas sobrevivientes. En cuanto a la obligación de reparar, la Corte fue conservadora, negándose a pronunciarse sobre qué medidas podrían constituir una reparación suficiente en casos, como el del Sr. García, en que las víctimas hoy se encuentran fuera del territorio nacional. No obstante, la Corte recordó a Chile que el Comité contra la Tortura de la ONU ya exhortó al establecimiento de acuerdos de cooperación con países que albergan sobrevivientes chilenos necesitados de tratamiento médico especializado.

El fallo dejó claro que programas de reparación por vía administrativa jamás inhabilitan a sus derecho habientes de entablar acciones judiciales cuyos resultados puedan incluir una indemnización por parte del Estado. El argumento es el mismo sostenido por los ministros Brito y Juica en la sala penal de la Corte Suprema cuando el Consejo de Defensa del Estado alega la improcedencia de indemnización civil por excepción de pago.

2.1.2. Caso FACH

En noviembre de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) efectuó recomendaciones al Estado de Chile en el así llamado “caso FACH”. En este, 12 ex aviadores constitucio-

²² Corte IDH, *García Lucero contra Chile*, sentencia del 30 de octubre de 2013, párr.126.

²³ Corte IDH, *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 157; Corte IDH, *Almonacid Arellano*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 110.

nalistas torturados y condenados en la justicia militar por “sedición y traición” bajo la dictadura recurrieron ante esta instancia en 2003 en respuesta a la negativa de la Corte Suprema chilena de anularla falsa condena en su contra. Las seis recomendaciones de la instancia regional incluyen la de investigar y sancionar tanto la tortura cometida como la denegación de justicia al respecto, lo que abre las vías de una eventual sanción al propio poder judicial por inacción. El entrante presidente la Corte Suprema, apenas enterado en enero 2014 de la notificación, remitió los antecedentes a la fiscal de la Corte Suprema, quien inició una investigación por denuncia. El 27 de junio de 2014, el asunto fue remitido al ministro en visita Mario Carroza. De cumplirse cabalmente las recomendaciones, se tendría que iniciar una investigación de las torturas cometidas en contra de algunos de los sobrevivientes, así como desarchivar una causa anterior, sobreseída en 2006, en relación de tres de los mismos. El caso está relacionado con el proceso del fallecido ex general Alberto Bachelet, padre de la actual presidenta, porque tres de los sobrevivientes estuvieron presos junto a él. El “caso Bachelet” está siendo actualmente indagado por el mismo ministro como de ejecución política, habiéndose originado en una querrela de la AFEP, en el cual hay dos inculpados.

2.2. Actuaciones de tribunales nacionales

2.2.1. Composición de tribunales nacionales y coordinación de causas de DD.HH.

El 4 de junio de 2014, el ministro Carlos Cerda juró ante la Corte Suprema, en una ceremonia en que se hicieron presentes agrupaciones de derechos humanos y durante la cual el presidente de la Corte lo describió como “uno de los mejores jueces de la República”. Así, el poder judicial saldó parcialmente su deuda histórica con quienes intentaron preservar la moral y ética de sus propias filas, siendo el ministro Cerda uno de los principales jueces valientes que se atrevieron a actuar siempre en causas de DD.HH. Su ascenso al máximo tribunal se había visto obstaculizado desde aquel entonces por una campaña de veto en su contra de la derecha política.

En 2013 se realizó la primera reunión nacional presencial de los ministros en visita especialmente designados para causas de DD.HH., a instancias de su entonces coordinador, el ministro Hugo Dolmestch. Se rindió homenaje al trabajo del fallecido ministro Héctor Solís en el caso Paine, proyectando un documental realizado por el propio poder judicial, en su serie *Jueces que hacen comunidad*. Disponible a través de Youtube, la película ofrece un valioso panorama de los múltiples desafíos técnicos, éticos, humanos y procesales que rodean la reso-

lución de estos casos complejos. La reunión permitió a los ministros intercambiar información y mejorar sus lazos profesionales con los órganos auxiliares, tales como el Servicio Médico Legal (SML), la Policía de Investigaciones (PDI) y el Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior, que participaron en una primera sesión de la jornada. A pocos días de la iniciativa, se anunció la restauración de la exclusividad de labores a los 7 ministros adjuntos a la Corte de Santiago, siendo esta la sede que concentra el mayor número de causas de DD.HH.

Una segunda jornada tuvo lugar el 18 de julio de 2014, con la presencia de 25 de los 33 ministros en visita. Los temas analizados habrían incluido la necesidad de optimizar los tiempos de respuesta a oficios; las dificultades que genera la petición tardía de diligencias adicionales numerosas, cuando una causa está pronta a ser sobreseída; y el efecto de repetidas peticiones de informes médicos y psiquiátricos en extender el plazo de una causa. Se iba a aprovechar la ocasión para concretar el traspaso de las labores de coordinación: el 15 de julio de 2014 se había anunciado la dimisión del ministro Hugo Dolmestch y su reemplazo por el ministro Sergio Muñoz. No obstante, de modo sorpresivo, el ministro Muñoz optó por poner el cargo nuevamente a disposición del pleno de la Corte, supuestamente por inquietudes entre algunos de sus integrantes sobre el alcance e intención detrás de la idea de un futuro registro histórico de la tramitación de esas causas. De todos modos, el 22 de julio, luego de una sesión extraordinaria, el pleno volvió a confirmar el ministro Muñoz en el puesto. Él mismo comunicó al Observatorio, el 28 de julio, que con la restitución de su nombramiento se debe entender que la Corte expresa su preocupación y determinación para que las causas DD.HH. avancen, confiando a la coordinación la búsqueda permanente de mayor oportunidad y calidad en las investigaciones. Para ello se emplearían medios tales como una base de datos de los procesos, una oficina de apoyo a la coordinación, y las acciones del mismo coordinador para consolidar conocimientos y esfuerzos entre los ministros y demás actores y órganos auxiliares.²⁴ El ministro Muñoz ya había ejercido el cargo de coordinación en años anteriores. Durante su primer período, se produjo una notable ampliación del universo de causas, tanto de oficio como por querellas de la AFEP, y se buscó que la totalidad de las víctimas reconocidas ya tuvieron una investigación diligente. También se desarrolló la idea de un sistema informático de registro de causas activas, para agilizar los flujos de información entre los operadores del sistema de justicia, proyecto que seguiría vigente.

El impasse relativo al cargo fue interpretado en algunos sectores como una señal preocupante de una tendencia en la magistratura contraria al avance de las causas, tal como lo fue en su momento otro con-

²⁴ Entrevista con el ministro Muñoz, 28 de julio de 2014.

fuso incidente relacionado al jubilado ministro Alejandro Solís. Siendo el juez que más causas adjudicó en su tiempo como ministro de dedicación exclusiva o ministro en visita, fue llamado el 7 de febrero de 2014, a pocos meses de su retiro, para un cargo de asesoría bajo el título de Abogado Experto de Apoyo en Derechos Humanos, función en la cual apoyaría la tramitación de las más de mil causas aún pendientes a través de la preparación de resúmenes, aplicando el amplio y profundo conocimiento del tema adquirido durante la resolución de muchos casos de alta complejidad. No obstante, su retorno como consultor duró poco: el 7 de marzo, el ministro Muñoz le pidió dimitir. Si bien las versiones difieren sobre el porqué y cómo del asunto, tanto el ministro Solís como otras fuentes acusan una presión desde el mundo militar, donde su decidido actuar en procesar y condenar a perpetradores le ganó pocos adeptos.²⁵ Oficialmente se objetó que fuera un ex ministro de corte quien realizara estas labores no deliberativas, comúnmente ejercidas por actuarios u otros profesionales en apoyo del trabajo que al juez le es propio y exclusivo.

2.2.2. Novedades y tendencias en los procesos judiciales

Entre julio de 2013 y junio de 2014, la Corte Suprema emitió 12 fallos definitivos relacionados con violaciones masivas a los derechos humanos: 11 en materia criminal y uno solamente en el aspecto civil (ver cuadro 1).²⁶ Un decimotercer fallo, emitido el 14 de julio, justo antes de la fecha de cierre de esta edición, será comentado en términos cualitativos pero no es incorporado a los análisis estadísticos de este capítulo.²⁷

Cuadro 1. Detalle de las sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2012 y julio 2013, inclusive, en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura

| Causa | Fecha del fallo | Rol |
|--|-----------------|-----------|
| 1) Secuestro calificado de Cecil Alarcón | 18 jul. 2013 | 519-13 |
| 2) Homicidio simple de Luis Almonacid | 29 jul. 2013 | 1260-13 |
| 3) Homicidios calificados de Juan Soto Cerda y otros | 4 sept. 2013 | 3841-2012 |

²⁵ Jorge Escalante, *El Mostrador*: "Operaciones en la Suprema", 22 de julio de 2014; y comunicación personal del ministro Solís, 24 de julio de 2014.

²⁶ Corte Suprema, *Caso Soto Cerda*, del 4 de septiembre de 2013, cuyo aspecto criminal fue resuelto, bajo el mismo rol, en 2012 y reportado en el *Informe* de ese año.

²⁷ Esto para preservar la periodicidad que permite comparación cuantitativa de tendencias año tras año.

| | | |
|---|--------------|-----------|
| 4) Homicidio simple de José Alberto Laurel Almonacid | 23 oct. 2013 | 8318-13 |
| 5) Episodio “Torres de San Borja”: Homicidios calificados de Carlos Adler, Ricardo Montecinos y otros | 6 ene. 2014 | 2918-13 |
| 6) Secuestro calificado de Sergio Cádiz y Gilberto Pino | 9 ene. 2014 | 2387-13 |
| 7) Apremios ilegítimos en contra de Daniel García Soto, sobreviviente | 13 ene. 2014 | 4575-2004 |
| 8) Homicidios calificados y secuestros calificados en el episodio denominado “Rahue” | 20 mar. 2014 | 1686-2013 |
| 9) Tejas Verdes: Homicidios, secuestros calificados y tortura | 1 abr. 2014 | 1424-2014 |
| 10) Homicidio de Jorge Parra | 29 mayo 2014 | 6318-2013 |
| 11) Comando Conjunto: Desapariciones de Juan Antonio Gianelli Company, José Sagredo Pacheco y Alfredo Salinas Vásquez | 10 jun. 2014 | 120.133-L |
| 12) Homicidios calificados de Alamiro González Saavedra, Manuel González Allende y Simón Allende Fuenzalida | 30 jun. 2014 | 3641-2014 |
| 13) Apremios ilegítimos en contra de Guacolda Raquel Rojas Pizarro, sobreviviente** | 14 jul. 2014 | 3058-2014 |

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y fallos judiciales.

**Causa fallada solamente en su aspecto civil; el aspecto criminal fue fallado en 2012, bajo el mismo Rol (Ver Informe 2013).*

*** Causa considerada solamente en la presente sección narrativa; para efectos de la estadística comparada sobre agentes y condenas, el fallo ocurre fuera del rango temporal del Informe (julio 2013 a junio 2014, inclusive).*

Existe una tendencia reciente a fortalecer la fundamentación del razonamiento judicial sobre el derecho a reparación. Ello se evidencia en el mismo fallo *Soto Cerda*, antes mencionado, en que se afirma la imprescriptibilidad de la acción civil. En fallos recientes sobre tortura (“apremios ilegítimos”), se observa la misma tendencia de revocar decisiones de las Cortes de Apelaciones en tanto estas hayan desestimado responsabilidades del fisco invocando prescripción. Las razones aducidas por la Sala Penal del máximo tribunal descansan tanto en el derecho internacional como en el orden jurídico nacional, toda vez que dicho ordenamiento dispone que “el Estado es responsable por daños causados por órganos de la administración ... sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario”.²⁸ El ministro Haroldo Brito siempre reitera su posición de que en

28 Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado,

materia de indemnización, el ser o haber sido titular de reparaciones económicas tales como las “pensiones Rettig” no es impedimento al inicio de acciones civiles tendientes a reparar daño moral.

En relación a la prescripción gradual, se hizo visible nuevamente la práctica de diferenciar entre desapariciones (secuestros) y ejecuciones (homicidios), desistiendo de invocar prescripción gradual en el caso del primero, en atención a la ausencia de una fecha de consumación del delito, pero aplicándola a homicidios con fecha determinable para bajar las penas finales. Ejemplo de la primera tendencia es la causa *Comando Conjunto*, del 10 de junio 2014, en que, tratándose de secuestro, se rechazó la aplicación de la prescripción gradual y se impusieron cuatro condenas efectivas. Un ejemplo de la segunda tendencia es el caso *Torres San Borja*, del 6 de enero. Fueron aplicados tanto la prescripción gradual como la irreprochable conducta anterior (y, respecto a uno de los tres condenados, la colaboración efectiva) para conformar un concierto de atenuantes cuyo resultado final fue penas de tan solo 10 años por homicidios calificados reiterados. Apenas tres días más tarde, en el caso de *Cádiz y Pino*, Patricio Jeldres Rodríguez fue condenado en una causa de desaparición, sin la concesión de prescripción gradual, aunque recibió una pena relativamente leve, de 5 años y 1 día. Las condenas de cada uno de los agentes involucrados en esas dos causas fueron, al menos, penas efectivas de cárcel. En cambio, en mayo y junio, un total de cuatro asesinatos calificados sentenciados no produjo ninguna pena efectiva en contra de los tres responsables.²⁹ El mismo resultado tuvieron las causas en que los asesinatos fueron calificados como homicidios simples: por ejemplo, en las causas *Almonacid*, de julio de 2013, y *Laurel*, de octubre de 2013. En ambas, dicha calificación como homicidio simple fue por sí sola suficiente como para llevar a la imposición de una pena alternativa, sin mediar siquiera la aplicación de prescripción gradual.

La tendencia de calificar ejecuciones políticas consignadas como tales en el Informe Rettig como meros homicidios simples también se está haciendo visible en los tribunales inferiores. Es sumamente preocupante que ello sea empleado para desconocer la calidad de crimen de lesa humanidad del delito, produciendo por lo menos en tres ocasiones sobreseimientos definitivos por prescripción, todos apelados –sin éxito– por el Programa de DD.HH.³⁰ Dos de los tres casos citados tratan de crímenes ocurridos durante los ochenta, y el

art. 4º, citado por la Corte Suprema en el caso *Guacolda Rojas*, fallo del 14 de julio de 2014, considerando 6.

²⁹ Corte Suprema, causas *Parra y González*, *González y Allende*.

³⁰ Ver, inter alia, causas *Reyes Arzola*, sobreseída por la Corte de Apelaciones de Santiago, fallo del 23 de octubre de 2013; *González Valdería*, sobreseída el 21 de abril de 2014 por la Corte de Apelaciones de Santiago, sobreseimiento ratificado por la Corte Suprema el 12 de junio de 2014; y *Castillo Arcaya*, sobreseída por el ministro Mario Carroza el 24 de junio de 2014.

tercero, de agosto de 1977, durante el período de aplicabilidad del DL de Amnistía, que sigue plenamente vigente. Esto deja en manifiesto la insuficiencia del argumento esgrimido por el Estado de Chile ante el Comité de DD.HH. de la ONU de que no es necesario legislar sobre el DL de Amnistía porque este no es aplicadopor los tribunales.Su no aplicación a delitos cometidos entre 1973 y marzo 1978 descansa exclusivamente en el carácter de dichos delitos como constitutivos de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. De empezar a desconocer este carácter, es solo cuestión de tiempo antes de que se vuelva a invocar, de parte de las defensa, la aplicación de la amnistía, siendo que con la misma lógica ya se ha solicitado, exitosamente, la prescripción. Aun si se aceptase la calificación de los hechos particulares como homicidios simples, la homologación de homicidio simple con la inaplicabilidad del marco de crimen de lesa humanidad es en sí altamente cuestionable, toda vez que el carácter de crimen de lesa humanidad está determinado por el contexto de una práctica sistemática represiva contra la población civil, no la influencia que haya tenido en el actuar delictivo del agente la militancia política real o supuesta de la víctima.³¹ Esta lógica es, por lo demás, desarrollada por la misma Corte en las causas *Rahue*, de marzo de 2014, y *González, González y Allende*, de junio: ambos fallos ofrecen una exposición detallada de cómo el carácter de crimen de lesa humanidad es dado no por aspectos de personalidad pasiva (relacionados con la víctima) sino por el contexto político, la impunidad prevalente y la sistematicidad de la política represiva.³²

Cabe destacar que tres de los fallos del período completo (13 meses) corresponden a casos por tortura (causas sobrevivientes) o en que figura la tortura entre otros delitos (*Tejas Verdes*). En dos de las tres causas, en que la figura es judicializada y sancionada como “apremios ilegítimos”, se asignó beneficios y pena no efectiva por ese crimen en particular a casi la totalidad de los perpetradores.³³ Solamente se impusieron penas efectivas por apremios ilegítimos en contra de dos agentes: Miguel Krassnoff (541 días, en la causa *Gua-colda Rojas*); y Manuel Contreras (5 años 1 día, causa *Tejas Verdes*). Estando ambos ya presos por múltiples otros crímenes, el efecto es

31 Dos de los tres casos tratan del asesinato a balazos de un conductor por un carabiniere: uno durante toque de queda; otro, en el contexto de un supuesto asalto en que el chofer parecía ser la víctima. El tercer caso trata de un hombre asesinado por un guardia de la empresa militar FAMA E mientras recogía hojas de eucalipto de un árbol ubicado afuera del muro perimetral del recinto.

32 Ver, por ejemplo, Corte Suprema, causa *Rahue*, considerando 12.

33 En el caso *Tejas Verdes*, op. cit., las penas por tortura fueron transformadas en penas no efectivas contra todos menos Manuel Contreras, ya preso por múltiples otros crímenes. Las únicas penas efectivas contra los otros 6 condenados fueron por secuestro, mientras que el agente Jorge Núñez Magallanes, el único condenado solamente por apremios ilegítimos, también fue el único que no recibió condena efectiva alguna.

más simbólico que real. No obstante, se trata de las dos condenas más altas impuestas hasta la fecha por tortura y la primera contra Krassnoff por este crimen.

2.2.3. Desafuero y procesamiento del diputado Rosauro Martínez

El 17 de junio de 2014, el pleno de la Corte Suprema ratificó el desafuero del actual diputado de Renovación Nacional Rosauro Martínez Labbé.³⁴ La medida, antes acogida por unanimidad por la Corte de Apelaciones de Valdivia,³⁵ permitió su procesamiento, el día 11 de septiembre, como presunto involucrado en tres homicidios calificados cometidos en Panguipulli en 1981, cuando encabezaba una compañía de comandos del Ejército. Es el primer pronunciamiento en una petición de desafuero parlamentario por crímenes de lesa humanidad en Chile desde que el ahora difunto ex dictador Augusto Pinochet fuese desafuero siendo senador vitalicio.

2.3. Judicialización del crimen de tortura a instancias de las víctimas sobrevivientes

En sucesivos *Informes* hemos señalado la inexistencia de una institucionalidad pública que materialice los derechos de justicia y reparación de las víctimas sobrevivientes. En consecuencia, existe un bajo nivel de judicialización. Las/os mismas/os sobrevivientes han debido, por su propia cuenta, encontrar abogados e iniciar las tramitaciones ante los tribunales. Por ello, no cabe sino celebrar la reiteración de parte de la Corte IDH de la obligación estatal de investigar de oficio tales hechos, y la reciente iniciativa del Programa de DD.HH. de incorporar el crimen de tortura a las querellas y procesamientos que impulsa por ejecuciones y desapariciones forzadas. Eso sí, la iniciativa ha despertado poco eco en tribunales, donde se sigue procesando o condenando principal o exclusivamente por los crímenes más graves, anticipándose así la consideración del concurso de delitos que con propiedad se ejerce recién en la fase de la sentencia. En causas por tortura cometida contra sobrevivientes, existen espacios de discrecionalidad incluso para iniciar investigaciones, siendo la Corte de Apelaciones respectiva la que debe acoger a tramitación las querellas y designar un ministro en visita. Esto, en general, ha funcionado de manera acertada en tiempos recientes, pero en un principio la norma establecida para regular la asignación y competencia de los ministros señalaba que solo los casos de muerte y desaparición de personas

³⁴ Corte Suprema, desafuero de Rosauro Martínez Labbé, sentencia del 17 de junio de 2014.

³⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, desafuero de Rosauro Martínez Labbé, sentencia del 12 de mayo de 2014.

debieron de considerarse causas de DD.HH. para estos efectos. Sobrevivientes y sus abogados debieron intervenir para revertir varias derivaciones a querellas por tortura a tribunales comunes (ver *Informes* anteriores). Superada esta barrera, ahora corresponde enfrentar con seriedad el hecho de que, como el fallo de la CorteIDH en el caso *García Lucero* recalca, no debe ser el esfuerzo particular sino el deseo del Estado de cumplir con sus responsabilidades el motor de este tipo de investigaciones. En esta línea ha obrado, por ejemplo, una de las nuevas ministras en visita, abriendo de oficio causas por tortura en la medida que sobrevivientes llamados en calidad de testigos han relatado además los crímenes cometidos contra ellos mismos.

2.4. Violencia sexual como tortura

Un tema que por muchos años ha pasado desapercibido es el de las vejaciones y violencia sexual utilizada principal, si bien no exclusivamente, en contra de mujeres prisioneras. El uso documentado de violación como un arma de guerra en la ex Yugoslavia, así como múltiples estudios realizados en, y sobre, la región latinoamericana, sugieren que estos crímenes sexuales, lejos de ser incidentales o secundarios a las políticas sistemáticas de represión y exterminio, son consustanciales a ellas. Muchas veces forman un componente central de la humillación y deshumanización que sus perpetradores pretenden infligir. Una investigación realizada por la ONG Humanas y dos investigadoras del Observatorio en 2013, estudió el trato judicial y jurídico de delitos sexuales cometidos contra mujeres desaparecidas o ejecutadas, y sobrevivientes. El estudio analiza 40 causas judiciales terminadas que representan a 37 mujeres desaparecidas o ejecutadas, y 24 sobrevivientes. El seguimiento demostró empíricamente lo que las personas cercanas al tema ya habían intuido: que en ningún caso, incluso cuando la violencia sexual infligida fue notoria, comprobada e incluso confesa por parte de sus perpetradores, ésta fue incluida en las condenas finales.

2.5. Agentes

2.5.1. Sentencias condenatorias

Los registros del Observatorio sugieren que, entre 1998 y mediados de 2014, alrededor de 900 agentes han sido encausados, procesados, imputados y/o condenados. Actualmente hay 65 personas reclusas;³⁶ unos 22 agentes han sido liberados por cumplimiento de condenas o

³⁶ Según el Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior, a 21 de julio de 2014.

por beneficios, o han fallecido mientras cumplían condena. Para el período bajo análisis (julio 2013 a junio 2014, inclusive), se contabilizan 11 fallos³⁷ de la Corte Suprema que afectan responsabilidades criminales para efectos de análisis estadístico comparado. En esos 11 fallos se dictó un total de 49 condenas criminales, 18 de ellas efectivas (de presidio) y 31 permitiendo cumplimiento alternativo (penas no privativas de libertad). Hubo además 10 absoluciones y un sobreseimiento por muerte,³⁸ todo ello afectando a un total de 43 agentes. 17 de los 42 agentes vivos fueron condenados a presidio efectivo, de los que 15 recibían condena de pena efectiva por primera vez, o al menos sin estar reclusos por otros crímenes al momento de la sentencia en cuestión. Dos agentes se encontraban presos por otros crímenes similares y otros dos ya habían estado presos, por lo que el universo total de perpetradores alguna vez reclusos por graves violaciones en Chile aumentó en 13 personas como resultado del trabajo judicial del año. Cabe señalar que, tanto en este grupo como entre los condenados a penas no efectivas, los nombres que se repiten son relativamente pocos, lo que contradice la percepción de muchos observadores y querellantes de que se condena siempre a los mismos agentes, aunque debe decirse que, en lo particular, el fenómeno se debe en gran parte a que se falló el caso Rahue, un crimen con múltiples procesados que no figuran en otros delitos (25 ex carabineros, de los cuales 19 fueron condenados).

Cuadro 2: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por derechos humanos de 1973-1990, comparados entre cuatro periodos del Informe

| | Julio 2010- junio 2011 | Julio 2011- junio 2012 | Julio 2012- junio 2013 | Julio 2013- junio 2014 |
|---|---------------------------|---------------------------|---------------------------|---------------------------|
| Número de procesos finalizados en la Corte Suprema | 23 | 18 | 4 | 12* |
| Total de absoluciones | 12 | 12 | 0 | 10 |
| Total de condenas | 84 | 49 | 11 | 49 |
| - Número de condenas imponiendo pena efectiva de cárcel | 34 | 13 | 5 | 18** |

³⁷ Ver cuadro 1, en que se detallan un total de 13 fallos para efectos de análisis cualitativo. Uno de ellos, el caso *Soto Cerda*, afecta solamente responsabilidades civiles, mientras que el más reciente, de *Guacolda Rojas*, escapa la periodización estricta del Informe, según se ha señalado.

³⁸ De Jorge Rodrigo Cobos Manríquez, condenado en la causa *Comando Conjunto, Desapariciones de Juan Antonio Gianelli Company, José Sagredo Pacheco y Alfredo Salinas Vásquez*.

| | | | | |
|---|----|----|----|-------|
| - Número de condenas permitiendo cumplimiento alternativo | 50 | 36 | 6 | 31 |
| Total de agentes involucrados en estos procesos | 64 | 48 | 11 | 53 |
| Número de agentes condenados en por lo menos una causa | 52 | 40 | 11 | 43*** |

Fuente: *Elaboración propia con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y fallos judiciales.*

(*) *Uno solamente en materia civil.*

(**) *3 de los 10 condenados a pena efectiva ya estaban encarcelados por otros delitos similares.*

(***) *Incluyendo a Jorge Cobos Manríquez, fallecido en 2012 antes de la confirmación de sentencia, situación que fue rectificadas posteriormente con sobreseimiento por muerte.*

2.5.2. Beneficios y atenuantes

La figura de prescripción gradual, cuya aplicación impide la invocación de agravantes y puede reducir notablemente (en dos grados) el monto de una pena, fue invocada casi sin excepción para estas causas entre 2007 y 2011. En 2012 se empezó a desistir de su uso, al menos en causas de desaparición forzada en que la fecha de consumación del delito no pudo establecerse por tratarse de delitos permanentes (ver más arriba e *Informes* anteriores). Su invocación había empezado a ser abandonada también en casos de asesinato, toda vez que la Sala Penal del máximo tribunal comenzó a reconocer que compartía la misma esencia que la prescripción, figura que el derecho internacional establece como inaplicable a crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. No obstante, en el período del *Informe* 2013, volvió a ser aplicada en dos causas por homicidio y, en el del presente *Informe*, a tres de las seis condenas por homicidio. En los casos *San Borja* y *Rahue*, la aplicación no extinguió del todo la efectividad de las penas impuestas, si bien las redujo de modo significativo. La condena final en *Torres San Borja*, de 10 años de pena efectiva, se debe a la naturaleza reiterada de los delitos, así como a la numerosa cantidad de víctimas indefensas contra las cuales fueron perpetrados. De modo similar, el caso *Rahue*, en que varias decenas de personas fueron asesinadas, produjo siete penas efectivas de cárcel, incluso con la concesión de la prescripción gradual. Los casos *Rahue* y *González, González* y *Allende* presentaron además la particularidad de que la concesión de prescripción gradual en ambos fue respaldada con el argumento, regresivo respecto a prácticas recientes, de que se trataría de un mero aminorante que no comparte su esencia con la prescripción misma. En la causa *Parra*, del 29 de mayo, la sala tomó la visión opuesta, lo que ilustra cuán discutido es este precepto. La corte, eso sí,

se abstuvo de revertir la concesión de prescripción gradual realizada por el tribunal inferior bajo el argumento de que los demás atenuantes aplicables dejaban tal margen de acción a la Corte de Apelaciones respecto a la cuantía de la pena que el resultado material no había sido inexorablemente alterado por la aplicación. Con ello, se concluyó que no correspondía que la Corte Suprema se pronunciase. Los doce casos aquí considerados produjeron, además, un total de 27 concesiones de beneficios de libertad vigilada o remisión condicional, mermando la proporcionalidad de la pena respecto a la gravedad del delito.

Cuadro 3: Concesión de atenuantes y beneficios en fallos definitivos de la Corte Suprema en causas por derechos humanos del 1973-1990, comparada entre cuatro períodos

| Clasificación | Tipo de atenuante o beneficio | Número de aplicaciones(*) | | | |
|---------------|---------------------------------|---------------------------|-------------------------|------------------------|------------------------|
| | | Julio 2010 - junio 2011 | Julio 2011 - junio 2012 | Julio 2012- junio 2013 | Julio 2013- junio 2014 |
| Atenuantes | Prescripción gradual | 7 ^o | 3 ^o | 6 | 22 |
| | Irreprochable conducta anterior | 83 | 36 | 0 | 8 ^{***} |
| | Colaboración sustancial | Sin datos | Sin datos | Sin datos | 4 ^{***} |
| Beneficios | Libertad vigilada | 45 | 3 ^o | 6 | 17 |
| | Remisión condicional | 5 | 8 | 0 | 10 ^{**} |

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y fallos judiciales.

() A individuos (por cuanto puede haber múltiples aplicaciones dentro de un mismo fallo).*

*(**) Una de estas aplicaciones corresponde a Jorge Rodrigo Cobos Manríquez, posteriormente sobreesido por muerte.*

*(***) Dato incompleto (falta el detalle de la aplicación o no de estos atenuantes a los 19 condenados del caso Rahue). Se incluye el dato parcial porque demuestra la reaparición de ambos atenuantes luego de haber caído en desuso. La reaparición de la colaboración sustancial probablemente tiene relación con el uso más selectivo en tiempos recientes de la prescripción gradual, algo que restaura el incentivo para que un acusado colabore con la justicia revelando, por ejemplo, la posible ubicación de restos de víctimas aún desaparecidas. Ver Informes anteriores.*

2.5.3. Cumplimiento de penas

Sigue siendo difícil obtener datos fidedignos sobre el estado de cumplimiento de las penas privativas de libertad. En julio de 2014, el Progra-

ma de DD.HH. del Ministerio del Interior comunicó el establecimiento de una nueva relación con la unidad de DD.HH. de Gendarmería que debía permitir, a futuro, un monitoreo mensual de variaciones en las condiciones de cumplimiento y asignación de beneficios a los agentes encarcelados. El Observatorio sostuvo una reunión el 30 de julio de 2014 con la misma oficina, producto de la cual cursará una consulta formal para establecer qué canales existen para que entidades estatales realicen consultas similares. Por lo pronto, al 30 de julio de 2014, Gendarmería informó de la existencia de una población carcelaria de 65 agentes, tomando en cuenta el deceso, el 14 de julio, de David Miranda Monardes, hasta entonces recluso en Punta Peuco. El cierre en 2013 del penal Cordillera redujo la cantidad de sedes en que se efectúan dichas reclusiones. También se informó de nuevas concesiones de libertad condicional a 4 agentes que habían estado cumpliendo sus condenas en penales comunes en regiones.

Cuadro 4: Agentes presos por centro de reclusión

| Centro de Reclusión | Número de agentes |
|---------------------|-------------------|
| Punta Peuco | 59 |
| CPP Temuco | 4 |
| CPP Puerto Montt | 2 |

Fuente: Gendarmería de Chile

El 14 de julio falleció en la cárcel de Punta Peuco David Adolfo Miranda Monardes, ex agente de la DINA. El sitio web de la auto denominada “Cruzada por la Reconciliación Nacional” lo describió como un “preso político... víctima de la horrenda venganza de la izquierda... y la monstruosa prevaricación de algunos jueces zurdos”. En los hechos, Miranda, un ex fiscal militar, murió condenado por 6 homicidios y 4 desapariciones, y acusado de 9 secuestros más, todos cometidos en el temido campo de concentración Tejas Verdes, bajo el mando de Manuel Contreras.

2.5.4. Condiciones de reclusión, beneficios y pensiones

Mientras el país conmemoraba en 2013 el cuadragésimo aniversario del golpe, el recluso ex director de la DINA, Manuel Contreras, realizó una entrevista desde el penal Cordillera a CNN Chile. Junto con negar que en Villa Grimaldi se hubiese torturado, insistió en que nadie había muerto jamás en los recintos de la DINA. La entrevista reanudó la polémica por las generosas condiciones penitenciarias del recinto. La fiscal

judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago, María Loreto Gutiérrez, constató en terreno las condiciones de excepcional comodidad de Cordillera, que contaba con cabañas uni o bipersonales equipadas con agua caliente, comedor, radio y televisión, y una dotación de 3 funcionarios por cada interno, incluyendo a tres paramédicos y dos maestras de cocina. Al día siguiente, un informe de otro fiscal judicial del mismo tribunal señaló que en Punta Peuco cumplían condena 44 internos, atendidos por un staff de 75 personas, 66 de ellos gendarmes. La Comisión de Reducción de Condenas de la Corte de Apelaciones recomendó el cierre de Cordillera y el traslado de sus 10 internos a Punta Peuco, otro recinto especial, construido por la administración concertacionista en 1994. El 13 de septiembre el entonces presidente Piñera así lo dispuso.

Un general en retiro y ex director de la Fundación Pinochet se refirió a la decisión como una “venganza”. Un interno, el ex director de la CNI Odlanier Mena, se suicidó días antes del traslado, utilizando su arma de servicio, mientras contaba con el beneficio de salida de fin de semana. Su suicidio reanudó debates sobre dichos beneficios, así como sobre la tenencia de armas de perpetradores condenados en sus domicilios. Ante el inminente cierre, agrupaciones de DD.HH. realizaron una velación en el sitio para recordar a las víctimas de la dictadura. En la madrugada del 29 de septiembre de 2013, los nueve internos restantes fueron trasladados sin incidentes. Los agentes apelaron el cierre, acción que fue descartada el 13 de marzo de 2014 por la Corte de Apelaciones de Santiago. Posteriormente, reportajes de prensa resaltaron las cuantiosas pensiones recibidas por ex agentes uniformados presos y el hecho de que estos retienen sus grados y honores militares. El 22 de julio, un grupo de parlamentarios oficialistas e independientes protagonizó una exitosa votación en la Cámara de Diputados de un proyecto de acuerdo instando al ministro de Justicia, bajo el principio de igualdad ante la ley, a buscar el cierre inmediato de Punta Peuco, así como la degradación y retiro de pensiones de sus actuales internos. El proyecto fue aprobado por 53 votos contra 20, con 2 abstenciones. El rechazo de la medida no fue unánime entre los diputados de oposición (UDI y RN). Respecto a las condiciones y lugares de reclusión, en términos generales, desde una perspectiva de derechos, se debe evitar el uso de criterios arbitrarios o discriminatorios de repartición de internos entre penales. Criterios justificados pueden incluir la separación de la población penal entre condenados y no condenados (personas en prisión preventiva) o entre mujeres y hombres, o razones justificadas de seguridad.

2.5.5. Agentes prófugos de la justicia

El 15 de enero de 2014, la Sala Penal cursó una petición al poder judicial australiano para la detención y extradición de Adriana Rivas, ex

agente confesa de la DINA, quien huyó siendo procesada como autora del secuestro del dirigente comunista Víctor Díaz, en el caso *Calle Conferencia*. Existe un tratado de extradición bilateral entre Australia y Chile, firmado en 1996. A principios de julio de 2014, la Corte Suprema chilena ratificó una petición a la justicia alemana que busca que el prófugo Hartmutter Hopp cumpla pena de reclusión en Alemania en caso de ser denegada una petición ya cursada que busca su extradición para cumplir en Chile una pena de cinco años y un día de prisión efectiva por abusos sexuales contra menores. La medida fue tomada en atención a que es una práctica casi invariable del país europeo no extraditar a sus nacionales. Bajo la nueva petición, Hopp, quien se fugó de Chile en 2011, podría ser apresado en Alemania sin necesidad de un nuevo juicio. En las mismas fechas, la Corte dejó sin efecto un decreto del Ministerio del Interior que habría revocado el permiso de residencia a Kurt Schellenkamp, otro condenado en el mismo caso, apenas cumplida una actual pena de reclusión de 5 años, iniciada en enero 2013. El decreto, que equivalía a la expulsión del nacional alemán de territorio chileno, fue impulsado durante el período del saliente mandatario Sebastián Piñera, pero fue notificado recién en mayo 2014 por el nuevo titular de Interior. Schellenkamp apeló, aduciendo argumentos humanitarios y otros que reconocían la gravedad de su delito y el consiguiente peligro que podría representar para el orden público de otro país su eventual traslado.

2.5.6. Situación de ex conscriptos

La situación de ex conscriptos obligados a cumplir servicio militar durante la dictadura se hizo visible en los medios en el período de este *Informe*. En los últimos años, algunos individuos en esa situación han empezado a figurar como testigos o inculpados directos en causas conocidas, como las de Víctor Jara o Rodrigo Rojas. Otros han sido citados por detectives y ministros por su participación en o conocimiento de remociones de restos ocurridas después de entierros clandestinos. Conscriptos fueron utilizados como guardias y escoltas en centros de detención como el Estadio Nacional, así como en operaciones clandestinas, siendo incluso destinados como adjuntos la DINA o la CNI. Algunos fueron objeto de diversos vejámenes y abusos aberrantes: desde asalto físico y sexual a trabajos forzados; la extensión irregular de sus períodos de servicio; y el no pago de parte de las FF.AA. de sus contribuciones fiscales. La administración del presidente Piñera prometió estudiar y solucionar estas y otras situaciones denunciadas por diversas agrupaciones de ex conscriptos. Es una promesa aún sin cumplir, a pesar de repetidas presiones y acciones directas de estos grupos. En un reciente programa de televisión, dirigentes y miembros de asociaciones exigieron el reconocimiento de sus problemas y la extensión a

ellos de medidas de reparación diseñadas para sobrevivientes o familiares de desaparecidos o ejecutados.

Es efectivo que las prácticas denunciadas por los ex concriptos representan una violación de sus derechos humanos, por lo que corresponde que el Estado investigue con seriedad y tome medidas al respecto, que sin duda deben considerar la necesidad de reparar el daño causado. A la vez, su problemática no es homologable con las situaciones reconocidas por las comisiones Rettig y Valech,³⁹ por lo que el marco de “igualdad” que algunos reclaman no es del todo apto. En el plano de la justicia, para quien realmente haya revestido la doble calidad de víctima y victimario, existen figuras legales y prácticas investigativas que permiten ponderar cuestiones relacionadas con obligación, libertad de acción y responsabilidad de mando en la determinación de responsabilidades. Cabe señalar que no existe caso alguno en Chile de un ex concripto encarcelado solo y exclusivamente por delitos menores –no constitutivos de crímenes de lesa humanidad– cometidos bajo compulsión. De hecho, una tendencia a enfocar los esfuerzos de la persecución penal en mandos medios y altos caracteriza la práctica chilena de justicia postransicional. En un esfuerzo para visibilizar su situación, algunos ex concriptos han empezado a intimar que tienen información potencialmente valiosa respecto del paradero de personas aún detenidas desaparecidas. Al respecto, cabe señalar que ha habido múltiples instancias, entre ellas la Mesa de Diálogo, en que esta información pudo ser entregada bajo la protección del anonimato. En el ámbito de la justicia, existen tanto atenuantes para quienes colaboran de manera eficaz con las investigaciones judiciales como consecuencias para quienes se niegan a hacerlo.⁴⁰

2.6. Otros actores relevantes en la judicialización de causas

2.6.1. Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior y Seguridad Pública

Con el cambio de gobierno, la cuestionada secretaria ejecutiva del Programa de DD.HH., Rossy Lama, fue reemplazada por el hasta entonces jefe jurídico, Francisco Ugas. El nuevo director jurídico es Rodrigo Lledó, quien encabeza el equipo de abogados que actualmente participa en 920 causas de DD.HH., representando un total de 1.781 víctimas de desaparición o ejecución. Cristián Flores sigue a cargo del área de obras

³⁹ Sin perjuicio de que los casos de individuos que, siendo concriptos, fueron a la vez víctimas de desaparición, ejecución, prisión política o tortura, en los términos de dichas comisiones, pudieron ser, y fueron, recibidos y debidamente calificados.

⁴⁰ Si bien en la reciente revisión del Código Penal el delito de obstrucción a la justicia fue derogado, aún existen penalidades para quienes, al ser citados, se niegan a comparecer o dan falso testimonio.

simbólicas (memoriales) e Isabel Maturana, del área social. Este año se espera concretar la costosa reubicación del deteriorado Monumento a Mujeres Víctimas de la Dictadura desde Los Héroes al Paseo Bulnes en Santiago, sujeto a un acuerdo de repartición de costos entre las unidades estatales relacionadas. También se ha preparado un convenio permitiendo al Programa operar con la asesoría técnica del Ministerio de Obras Públicas para proyectos de gran envergadura. El Programa está preparando, a instancias del Ministerio del Interior, un informe-propuesta sobre los derechos a la justicia de sobrevivientes de prisión política y tortura, que en una de sus versiones podría producir una ampliación del mandato del Programa –actualmente limitado a asesoría de y actuación respecto a familiares de víctimas ausentes–, para que actúe también a favor de sobrevivientes. Aquello requeriría, sin duda, una significativa ampliación de personal y recursos, más allá de los nuevos abogados y procuradores ya solicitados para 2015. También se ha solicitado espacio de archivo y la contratación de un periodista, una iniciativa sin duda bienvenida que podría expeditar el flujo de información al público interesado, a la vez que liberar a los profesionales jurídicos para dedicarse a sus labores de litigio. A la fecha de julio de 2014 habían aproximadamente medio centenar de querellas nuevas a la espera de la firma del respectivo subsecretario, buena parte de ellas rezagadas desde tiempos del gobierno saliente. Unas 10 de estas representan a víctimas calificadas por “Valech II”, por lo que su aceptación a trámite probablemente generará nuevas solicitudes judiciales al INDH en búsqueda de antecedentes. El Programa sigue preparando querellas, ya sea para adquirir participación en causas antes impulsadas exclusivamente por particulares o respecto al número disminuyente de víctimas cuyos casos nunca han sido investigados. En lo que podría ser un anticipo del porvenir, el Programa ha solicitado participación como coadyuvante en una causa por tortura contra sobrevivientes relacionada con Colonia Dignidad.

2.6.2. Brigada Investigadora de Delitos contra los DD.HH.

La Brigada Investigadora de Delitos contra los DD.HH. de la Policía de Investigaciones (PDI) ha experimentado, desde abril de 2014, una ampliación de su dotación de personal en más de una docena de funcionarios, hasta contar con unos 60 detectives trabajando directamente en labores de investigación respecto a casos que, en un 86%, dicen relación con violaciones de tiempos de dictadura. La ampliación responde a un aumento considerable en el ritmo de actividad judicial, que la Brigada atribuye a la restauración de exclusividad de funciones, en septiembre de 2013, de los 7 ministros en visita asociados a la Corte de Apelaciones de Santiago. De modo de ejemplo, el número de órdenes de detención recibidos por la Brigada se duplicó en el período de enero a julio de

2014 (130) en comparación con igual período de 2013 (62). Buena parte de los actores involucrados en las causas expresaron este año al Observatorio inquietudes respecto a la rotación de personal de la Brigada, y su inevitable impacto negativo en los niveles de conocimiento acumulado y consecuente prolijidad del trabajo. No obstante, el actual director de la Brigada, prefecto Tomás Vivanco, insistió en que la mayor parte de su equipo ya cuenta con varios años de servicio, algunos más de una década, en la Brigada. Informó que el personal nuevo también incluye a profesionales que anteriormente trabajaban en el área. También informó de la reciente introducción de un sistema de formación interna, con jornadas de estudio ofrecidas por detectives experimentados a sus colegas.⁴¹ En julio de 2014, la Brigada se reunió con los representantes de varios sitios de memoria en respuesta a sus inquietudes sobre la repetida citación de los mismos testigos, a veces en forma equivocada, por los tribunales. Se acordó que algunos sitios empezarán a sistematizar registros de aquellos sobrevivientes dispuestos a y en condiciones de servir como testigos sobre determinados hechos y épocas.

2.6.3. Servicio Médico Legal

En *Informes* anteriores hemos detallado la importante labor que el SML realiza, bajo mandato judicial, en áreas que incluyen la constatación de lesiones a sobrevivientes, la evaluación de facultades mentales de acusados y, en casos de personas desaparecidas o ejecutadas, la determinación de causa de muerte y/o la identificación y entrega de restos. El 29 de agosto de 2013, se dio a conocer la identificación de los restos de José Enrique del Canto Rodríguez, un joven de 17 años que fue detenido por una patrulla militar en octubre de 1973. Entre el 20 y el 24 de enero, un equipo de la Unidad de Identificación Forense del SML recorrió 10 comunas y comunidades indígenas de la Región de la Araucanía para ofrecer a 15 familias la restitución de los restos de 15 obreros y campesinos asesinados en la zona entre octubre 1973 y junio 1974. Los restos habían sido exhumados en el transcurso de 2011 y 2012 por orden del ministro Álvaro Meza, quien investiga causas de DD.HH. desde la Corte de Apelaciones Temuco. El 31 de enero de 2014, el ministro Leopoldo Llanos informó a los familiares de cinco de las 26 víctimas del caso *Caravana de la Muerte, episodio Calama*, de la identificación definitiva de los restos de Carlos Berger, Carlos Escobedo, Hernán Moreno, Mario Arguellez, Jerónimo Carpanchai y Luis Moreno.

La intensa labor de acercamiento entre el SML y el Comité Internacional de la Cruz Roja, CICR, dio nuevos frutos en febrero de 2014

⁴¹ Entrevista con el prefecto Tomas Vivanco, julio de 2014.

con la firma de un convenio para que la instancia custodie, durante 30 años, muestras sanguíneas ya donadas al SML por familiares de personas desaparecidas, como referencia para labores de identificación. En agosto de 2014 se inició el envío físico del material.⁴² Felipe Donoso, jefe regional del CICR para los países del Cono Sur y Brasil, expresó en la ocasión su reconocimiento y valoración del trabajo de perfeccionamiento realizado por el servicio desde 2006, tras los problemas asociados con el Patio 29.⁴³

A la vez, salió a la luz en 2014 un nuevo desperfecto histórico en la identificación y entrega de fragmentos de restos, producido por la clandestina remoción y nueva desaparición de cuerpos realizadas por la dictadura en los años setenta. De las 26 víctimas conocidas de la Caravana de la Muerte en su paso por San Pedro y Calama, 19 ya han sido identificadas de manera definitiva, 18 de ellas por estudios genéticos (ADN). Sobre ellos ya no cabe ninguna duda. Pero se ha develado un problema de fragmentos adicionales confiados a familiares y/o incorporados a urnas y sitios de entierro durante los años noventa, en una época en que las técnicas de identificación disponibles tenían un grado menor de exactitud. Es respecto a dichos fragmentos que la asignación realizada en décadas anteriores puede necesitar ser revisada o incluso revertida, según los resultados arrojados por nuevas técnicas. La porción de dicho universo de fragmentos que se encuentra en poder del Servicio está actualmente bajo estudio forense.

3. REPARACIONES

Los marcos jurídicos y normativos vigentes en materia de reparación por graves violaciones a los DD.HH. convergen hacia un modelo íntegro que incluye el derecho a una reparación global. Ello entiende a la sociedad en general, además de la víctima directa e indirecta, como sujeto de ese derecho que toma como horizonte la rehabilitación para la vida social, laboral y familiar y reconoce la transmisión intergeneracional del daño.⁴⁴ En Chile se han desplegado una serie de instancias y medidas de este tipo, siendo el PRAIS sin duda la más longeva y una de las pocas que presta consideración explícita a cada una de las mencionadas dimensiones.

⁴² Previo un período de consulta, concluido en julio 2014, que permitía a quien no desease que sus muestras fueran incluidas en el envío manifestar su preferencia.

⁴³ SML, *Revista Oficial*, 24, mayo de 2014.

⁴⁴ Ver Corte IDH, Almonacid, op. cit.; Principios y Directrices sobre el derecho de las víctimas (ONU AG Res 60-147); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia (ONU AG Res 40-34); y normas citadas en el *Informe* 2013.

3.1. Becas Valech

La Ley 19.992 dispone que las personas calificadas como sobrevivientes por la Comisión Valech tengan derecho a una beca de estudios. La Ley 20.405, de 2009, hizo heredable la beca hasta un nieto o nieta del/la titular, en el caso de que este/a así lo disponga o haya fallecido sin hacer uso de ella. El Ministerio de Educación está aplicando una interpretación restrictiva de la modificación, en que se reconoce el traspaso solamente si fue realizado en vida o si el/la titular haya fallecido antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.405. En consecuencia, se está negando la beca a personas cuyo familiar titular haya fallecido después del 10 de diciembre de 2009 sin disponer de manera explícita el traspaso. Esto puede considerarse como claramente contrario al principio de la igualdad y la intención del legislador. Esta muy particular interpretación, que no aparece explicitada en las referidas normas, está consignada en el documento “Beca de reparación: beca traspaso Valech”, publicado en el sitio web del MINEDUC.

3.2. Propuesta de ex presos políticos y familiares

En 2012 y 2013, el Comando Unitario de ex Prisioneros Políticos y Familiares de Chile se acercó al Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior para plantear reivindicaciones en materia de reparación para sobrevivientes. La iniciativa del Comando, que es integrado por 6 organizaciones, llevó a la preparación de un estudio-propuesta, por parte del Programa, que acaba de ser sometido nuevamente a estudio por las nuevas autoridades. Se propone una instancia permanente de calificación de sobrevivientes y la satisfacción del derecho a la justicia a través de la prestación de asesoría jurídica de parte del Estado, ambas medidas también recomendadas en versiones anteriores del presente *Informe*. El documento señala que, si bien el Programa concentra la disposición y experticia requeridas para una o ambas innovaciones, se requeriría para ello una ampliación de su mandato, facultades y recursos. También esboza los pasos jurídicos y administrativos que se requerirían para dar curso a las peticiones del Comando en cuanto a una revisión del monto de la pensión reparatoria, la eliminación de la incompatibilidad entre pensiones de exoneración política y de sobreviviente, y la remoción de la ley de secreto de los antecedentes Valech.⁴⁵

⁴⁵ Propuesta de reparación a los ex prisioneros políticos y familiares de Chile, s/f, de autoría del Programa de DD.HH., archivado por el Observatorio.

4. MEMORIALIZACIÓN Y MEMORIA HISTÓRICA

4.1. Los 40 años del golpe militar

Varios canales de televisión emitieron programación especial para conmemorar el cuadragésimo aniversario. El 20 de agosto de 2013, el programa *El informante* de TVN enfrentó al sobreviviente Ernesto Ledjerman con Juan Emilio Cheyre, ex comandante en jefe del Ejército y, en 1973, un joven oficial encargado de entregar al entonces niño huérfano a un convento, luego de haber presenciado el asesinato de sus padres por una patrulla militar. El programa, en que el Sr. Ledjerman instó con mucha dignidad a que tanto Cheyre como otros ex militares rompieran los pactos de silencio que impiden descubrir a los aún desaparecidos, desató una inédita discusión sobre la diferencia entre inimputabilidad y ser moralmente intachable (ver *Informe* 2013). En consecuencia, Cheyre debió dejar la presidencia del Servicio Nacional Electoral, si bien sigue integrando su directiva.

Entre otros programas, Canal 13 emitió *Once íntimo*, con testimonios de personas protagonistas del golpe militar. Una edición temática del programa de TVN *Informe especial* dedicada al asunto incluía “La voz de los 40”, narraciones de la historia familiar de once chilenos nacidos en 1973. Un documental de tenor similar fue emitido el mismo 11, reforzando una tendencia a retratar la experiencia cotidiana de la dictadura. Chilevisión presentó *Chile, las imágenes prohibidas*, recopilando material inédito, metraje de la época y entrevistas actuales, bajo la conducción del conocido actor Benjamín Vicuña. Sus cuatro episodios provocaron más de 100 quejas ante el Consejo Nacional de Televisión, por supuestamente “provoca[r] odiosidades y divisiones en el país”.⁴⁶ La miniserie *Ecos del desierto*, de Andrés Wood, relató la transformación de Carmen Hertz en una emblemática abogada de la Vicaría de la Solidaridad luego que su marido, Carlos Berger, fuera asesinado por la Caravana de la Muerte.

4.1.1. “Mea culpa”: Peticiones públicas de perdón

El Senador de la UDI, Hernán Larraín, pidió perdón públicamente “por lo que haya hecho o por omitir lo que debía hacer” en relación a la dictadura.⁴⁷ Agregó, en una carta a la prensa, que “en algún grado, todos fuimos responsables...Unos por callar y otros por contentarse con la explicación oficial”.⁴⁸ En contraste, el diputado UDI Iván Moreira rechazó de plano la necesidad de pedir perdón: “Pinochet...

⁴⁶ La Tercera.cl: “Chile: imágenes prohibidas acumula un centenar de reclamos”, 23 de agosto de 2013.

⁴⁷ El Mostrador.cl: “Hernán Larraín pide perdón por ‘omitir lo que debía hacer’ tras el golpe militar”, 26 de agosto de 2013.

⁴⁸ El Mostrador.cl: “Larraín (UDI) ahonda en por qué pidió perdón”, 2 de septiembre de 2013.

nos salvó la vida a una generación completa”.⁴⁹ Su reacción no pudo impedir una tendencia entre los adherentes más jóvenes de los partidos de derecha a querer revisar y reducir la identificación de su sector con el pinochetismo duro, una tendencia que, en julio de 2014, produjo el anuncio de una “nueva visión”, más autocrítica, sobre su participación en el régimen.⁵⁰ El entonces presidente Sebastián Piñera opinó que, si bien el perdón era un asunto personal, existían civiles que podrían denominarse “cómplices pasivos”, dado que, ante las violaciones, “sabían y no hicieron nada, o no quisieron saber y tampoco hicieron nada”.⁵¹ A una semana del aniversario, la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial emitió un comunicado autocrítico: “Hay que...reconocerlo con claridad y entereza: el poder judicial y, en especial, la Corte Suprema de la época, claudicaron en su labor esencial ... Ha llegado la hora de pedir perdón a las víctimas, sus deudos y a la sociedad chilena”.⁵² Sintiendo interpelado, el pleno de la Corte sesionó emitiendo una declaración pública que, si bien distaba de ser un mea culpa explícito, reconoció graves acciones y omisiones.⁵³ Lorena Pizarro, presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, AFDD, fue crítica: “Aquello que llaman omisión es complicidad con crímenes de lesa humanidad. No dispararon, no torturaron, pero crearon una atmósfera propicia para que se violaran los derechos humanos”.⁵⁴

4.1.2. Actividades de la sociedad civil

El 8 de septiembre se realizó, con masiva asistencia, la tradicional marcha conmemorativa al memorial del Cementerio General de Santiago. El 11, se presentaron ofrendas florales frente a la estatua del ex presidente Salvador Allende en la Plaza de la Constitución. En La Moneda, se celebró una misa con la participación del presidente Piñera. La Cámara de Diputados rindió homenaje a los desaparecidos o asesinados ex diputados Vicente Atencio, Luis Gastón Lobos y Carlos Lorca. El Senado realizó un minuto de silencio. El acto más masivo de la jornada fue una vigilia nocturna en el Estadio Nacional, donde cientos de personas prendieron velas o visitaron las antiguas

⁴⁹ El Mostrador.cl: “Moreira se resiste a que la derecha pida perdón y dice que ‘no hay que olvidar que el 73 eran ellos o nosotros’”, 3 de septiembre de 2013.

⁵⁰ La Tercera: “UDI prepara documento con nueva visión sobre el régimen militar”, 26 de julio de 2014.

⁵¹ La Tercera.cl: “Presidente Sebastián Piñera y su juicio a 40 años del golpe: ‘Hubo muchos que fueron cómplices pasivos: que sabían y no hicieron nada o no quisieron saber’”, 31 de agosto de 2013.

⁵² La Tercera.cl: “Asociación de Magistrados pide ‘perdón’ por sus ‘omisiones’ durante el régimen militar”, 4 de septiembre de 2013.

⁵³ Corte Suprema, declaración pública, 6 de septiembre de 2013.

⁵⁴ La Nación.cl: “AFDD: Jueces fueron ‘cómplices al facilitar el terrorismo de Estado’”, 7 de septiembre de 2013.

graderías de madera en el sector norte del estadio, que han sido preservadas para recordar su pasado como campo de concentración. En Londres 38, se realizó una velación al atardecer, lo mismo que en el centro cultural El Sindicato, en el barrio Yungay, donde se descubrió un mural conmemorativo, obra del artista Heri Tapia, realizado en forma paralela en Belfast, Irlanda del Norte. El 23 de noviembre, ex presos políticos volvieron a la oficina salitrera Chacabuco, en el desierto de Atacama, y excavaron para recuperar una botella, enterrada durante su cautiverio con cartas y mensajes de denuncia. La carta fue confiada al Museo de la Memoria.⁵⁵

4.1.3. Actos oficiales y de oposición

El 9 de septiembre se realizó un acto oficial. El presidente Sebastián Piñera señaló: “cuando miles de compatriotas sufren violaciones de derechos humanos no existen soluciones que puedan reparar todo el dolor y todo el daño causado...pero sí debemos hacer lo que esté a nuestro alcance para aliviar ese dolor y sufrimiento, avanzando en materia de verdad, justicia, reparación y reconciliación”.⁵⁶ En forma paralela, la candidata presidencial Michelle Bachelet realizó un acto en el Museo de la Memoria, con la asistencia de los ex presidentes Ricardo Lagos y Eduardo Frei. Bachelet señaló a la verdad y la justicia como “dos condiciones básicas de la reconciliación de un pueblo” y recaló que “la implantación de la dictadura, los crímenes cometidos por agentes de Estado, la violación de los derechos humanos... son responsabilidad de quienes los cometieron y de quienes los justificaron”.⁵⁷ El martes 10, Bachelet concurreó junto con su madre a un homenaje en el ex centro de detención Villa Grimaldi, donde ambas estuvieron ilegalmente detenidas.

4.1.4. Actividades universitarias

La Universidad Católica en Santiago entregó títulos póstumos a los familiares de 28 estudiantes cuyas vidas fueron truncadas por la dictadura. La USACH hizo lo mismo, con 38 títulos entregados a familiares por el rector, seguido por la inauguración de una placa conmemorativa. La Universidad de Chile también descubrió una placa, recordando a sus profesores, funcionarios, egresados y estudiantes victimizados. Numerosas casas de estudio realizaron encuentros aca-

⁵⁵ The Clinic.cl: “La carta que estuvo enterrada cuarenta años en el campo de concentración Chacabuco”, 3 de diciembre de 2013.

⁵⁶ La Nación.cl: “Piñera: ‘Los que pudimos haber hecho más por los DD.HH. también tenemos una cuota de responsabilidad’”, 9 de septiembre de 2013.

⁵⁷ La Nación.cl: “Bachelet apuntó a ‘los que cometieron y justificaron’ violaciones a DD.HH.”, 9 de septiembre de 2013.

démicos, con expositores nacionales e internacionales. Varias facultades de historia se unieron para convocar el seminario “A 40 años del golpe de Estado en Chile. Usos y abusos de la historia”, realizado en el Centro Cultural Gabriela Mistral, otrora sede de operaciones de la Junta Militar. La Universidad de Chile organizó el seminario “Golpe 1973-2013”. La Universidad Diego Portales realizó la segunda edición de su Cátedra de la Memoria y los Derechos Humanos, en conjunto con el Museo de la Memoria y la Universidad de Georgetown.

4.2. Sitios de memoria, la exigencia social de no olvidar

A fines de 2013, un grupo de ciudadanos y ex marinos constitucionalistas inició una campaña para remover del Museo Naval de Valparaíso una estatua al ex almirante José Toribio Merino, uno de los principales instigadores del golpe de 1973, integrante de la Junta Militar y apologista de la tortura. La agrupación Ciudadanos por la Memoria, entre quienes figuran impulsores del reciente cambio de nombre de la ex Avenida 11 de Septiembre en Santiago, pretenden “señalar todos aquellos símbolos de la dictadura, terrorismo de Estado, que todavía permanecen en los espacios públicos, institucionales, y a que, a nuestro juicio, hace tiempo tuvieron que haber desaparecido”. En 2013, en el Cementerio Israelita de Santiago, se inauguró un memorial a 17 víctimas desaparecidas o ejecutadas de origen judío. En el Estadio Nacional, se inauguró un memorial cerca de la entrada por Avenida Grecia y preservaron los antiguos camarines de la piscina, donde estuvieron detenidas las prisioneras mujeres.⁵⁸ En febrero de 2014, la Agrupación Tres y Cuatro Álamos realizó un acto pidiendo la transformación de las instalaciones, actualmente un hogar de SENAME, en una casa de memoria. En mayo, en el Día del Patrimonio Nacional, la Villa Grimaldi reinauguró la Plaza de la Esperanza, un conjunto escultórico al centro del parque. Siete sitios de la Región Metropolitana se encuentran agrupados en la red Memoria Activa, que ofrece, en asociación con el INDH y el Museo de la Memoria, un tour guiado para grupos a 4 de los sitios participacionales, culminando en un taller de reflexión.⁵⁹ Nuevos colectivos surgieron para exigir la recuperación de ex centros clandestinos tales como el ubicado en la calle Irán 3037 de Santiago, denominado la “Venda Sexy”, nombre que provoca el rechazo de algunos activistas por su violenta connotación y posible origen entre los mismos agentes perpetradores. También emergió una Asociación por la Memoria y los Derechos Humanos Colonia Dignidad, que promueve acciones judiciales y también

⁵⁸ Radio Universidad de Chile.cl: “Este martes se inaugura memorial a prisioneros políticos en Estadio Nacional”, 3 de marzo de 2014.

⁵⁹ Ver www.educacionymemoria.cl.

intenta, hasta ahora infructuosamente, instalar un memorial dentro del recinto, donde los colonos actualmente administran comercios subsidiados que incluyen el turismo.

5. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

En el caso *Velásquez Rodríguez*, de 1998, la Corte IDH estableció que “el Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos”.⁶⁰ El INDH es una de varias instancias que recientemente han empezado a dotar a Chile de una mínima –y aún insuficiente– institucionalidad específica dedicada a la promoción y garantía de los DD.HH. Entre sus múltiples actividades, el INDH colaboró en 2014 con la Universidad Diego Portales para impulsar un nuevo programa de Magíster en Derecho Internacional de los DD.HH., dirigido a funcionarios públicos. El primer grupo, en que figuran profesionales de la PDI, FF.AA. y Fiscalía, entre otros, ya inició sus estudios, que incluyen un módulo sobre justicia de transición. En el mundo de los DD.HH. existe interés en que esta labor formativa del INDH se extienda a otras instancias, tales como el ámbito sindical.

Si el INDH es el puente entre el Estado y la sociedad en materia de DD.HH., su necesaria contraparte sería una instancia dentro del aparato estatal que no solamente coordine acciones existentes, sino que promueva además la materialización y consideración de los derechos en la formulación de toda nueva política pública y la operación cotidiana de la administración pública. La nueva Subsecretaría de DD.HH., anunciada bajo el gobierno anterior, podría cumplir dichas funciones. El ya mencionado equipo especial dentro del Ministerio de Justicia, encargado de algunas labores preparativas para la instancia –cuyo proyecto de ley se encuentra en segundo trámite legislativo desde abril de 2014–, está elaborando, además, varios proyectos de ley. Uno de los más relevantes en materia de garantías de no repetición es la tipificación del crimen de tortura, si bien se nos informa que la instalación de los mecanismos preventivos que el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura recomienda, así como la activación de un plan nacional de DD.HH., tendrán que esperar la entrada en vigor de la Subsecretaría misma. En materia de tipificación, se anunció a fines de julio un ciclo de diálogos ciudadanos, convocando por agrupaciones de sobrevivientes. Es de esperar que esa instancia recoja la vasta experticia profesional existente en el mundo de los DD.HH. al respecto, además de consultar en profundidad

60 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, op. cit., párr. 174.

a instancias estatales como el PRAIS, el Programa de DD.HH. y el SML, que ha sido pionero en formar funcionarios nacionales en los protocolos internacionales relevantes.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En pos de un cumplimiento pleno de sus responsabilidades nacionales, regionales e internacionales en materia de verdad, justicia, reparaciones y garantías de no repetición por las graves violaciones a los DD.HH. cometidas durante la dictadura de 1973-1990, el Estado de Chile debería:

- 1 Dar cabal cumplimiento a los fallos *Almonacid* y *García Lucero* de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH en relación al caso *FACH* y cualquier otro similar que a futuro se conozca.
- 2 Reponer, con calidad de urgencia, una versión de los existentes proyectos de ley interpretativa sobre el DL de Amnistía, o, de otra manera legislar con urgencia para eliminar su vigencia y efectos.
- 3 Dotar de urgencia desde el ejecutivo a los demás proyectos de ley nombrados en este capítulo, que buscan cumplir con los deberes del Estado y los derechos de la ciudadanía en materia de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.
- 4 Analizar, bajo el principio de igualdad, las condiciones carcelarias y situación de beneficios jurídicos y económicos de los perpetradores de crímenes de lesa humanidad actualmente condenados por los tribunales chilenos, eliminando diferencias no justificables entre distintas categorías de reclusos y estableciendo prácticas en relación a la concesión de beneficios intrapenitenciarios que sean transparentes, sujetas al control judicial, y acordes a la particular gravedad que todo cuerpo normativo aplicable reconoce a esta clase de delito.
- 5 Establecer una instancia permanente de calificación de víctimas y sobrevivientes de violaciones a los DD.HH. cometidas en tiempos de dictadura, que supervise un correcto cumplimiento del derecho a la verdad, y que esté plenamente facultada y equipada para el correcto diseño y administración de programas de reparación integrales.
- 6 Establecer una mesa intersectorial permanente, con el fin de estimular una coordinación e intercambio permanentes entre todas las agencias estatales relevantes mencionados en este capítulo, y que permita, además, recoger la experiencia y experticia acumulada en estas agencias para mejorar el diseño de nuevas leyes, medidas y agencias orientadas a la mejora de la protección y promoción de los derechos humanos a futuro.

- 7 Satisfacer, por primera vez, el derecho a la justicia de las y los sobrevivientes de tortura y prisión política, proveyéndoles de asesoría y representación jurídica adecuada para la judicialización de sus causas. Suministrar ante tribunales todo material estatal de potencial relevancia e iniciar, de oficio, investigaciones por el crimen de tortura en relación a cada uno de los casos denunciados ante las respectivas comisiones de verdad y las demás instancias de reparación administrativa establecidas desde 1990, siguiendo los principios indicados por las Corte IDH en el fallo *García Lucero*.
- 8 Avanzar con urgencia en la tipificación del crimen de tortura conforme a los estándares internacionales, y en el diseño e implementación del mecanismo preventivo que el respectivo Protocolo facultativo requiere.
- 9 Avanzar con la debida celeridad en la implementación de la Subsecretaría de DD.HH., y Plan Nacional de DD.HH., como medidas que apuntan a crear garantías de no repetición
- 10 Dejar de oponerse a la satisfacción del derecho a la reparación por vía jurídica, reconociendo en ley y en todo actuar por el Estado o en nombre de sus intereses la imprescriptibilidad de las acciones civiles en la materia.
- 11 Estudiar la extensión de la actual exclusividad de funciones concedidas a los ministros en visita adjuntos a la Corte de Apelaciones de Santiago y a las y los demás ministros en visita en causas de DD.HH.
- 12 Valorar, fortalecer y robustecer el PRAIS, en atención a su carácter único e irremplazable como una instancia de verdadero alcance nacional, con el mandato de entregar apoyo individualizado permanente a sobrevivientes, familiares y múltiples otras categorías de personas afectadas por las violaciones cometidas en tiempos de dictadura.

LA HUELGA, UN DERECHO FUNDAMENTAL¹

¹ Capítulo elaborado por Karla Varas Marchant y César Toledo Corsi, con la colaboración de los ayudantes Macarena Alvarado, Gabriela Cisterna Orellana, Nicolás Escobar, Fernando Gibson, María Ignacia Macari y Adrián Vergara.

SÍNTESIS

A 24 años del retorno a la democracia, los sucesivos gobiernos de la Concertación y la actual Nueva Mayoría, han mantenido el sistema de relaciones colectivas del trabajo diseñado por la dictadura bajo el conocido “Plan Laboral”.

Las reformas legislativas desplegadas en los últimos 24 años solo han sido simples retoques o ajustes al modelo imperante, dejando intactas sus bases esenciales: sindicalismo minimalista, negociación colectiva radicada en la empresa, un derecho de huelga reducido a su más mínima expresión, ausencia del conflicto colectivo; en definitiva, un modelo restrictivo de la autonomía colectiva, donde el sindicato cumple meros fines gremiales, viendo reducido su accionar al nivel de la empresa a fin de garantizar que las remuneraciones sean fijadas de acuerdo a la productividad de los trabajadores, con un derecho de huelga ineficaz y en la mayoría de los casos inexistente.

En materia de derecho de huelga, el panorama es desolador. No solo existe una deuda en materia legislativa, sino además en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por el empleador tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: invisibilizar el conflicto laboral de fondo a cambio de mostrar la “sangre”, resaltando situaciones puntuales de violencia física.

El presente capítulo pretende abordar este triple incumplimiento en materia de derecho de huelga: legal, institucional y comunicacional, dando cuenta de la gran deuda que tiene el Estado chileno con sus trabajadores, es decir, con la gran mayoría de la población.

PALABRAS CLAVES: Huelga, Conflicto laboral, Reemplazo ilegal, Prácticas antisindicales.

INTRODUCCIÓN

En el *Informe anual de derechos humanos* de 2008 sostuvimos que el derecho de huelga juega un rol esencial para los efectos de mejorar la distribución de ingresos existente en el país. Advertimos la importancia que cumple este derecho para la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores y, en definitiva, para alcanzar mejores condiciones de trabajo y de remuneración.

Ahora queremos reafirmar la importancia del derecho de huelga en nuestro sistema de relaciones laborales, bajo el convencimiento que constituye el pilar esencial para que los trabajadores puedan construir un efectivo contrapeso al poder que ejerce el empleador al interior de la relación laboral y de ese modo limitar y reducir los efectos que se derivan de su ejercicio.

En el ámbito internacional, el rol y la centralidad del derecho de huelga en el sistema de relaciones laborales están ampliamente reconocidos, situación de la que nuestro país está muy lejos, ya que, como veremos en el transcurso del presente informe, la regulación restrictiva y obstaculizadora del derecho de huelga que consagra el Código del Trabajo vulnera de manera reiterada y sistemática los estándares internacionales que han fijado los órganos de control de la libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Y esas vulneraciones no solo se limitan al ámbito legal, sino que repercuten en la institucionalidad laboral y en el discurso público de los medios de comunicación social.

1. LA HUELGA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

El reconocimiento del derecho de huelga en los tratados internacionales adopta dos formas: el reconocimiento explícito, cuyo referente lo constituye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales (artículo 8 letra d.)² y el reconocimiento implícito, que se advierte, entre otros, en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT)³ sobre libertad sindical, a partir de la interpretación que de ellos formulan sus diversos órganos de control de la libertad sindical, para los cuales el reconocimiento del derecho de libertad sindical (o derecho de sindicación) supone el ejercicio del derecho de huelga. Así, para el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) del Consejo de Administración de la OIT,⁴ “el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales”,⁵ constituyéndose en un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”.⁶ A su vez, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) ha señalado:⁷ “Si bien el derecho de huelga no figura expresamente en la Constitución de la OIT, ni en la Declaración de Filadelfia, y tampoco está específicamente reconocido en los Convenios núms. 87 y 98, parece darse por sentado en el informe elaborado para la primera discusión del Convenio núm. 87, varias resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, de conferencias regionales o de comisiones sectoriales ponen de manifiesto el derecho de huelga o las medidas adoptadas para garantizar su ejercicio”.⁸

El principio básico en materia de huelga fue fijado por el CLS en su segunda reunión de 1952, y postula que el derecho de huelga “es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”, de lo cual se deriva su universalidad y, por ende, la adopción de un criterio restrictivo a la hora de delimitar las categorías de trabajadores que puedan ser privadas de este derecho y las limitaciones legales a su ejercicio, su finalidad múltiple y su inmunidad cuando es ejercido correctamente.⁹

2 Asimismo, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, adoptada por la novena Conferencia Interamericana en 1948, en su art. 27, reconoce explícitamente que los trabajadores gozan del derecho de huelga.

3 La OIT es un organismo especializado de las Naciones Unidas, creado en 1919, cuyo objetivo es la promoción de la justicia social y el reconocimiento de las normas fundamentales del trabajo.

4 El CLS es el órgano encargado de examinar las quejas sobre violaciones de la libertad sindical presentadas por las organizaciones de trabajadores o empleadores en contra de alguno de los Estados miembros de la OIT.

5 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. (revisada), Ginebra, 2006, párr. 522, p. 115.

6 *Ibid.*, párr. 523, p. 115.

7 La CEACR es el órgano encargado de evaluar el estado de aplicación de las normas internacionales del trabajo en cada uno de los Estados miembros de la OIT.

8 CEACR, *Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones N° III (parte 4B)*. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión CIT, 1994, pp. 66-67.

9 Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de*

Más allá de las restricciones que los convenios de la OIT autorizan imponer a los Estados miembros en lo que a libertad sindical se refiere (respecto a fuerzas armadas y policía), las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga se concentran en: a) los “servicios esenciales”, esto es, aquellos ámbitos de actividad en los cuales el derecho de huelga debe conciliarse con la vigencia de otros bienes jurídicos de la mayor relevancia: la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la población; y b) los “servicios mínimos de funcionamiento”, que se verifica cuando se está en presencia de servicios no esenciales donde, a juicio de los órganos de control de la OIT, no se puede prohibir la huelga pero sí imponerse tal servicio mínimo de funcionamiento.¹⁰

Respecto de los servicios esenciales, y sin perjuicio que se trata de un concepto que en su sentido estricto ha sido objeto de sucesivas precisiones por parte de los órganos de control de la OIT y que no se trata de enumeraciones taxativas, se han considerado como tales al sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios públicos o privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos, y el control de tráfico aéreo, entre otros.¹¹

Por otra parte, se ha sostenido que el establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento en caso de huelga solo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) servicios públicos de importancia trascendentales.¹²

Fuera de estas limitaciones, la OIT recoge una concepción amplia del derecho de huelga, que se manifiesta en:

- a. El reconocimiento del derecho de huelga como un derecho de finalidad múltiple, lo que se deriva de los objetivos que le han sido reconocidos: la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. Así, el derecho de huelga se puede ejercer para reivindicar intereses de índole laboral (mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), de naturaleza sindical (relacionados con los derechos de las organizaciones sindicales y sus

huelga, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 11.

¹⁰ *Id.*

¹¹ OIT, *La libertad sindical*, op. cit., párr. 585, p. 126.

¹² *Ibid.*, párr. 606, p. 131.

dirigentes) y políticos.¹³ Incluso, la OIT ha reconocido que la huelga puede ser ejercida en apoyo de reivindicaciones de derechos de terceros, garantizando con ello la legitimidad de las huelgas de solidaridad, es decir, aquellas que se insertan en otra emprendida por otros trabajadores.¹⁴

En lo que respecta al caso chileno, es importante precisar, que tanto el CLS como la CEACR, “han rechazado la tesis de que el derecho de huelga debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo”.¹⁵ En otras palabras, la huelga puede ser ejercida más allá de la negociación colectiva, reglada o no reglada.¹⁶

- b. La aceptación de diversas modalidades de ejercicio del derecho de huelga, sin reducirlo, como ocurre en nuestro país, a la abstención colectiva del trabajo.

El principio básico en esta materia es el de admitir diversas modalidades bajo las cuales se puede ejercer el derecho de huelga, siempre que se realicen en un contexto pacífico.

De esta manera, el CLS ha considerado legítimas las ocupaciones de centro de trabajo, los piquetes de huelga, la paralización intempestiva, la huelga de celo o trabajo a reglamento, la huelga de brazos caídos y trabajo a ritmo lento, entre otras, considerando justificadas las limitaciones a tales modalidades solo cuando la huelga dejase de ser pacífica.¹⁷

- c. La exigencia de que los procedimientos legales que se establezcan para declarar una huelga sean razonables, sencillos y rápidos, para así evitar que se transformen en obstáculos al efectivo ejercicio del derecho de huelga.¹⁸

13 El CLS, reconociendo lo difícil que es efectuar una distinción clara entre lo político y lo sindical, ha sostenido: “Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida”. *Ibid.*, párr. 527, p. 116. En el mismo sentido, ha señalado que, si bien las huelgas de naturaleza puramente políticas no están cubiertas por los principios de la libertad sindical, “los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno”. *Ibid.*, párr. 529, p. 117. Respecto a las huelgas políticas, el CLS, además, les ha conferido legitimidad, cuando revisten el carácter de generales. *Ibid.*, párrs. 534 y 544, p. 119.

14 Al respecto, el CLS ha indicado que, “una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen”. *Ibid.*, párr. 534, p. 118.

15 Gernigon, Otero y Guido, *op. cit.*, p. 13.

16 El CLS ha sostenido: “El derecho de huelga no debiera limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros”. OIT, *La libertad sindical*, *op. cit.*, párr. 531, p. 117.

17 *Ibid.*, párrs. 545, p. 119.

18 *Ibid.*, párrs. 547 y 548, p. 120.

- d. La admisibilidad del recurso al arbitraje obligatorio solo cuando ha sido solicitado por las dos partes implicadas en el conflicto o en aquellos casos en los cuales la huelga pueda ser limitada, esto es, en los casos de conflictos en la Administración Pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población.¹⁹
- e. El reconocimiento del derecho de huelga en la función pública, admitiéndose la posibilidad de limitación o restricción solo respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de policía, y en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o cuando la interrupción de los servicios que prestan pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.²⁰
- f. La existencia de un criterio restrictivo para los efectos de prohibir la huelga, siendo el principio determinante la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.²¹
- g. Siguiendo el contexto anterior, la configuración de una concepción estricta del término servicios esenciales, esto es, aquellos cuya interrupción pueden poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.²²
- h. La posibilidad de exigir un servicio mínimo de funcionamiento solo en caso de huelga en servicios de utilidad pública o en los servicios públicos de importancia trascendental, debiendo participar en la determinación de este servicio mínimo tanto los empleadores como las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.²³
- i. En los casos donde se admite la prohibición o limitación del derecho de huelga –función pública y servicios esenciales–, deben establecerse medidas compensatorias a favor de los trabajadores que les garanticen una protección adecuada de sus intereses, como, por ejemplo, el establecimiento de procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos, donde los interesados puedan participar en todas sus etapas.²⁴

¹⁹ *Ibíd.*, párrs. 564 y 565, p. 122.

²⁰ *Ibíd.*, párrs. 574, 575, 576 y 577, p. 124.

²¹ *Ibíd.*, párr. 581, p. 125.

²² *Ibíd.*, párr. 583, p. 126.

²³ Gernigon, Otero y Guido, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ OIT, *La libertad sindical*, *op. cit.*, párrs. 595 y 596, p. 129.

- j. La prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, por constituir una grave violación de la libertad sindical.²⁵
- k. El reconocimiento del principio de que nadie puede ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima.²⁶
- l. En base a lo anterior, el reconocimiento de que los despidos de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituyen una discriminación grave en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio 98.²⁷

2. LA NORMATIVA INTERNA EN RELACIÓN AL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

2.1. Panorama general

Las fuentes normativas nacionales no reconocen explícitamente el derecho de huelga y el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del carácter implícito del derecho de huelga en el derecho de sindicación que la Constitución reconoce en el artículo 19 N°19.

Marcando un acento en sentido contrario a la Constitución chilena de 1925 que, luego de la reforma de 1971, reconoció explícitamente el derecho de huelga, la actual Constitución mantiene en esta materia el texto aprobado en dictadura en el cual la huelga es referida únicamente desde una óptica negativa, limitándose a explicitar los casos en que se encuentra prohibida, precisamente en el numeral 16 del artículo 19, que reconoce, aunque con limitaciones, el derecho a negociar colectivamente. La prohibición afecta a los funcionarios del Estado, de las municipalidades y a quienes trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

A partir del modo como se encuentra redactada la parte final del artículo 19 N°16 de la Constitución, la doctrina constitucional ha manifestado que implícitamente se reconoce el derecho de huelga respecto de quienes no se encuentran alcanzados por la prohibición explícita;²⁸ se sostiene que se trata de una regulación indirecta, planteada en términos negativos y en la cual se subrayan las hipótesis de prohibición.²⁹ Desde

²⁵ *Ibid.*, párrs. 632 y 633, p. 136.

²⁶ *Ibid.*, párr. 660, p. 141.

²⁷ *Ibid.*, párrs. 661, 662 y 663, p. 141.

²⁸ Guido Macchiavello Contreras, *Derecho colectivo del trabajo. Teoría y análisis de sus normas*, Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 443.

²⁹ Pedro Irureta Uriarte, *Constitución y orden público laboral. Un análisis del art. 19 N°16 de la Constitución chilena*, Colección de Investigaciones Jurídicas, 9, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 185.

la vereda del constitucionalismo, también se ha sostenido el reconocimiento del derecho de huelga en la Constitución.³⁰

Por su parte, la ley, a distancia de esta última lectura, se refiere a la huelga como una etapa final, pero eventual, de un tipo específico de negociación colectiva (la de carácter reglado), antes que como un derecho de los trabajadores. Esta regulación es heredera de la contenida en el DL 2.758 de 1979, inserta en el denominado Plan Laboral, normativa que pretendió regular la huelga de acuerdo al libre mercado, esto es, reconociéndole al empleador el derecho a actuar, durante la huelga, con la plenitud de sus facultades, incluido el derecho a contratar rompehuelgas. El matiz de diferencia se encuentra en que, a partir de la reforma introducida por la Ley 19.069 de 1991, se encareció la contratación de rompehuelgas desde el primer día de la huelga por medio de la exigencia de una oferta mínima (piso del instrumento colectivo vigente más reajustabilidad en base a IPC), más el ofrecimiento de 4 UF por cada trabajador reemplazante utilizado. Diez años más tarde, se precisó que este aumento del costo estaba asociado a que no se cumpliera con los requisitos legales al reemplazo de los huelguistas (artículo 381) y no simplemente a la contratación de trabajadores durante la huelga, modificación a la que, con el tiempo, la jurisprudencia predominante de los tribunales ha restado valor.

De esta manera, la ley, en vez de reconocer de modo efectivo el derecho de huelga, lo restringe y acota sus efectos según el grado de cumplimiento de ciertos requisitos. Y lo hace, paradójicamente, no desde la óptica de sus titulares y buscando que produzca sus efectos, sino desde el derecho del empleador a inhibir los mismos. Nuestro modelo no contempla una concepción amplia o abierta de la huelga ni deja en poder de la autonomía sindical su desarrollo. Asimismo, impone numerosas limitaciones al ejercicio de la huelga; entre estas, la determinación por la ley del momento en que debe votarse, la mayoría con la cual debe aprobarse y el momento en que debe materializarse. A esto se suma la prohibición implícita de ejercer la huelga a todos aquellos trabajadores a quienes la ley les niega el derecho a negociar colectivamente bajo la modalidad reglada.

30 José Luis Cea Egaña, "Dignidad, derechos y garantías en el régimen constitucional chileno", presentación y estudio introductorio en Carlos Peña González, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Colección Estudios, 5, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, p. 38.

2.2. Situaciones de violación a los estándares internacionales en materia de huelga

2.2.1. Normativa del sector privado

2.2.1.1. La excesiva regulación y procedimentalización del derecho de huelga

El *Informe* 2008 graficaba de manera clara la excesiva reglamentación del derecho de huelga contenida en el Código del Trabajo, afirmando correctamente que nuestro país sigue un modelo intervencionista de las relaciones de trabajo, para así controlar el ejercicio de la libertad sindical y la huelga.³¹

Ahora bien, la excesiva reglamentación del derecho de huelga, los obstáculos que se han impuesto para hacerla efectiva y las consecuencias previstas por el legislador cuando se incumple alguno de sus requisitos, constituyen un claro atentado a la libertad sindical, que ha sido fuertemente cuestionado por la CEACR, según analizaremos a continuación:

- a. En cuanto al quórum de aprobación de la huelga, la CEACR ha solicitado de modo reiterado al gobierno chileno que modifique los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que establecen que la huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa, lo que a la fecha no se ha verificado.³²

Ya en el *Informe* de 2003, la CEACR recordó al gobierno que las disposiciones legislativas que exijan que las acciones de huelga sean votadas por los trabajadores, solo deben tomar en consideración los votos emitidos y que el quórum necesario debe fijarse a un nivel razonable, ante lo cual solicitó, sin respuesta, que se tomaran las medidas necesarias para modificar los artículos señalados.³³

- b. En cuanto a la oportunidad para hacer efectiva la huelga, la CEACR ha solicitado al gobierno modificar el artículo 374 del Código del Trabajo que establece que, una vez que se dispuso recurrir a la huelga, esta debe hacerse efectiva dentro de los tres días siguientes, entendiéndose que si no se hace efectiva en dicha oportunidad los trabajadores desisten de la huelga y aceptan la última oferta del empleador.³⁴ A su vez, ha estimado que: “1) el hecho de no hacer

31 Las reglas de procedimiento que considera nuestra legislación están relacionadas con la oportunidad para votar la huelga, los requisitos de votación, el momento para hacer efectiva la huelga, los buenos oficios de la Inspección del Trabajo, y los efectos que conlleva el incumplimiento de tales requisitos. José Luis Ugarte Cataldo, “La huelga como derecho fundamental”, Informe 2008, pp. 145-147.

32 Observaciones formulados por la CEACR. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), 101ª reunión CIT, 2012.

33 CEACR, Solicitud directa, 2003; 92ª reunión CIT, 2004. La misma observación fue formulada en los informes de 2001 y 2002.

34 Observaciones formulados por la CEACR. 101ª reunión CIT, (2012) op. cit.

efectiva la huelga dentro de los tres días de acordada no debiera significar la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores, 2) la aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o sus representantes, 3) los trabajadores no deberían perder su derecho a recurrir a la huelga por no hacerlo efectivo dentro de los tres días de declarada la misma”.

- c. Respecto de la presunción de entender que se acepta la última oferta del empleador, la CEACR ha cuestionado el establecimiento de una presunción tácita de la voluntad colectiva de los trabajadores de entender que, ante el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos para el ejercicio del derecho de huelga, aceptan la última oferta del empleador, señalando que: “desde el punto de vista de la Comisión, dicha aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o por los representantes involucrados en la negociación”.³⁵

2.2.1.2. Al sindicato no se le reconoce titularidad exclusiva del derecho de huelga

El sindicato no tiene el papel central en la negociación colectiva. Se coloca en un plano de igualdad a los llamados grupos negociadores, sin importar que en el ámbito de negociación respectiva pudiere existir un sindicato, con lo cual se genera un escenario propicio para que los empleadores fueren la constitución de tales grupos (cuya sobrevivencia no excederá a la misma negociación) y con ello desincentiven la afiliación sindical.

El legislador no atribuye al sindicato la titularidad del ejercicio del derecho de huelga, dejando a este como un derecho individual que requiere, al menos al inicio, un ejercicio colectivo del mismo. A su vez, el derecho a reintegro a sus labores por parte de los trabajadores en huelga también es concebido por la ley como un derecho individual, al punto que la jurisprudencia ha rechazado limitaciones a este derecho impuestas por la voluntad colectiva del sindicato votada en asamblea.³⁶

Estimamos que la titularidad del derecho de huelga debiese encontrarse radicado exclusivamente en las organizaciones sindicales, toda vez que estas tienen como finalidad la protección permanente de los derechos e intereses de los trabajadores, velando por el mejoramiento constante de las condiciones de trabajo y remuneración, para lo cual el ejercicio del derecho de huelga es indispensable.

³⁵ Comentarios formulados por la CEACR. 73ª reunión CIT, 2002. Posteriormente la CEACR ha requerido al Estado chileno que modifique, entre otros, los arts. 373 y 374 del Código del Trabajo.

³⁶ Así, sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo de Antofagasta, *Compañía Minera Spence S.A. contra Sindicato de Trabajadores de Empresa Minera Spence S.A.*, 6 de marzo de 2010.

2.2.1.3. Límites en cuanto a los participantes de una huelga

Una vez que se hace efectivo el derecho de huelga, en ella solo pueden participar los trabajadores involucrados en el proceso de negociación colectiva reglada, excluyéndose a aquellos que pertenecen a un sindicato distinto del que la ha declarado o a cualquier trabajador de la empresa que quiera adherir a la misma.

En consecuencia, en nuestro sistema jurídico no tienen cabida las huelgas de solidaridad, esto es, aquellas que se insertan en otras emprendidas por trabajadores distintos, es decir, que no tienen una repercusión directa en los que las declaran.³⁷

Al respecto, la CEACR, advirtiendo que de los artículos 370 y 371 del Código del Trabajo se desprende que el derecho de huelga solo puede ser ejercido ante el fracaso del procedimiento de negociación colectiva y solo a nivel de empresa, previene al Estado chileno que “los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal (...), solicitándole que indique si se permite la realización de acciones más allá de las contempladas en el marco de los conflictos colectivos a nivel de empresa, tales como huelgas a nivel nacional, interempresa, por motivos socioeconómicos o de solidaridad, sin que ello acarree sanciones para los que la realizan”.³⁸

En la actualidad, esta variante del derecho de huelga cobra gran relevancia, principalmente por el aumento del trabajo en régimen de subcontratación y la tendencia a la concentración de las empresas, lo que en materia sindical se traduce en la fragmentación de las organizaciones sindicales, toda vez que no existe la negociación ramal o interempresa y, en consecuencia, en muchas ocasiones, para que la huelga declarada por alguna de esas organizaciones sindicales tenga efecto, resulta indispensable que los demás sindicatos del grupo de empresas o de las empresas contratistas solidaricen con la misma.

2.2.1.4. Limitaciones respecto a la finalidad del derecho de huelga

Nuestro modelo normativo recoge una concepción restrictiva del derecho de huelga, toda vez que se reconoce como única finalidad de la huelga la negociación de un contrato colectivo de trabajo, el instrumento por el cual se fijan las condiciones comunes de trabajo y de remuneración. Las huelgas que persigan otros objetivos, como presionar ante despidos masivos o infracciones a la normativa laboral, denunciar los incumplimientos de los instrumentos colectivos de trabajo o la existencia de prácticas antisindicales, entre otras, son “ilegales” o, en nuestro concepto, más bien atípicas, toda vez que no se encuentran expresamente reconocidas por el legislador laboral.

³⁷ Gernigon, Odero y Guido, op. cit., p. 16.

³⁸ Comentarios formulados por la CEACR. 73ª reunión CIT, op. cit.

La OIT ha rechazado esta concepción restrictiva, señalando que la huelga no debe limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo. Se constata un nuevo incumplimiento de los estándares impuestos por la referida organización internacional, que incluso admite la legitimidad de las huelgas políticas.

2.2.1.5. Limitaciones en cuanto a la modalidad del derecho de huelga

De la regulación del Libro IV del Código del Trabajo se deduce, a falta de una definición de huelga, que no se reconoce más que un modo de verificación de esta, cual es la abstención colectiva del trabajo por parte de todos los trabajadores que participan del proceso de negociación colectiva reglado en que recae, y de forma indefinida hasta que las partes logren acuerdo en torno a las condiciones comunes de trabajo y remuneración que las regirán por un determinado período de tiempo.

Radicalmente distintos a nuestro modelo son aquellos sistemas que recogen una noción amplia del derecho de huelga, donde su ejercicio no solo involucra una interrupción total e indefinida de labores, sino que, en general, cualquier tipo de perturbación del proceso productivo.

Dentro de esta noción amplia del derecho de huelga, son admisibles diversas modalidades de la misma, tales como huelgas de solidaridad o de simpatía, huelgas de advertencia, huelgas de trabajo lento, a desgano, a reglamento, tortuguismo, huelgas rotativas, bloqueos de la empresa, ocupación del centros de trabajo y piqueteo, entre otras.

El principio general sustentado por la OIT en esta materia es que las modalidades que puede revestir la huelga no se limitan a la típica interrupción de labores, aceptándose otras como la ocupación del centro de trabajo, trabajo a ritmo lento y huelgas de celo, entre otras, siempre que revistan carácter pacífico.³⁹

En esto nuestro derecho interno también se aleja de la doctrina de los órganos centrales de la OIT, vulnerando abiertamente el principio de libertad sindical. Es de esperar que en un futuro próximo se efectúen las modificaciones legales necesarias para subsanar estas deficiencias o que los órganos llamados a resolver los conflictos –Dirección del Trabajo (en adelante, DT) y Tribunales de Justicia– interpreten la normativa a la luz de los tratados internacionales ratificados por Chile.

Pese al restrictivo marco legal expuesto, en base a la estrategia y plan de acción que adopten las organizaciones sindicales, declarada la huelga, los trabajadores involucrados en ella no solo se pueden abstener de concurrir a su trabajo, sino que además pueden realizar una serie de actos para manifestar a la empresa y comunidad su descontento ante

³⁹ Gernigon, Otero y Guido, op. cit., p. 12.

las políticas de recursos humanos existentes, entre otras materias. Así, podrán desplegar lienzos y carteles donde expongan sus demandas y molestias, realizar actos públicos y marchas, entre otras acciones, siempre que se enmarquen en un contexto pacífico.⁴⁰

2.2.1.6. La pérdida de eficacia de la huelga: El reemplazo de huelguistas

Otra fuerte restricción en nuestro modelo normativo al ejercicio de este derecho es la institución del reemplazo de trabajadores en huelga.

Si bien el artículo 381 del Código del Trabajo establece que la regla general es la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga, la situación de excepción que contempla la misma norma legal es de tal amplitud que, en los hechos, hace posible que el reemplazo se convierta en una práctica habitual. Además, de todos modos –se cumplan o no tales requisitos– el legislador permite el reemplazo a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre que se pague un bono de 4 UF por cada trabajador reemplazante de los huelguistas.

Ahora bien, los requisitos para que el empleador pueda proceder al reemplazo de trabajadores en huelga a partir del día uno son los siguientes:

- a) Que la última oferta del empleador sea formulada con los requisitos y anticipación indicados en el inciso 3° del artículo 372 del Código del Trabajo;
- b) Que la última oferta contenga idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento;
- c) Que la última oferta contemple una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses;
- d) Que la última oferta ofrezca el pago de un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante.
- e) En caso que no exista un instrumento colectivo vigente, la última oferta debe ofrecer, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

⁴⁰ La Constitución Política garantiza a todas las personas el derecho de libertad de expresión (art. 19 N° 12) y el derecho de reunión (art. 19 N° 13).

Estas exigencias, que suponen a grosso modo garantizar a los trabajadores partícipes de la negociación colectiva un piso de beneficios (los vigentes, más reajustabilidad de los mismos y del futuro instrumento, con excepción de los últimos 12 meses de su vigencia), más el ofrecimiento de 4 UF por reemplazante, constituyen la moneda de cambio ante la precariedad con que se reconoce el derecho de huelga. Resulta tan evidente que este derecho, en la forma que adopta en la ley chilena, no supone un contrapoder efectivo y es totalmente inútil para condicionar una mejora efectiva de las condiciones laborales de los trabajadores, que se optó por una fórmula que permite a estos, aun frente a la peor negociación, “exhibir algo (aparentemente) ganado”.

Esta filosofía del sistema de negociación colectiva que nos rige fue explicitada por el mentor del Plan Laboral de un modo que no deja lugar a dudas:

Lo importante es que el empleador no puede ofrecerle menos de lo que tiene con el mecanismo que ideamos, que está astutamente conectado con esto, ya que un empleador podría decirle a las personas: “Usted gana 100; yo le ofrezco 80 y si no, vaya a la huelga”. Y empieza esa huelga dura. Por un elemento de justicia deseamos evitar eso. Para conciliar este hecho de la huelga, que no nos gusta pero al que le hemos buscado una salida, le ponemos un mínimo cosa de que la discusión ya se centre en un aumento, pero hacemos que ese aumento sí sea difícil de obtener, a menos que la persona valga, en cuyo caso el empleador se lo va a pagar. (...) Por eso quise señalar esto, porque esto es absolutamente unido a la huelga que hay. O sea esto va con la huelga, esto la matiza, la hace aceptable en términos de justicia, en términos políticos, de presentación internacional y en términos de todo lo que viene después; es decir, diría que son las dos cosas bastante originales en términos de la legislación tradicional chilena, pero que consideramos mucho más justo y mucho más sano para todo el esquema económico.⁴¹

La sola posibilidad de reemplazar a los trabajadores huelguistas merma la eficacia y sentido del derecho de huelga, ya que con ello no se cumple con la finalidad de paralizar el proceso de producción de la empresa e interrumpir su normalidad, y, por ende, no se genera ningún “daño” al patrimonio del empleador a fin de presionarlo para acceder a las reivindicaciones de los trabajadores. Ello, ya está dicho,

⁴¹ Sesión de la Junta Militar de Gobierno del 25 de junio de 1979 contenida en Acta 372-A, disponible en: historiapolitica.bcn.cl.

forma parte de las “originalidades” del sistema chileno de negociación colectiva.

Aunque parezca increíble, la forma como se ha interpretado la norma legal que permite el reemplazo de huelguistas en los últimos años ha profundizado el afán de favorecer la inutilidad de la huelga. En efecto, resulta una doctrina casi uniforme de nuestro tribunal supremo que la prohibición de reemplazo de trabajadores en huelga solo dice relación con la contratación de nuevos trabajadores, no así con la posibilidad de que trabajadores dependientes de la empresa o ajenos a la misma ejecuten las funciones de los huelguistas. Esto facilita la burla de la propia norma al permitir la contratación de rompehuelgas, con total independencia del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 381 del Código del Trabajo, en la medida que se tome la precaución de hacerlo previo a la declaración de huelga, cuestión fácil en un sistema en que la fecha de la huelga se sabe con anticipación.

Si bien la doctrina vigente de la DT es totalmente opuesta al criterio recién aludido de la Corte Suprema, al disponer que, para todos los efectos legales, constituye reemplazo de trabajadores en huelga cualquier modalidad que signifique que trabajadores dependientes de la empresa o ajenos a la misma desarrollen las funciones del personal que se encuentre en huelga,⁴² sus instrucciones vigentes desde 2011 han terminado por favorecer la ineficacia de las huelgas materializadas, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

2.2.1.7. Legalidad de las sanciones

Como hemos señalado, nuestro derecho interno es particularmente hostil y desconfiado en torno al ejercicio del derecho de huelga: solamente puede ser ejercido por los trabajadores del sector privado en el marco de una negociación colectiva reglada, estando prohibido para los trabajadores del sector público.

La intensidad de esta hostilidad se ve reflejada en la Ley de Seguridad Interior del Estado, la que, en su artículo 11, sanciona penalmente a los responsables de “toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, imponiéndoles las penas de presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio”.

Claramente, esta normativa se encuentra en la vereda opuesta del estándar impuesto por las normas internacionales del trabajo y las in-

⁴² Dictamen de la Dirección del Trabajo 1197/0061 del 11 de abril de 2002.

interpretaciones que de estas últimas realizan los órganos pertinentes. Así, en cuanto a la imposición de medidas disciplinarias, el principio central establecido por el CLS es que “nadie puede ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima”.

Respecto de las penas privativas de libertad, el CLS ha sentado el criterio de que nadie puede ser objeto de sanciones penales por el mero hecho de organizar o haber participado en una huelga pacífica, ya que tales medidas implicarían graves riesgos de abusos y una fuerte amenaza a la libertad sindical.

En razón de lo anterior, la CEACR ha representado de forma reiterada al gobierno chileno que se vulnera abiertamente el derecho de libertad sindical, por lo cual le solicita de modo expreso que “derogue el artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado”.⁴³

Asimismo, la CEACR ha observado que las sanciones por acciones de huelga solo debieran ser posibles en los casos en que las prohibiciones de que se trate estén acordes con los principios de libertad sindical, por lo cual pide al gobierno que tome medidas para que “la legislación permita la prohibición o restricción del derecho de huelga solamente en caso de servicios esenciales o de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o de crisis nacional aguda. (...) Finalmente la Comisión pide al gobierno que tome las medidas para que el artículo 254 del Código Penal sea modificado en lo que respecta a las sanciones por el ejercicio del derecho de huelga”.⁴⁴

En el mismo sentido, la CEACR observó que “únicamente debería ser posible imponer sanciones por acciones de huelga en los casos en los que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de la libertad sindical. Ahora bien, incluso en tales casos, tanto la judicialización excesiva de las cuestiones relacionadas con las relaciones laborales como la aplicación de graves sanciones por acciones de huelga pueden provocar más problemas que los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones laborales armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas deberían justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular.”⁴⁵ En consecuencia, la Comisión pide al gobierno que tome las medidas necesarias para que dicha disposición sea derogada a fin de poner la legislación en conformidad con las disposiciones del Convenio y

⁴³ Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 80ª reunión CIT, 2009.

⁴⁴ Observaciones de la CEACR. Solicitud Directa. Adopción: 2002. Publicación: 91ª reunión CIT, 2003. Idéntica observación ha formulado la CEACR en 2011. El art. 254 del Código Penal prevé sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos.

⁴⁵ Al respecto véase: OIT, *Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva*, 1994, párr. 177.

que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada al respecto”.⁴⁶

Nuestro legislador ha hecho oídos sordos a las observaciones formuladas por la CEACR y sigue vigente la amenaza de aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado.

2.2.2. Prohibición del ejercicio del derecho de huelga respecto de los funcionarios públicos

En 2000, Chile ratificó el Convenio 151 de la OIT sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, el que resulta aplicable a todas las personas empleadas por esta, con excepción de los empleados de alto nivel y de las fuerzas armadas y de policías, ya que el Convenio entrega a cada país la posibilidad de determinar el grado de aplicación de sus normas a estos colectivos de trabajadores.

En cuanto al derecho a negociar colectivamente, el Convenio precisa que los Estados miembros deben estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación para determinar las condiciones de empleo o cualquier otro método que permita a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Asimismo, el Convenio señala que los empleados públicos gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones. De esta forma y tal como señala Sergio Gamonal, el Convenio 151 consagra todos los atributos de la libertad sindical, tanto en su fase organizativa como funcional,⁴⁷ es decir, los derechos de afiliación, autonomía sindical y acción colectiva (negociación colectiva y huelga).

Asimismo, conforme a lo ha sostenido por el CLS, el Convenio 87 de la OIT resulta plenamente aplicable a los funcionarios públicos, destacando además que el “derecho a huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación”.

Entonces, teniendo presente que la huelga es un derecho fundamental, el CLS ha reconocido su ejercicio con carácter general, tanto a los trabajadores del sector público como del sector privado, admitiendo solamente como posibles excepciones o restricciones las que pudieran imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos: miembros de las fuerzas armadas y de policía, funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y trabajadores

⁴⁶ Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 77ª reunión CIT, 2007.

⁴⁷ Sergio Gamonal Contreras, *Derecho y trabajo*, Santiago, Ed. Legal Publishing, 2010, p. 164.

de servicios esenciales en sentido estricto del término.⁴⁸ La OIT ha estimado admisible el establecimiento de un servicio mínimo de funcionamiento, en caso de huelga en servicios públicos de importancia trascendental, agregando que en la determinación de este servicio mínimo deberían poder participar las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.⁴⁹

A continuación, analizaremos las observaciones que ha formulado la CEACR al gobierno chileno en torno al restrictivo marco normativo del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, y los criterios sustentados por el CLS en esta materia, para así constatar lo lejos que estamos del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos.

- a. La CEACR, a propósito de unos comentarios enviados por la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile sobre la aplicación del Convenio 87 en relación a la intención del gobierno de presentar un proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, recordó al gobierno que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación garantizado por el Convenio 87, derecho que no es absoluto, ya que en circunstancias excepcionales pueden preverse “restricciones o incluso prohibiciones del mismo respecto de ciertas categorías de trabajadores, en particular de ciertos funcionarios (aquellos que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado) o del personal que desempeña servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”. La Comisión pidió al gobierno que consultara a las organizaciones sindicales sobre el proyecto de ley en cuestión, tomando en consideración que “los funcionarios municipales que no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado debieran gozar del derecho de huelga”.⁵⁰
- b. La CEACR, en forma reiterada ha llamado la atención al Estado de Chile en cuanto a que los artículos 1 y 304 del Código del Trabajo no están en conformidad con los Convenios de la OIT, pidiendo al gobierno que, “los trabajadores del Congreso Nacional y del Poder Judicial, así como aquellos de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, deberían gozar del derecho de

⁴⁸ Gernigon, Otero y Guido, op. cit., p. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁰ Observaciones de la CEACR. Solicitud directa. Adopción: 2005. Publicación: 95ª reunión CIT, 2006. Idénticas observaciones formuló la CEACR al gobierno chileno en 2006, 2007 y 2009.

negociación colectiva”.⁵¹

Pese a todas las observaciones formuladas por los órganos de control de la OIT, el Estado chileno continúa manteniendo un sistema de relaciones colectivas de trabajo donde los trabajadores públicos están excluidos del reconocimiento explícito del derecho de negociación colectiva.

En 2011 hubo un intento por cambiar este estado de cosas, que finalmente no prosperó. Se ingresó al Parlamento un proyecto de reforma constitucional cuyo objetivo era reconocer el derecho de negociación colectiva y huelga de los funcionarios públicos, para lo cual se proponía la eliminación de la posibilidad de que fuera la ley la que impidiera negociar colectivamente, derivando a una ley orgánica constitucional la determinación de las restricciones al ejercicio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, fundadas únicamente en razones de orden público o seguridad nacional, casos en los cuales se debían establecer los mecanismos de consulta y participación de las asociaciones de funcionarios públicos. Asimismo, se propuso suprimir la prohibición de ejercer el derecho de huelga por parte de los funcionarios públicos, entregando al legislador la posibilidad de prohibirla cuando se tratara de servicios cuya finalidad o función fuera la atención de servicios de utilidad pública o cuya paralización causara grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.⁵²

Recientemente (el 10 de marzo de 2014), fue ingresado un nuevo proyecto de ley que, en la misma línea del anterior, persigue eliminar las trabas a fin de que los funcionarios públicos gocen del derecho a negociar colectivamente y, a su vez, elimina la prohibición constitucional recaída en los funcionarios del Estado y de municipalidades para los efectos de declarar la huelga. El referido proyecto se encuentra en primer trámite constitucional ante el Senado, sin urgencia.⁵³

Valoramos el intento legislativo por avanzar en el reconocimiento y respeto de la libertad sindical de los funcionarios públicos, con cautela, eso sí, sobre los resultados que se pueden derivar de esta modificación legal, toda vez que se deja abierta la puerta para que una ley orgánica constitucional establezca restricciones al ejercicio del derecho a negociar colectivamente, fundadas en consideraciones de orden público y

51 Observaciones de la CEACR. Solicitud Directa. Adopción: 2002. Publicación: 91ª reunión CIT, op. cit

52 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 9 de noviembre de 2010 por medio de moción de los senadores Larraín, García, Letelier, Sabag y Pérez Varela, sobre negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos. Boletín 7.293-07. Con anterioridad se habían ingresado dos mociones parlamentarias sobre la materia, que no han tenido avance en su tramitación: Boletines 5181-07 y 6218-13.

53 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 10 de marzo de 2014 por medio de moción de los senadores Larraín, García, Orpis, Pérez Varela y Walker, sobre negociación colectiva y derecho de huelga de los trabajadores del sector público. Boletín 9.267-13.

seguridad nacional, alejándose de los criterios establecidos por la OIT para restringir o limitar tales derechos: funcionarios de las fuerzas armadas o de orden, funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y aquellos que se desempeñan en servicios esenciales en el sentido estricto del término. Además, mientras no exista un diálogo verdadero sobre el modelo normativo actual en materia de negociación colectiva y huelga, vemos lejana la meta de alcanzar un pleno respeto a los estándares internacionales.

2.2.3. Servicios esenciales

Teniendo en vista que en determinadas actividades los efectos de la huelga pueden afectar los intereses de terceras personas ajenas al conflicto, se hace necesario conciliar los bienes jurídicos que están en juego, lo que comúnmente se realiza a través de la regulación de los servicios esenciales.

El legislador chileno regula, en primer término, las huelgas que tienen lugar en una empresa, predio o establecimiento cuya paralización pueda provocar un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales.⁵⁴

En estos casos, para los efectos de que el sindicato pueda hacer efectiva la huelga, deberá cumplir las siguientes condiciones:

1. Proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar tal daño.
2. La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de este, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes.
3. Si la comisión negociadora no cumple con tal requerimiento o existe discrepancia en cuanto a la composición del equipo, el empleador podrá reclamar a la Inspección del Trabajo a fin de que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo.

Así, la norma legal entrega al empleador la facultad de calificar si su empresa se encuentra en tal situación, toda vez que se establece que es el empleador quien requiere a la comisión negociadora que individualice los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, y, solo en caso que esta se negase, será la Inspección del Trabajo la llamada a determinar si en la referida empresa, predio o establecimiento se debe cumplir con la obligación de proporcionar un equipo

⁵⁴ Código del Trabajo, art. 380.

de emergencia.⁵⁵

No nos parece apropiado que sea el empleador quien en una primera instancia tenga la facultad de restringir un derecho fundamental; si bien de todos modos los trabajadores pueden negarse a ello y en tal caso dejar la resolución a la Inspección del Trabajo, dicha facultad puede ser utilizada para dilatar el ejercicio de un derecho fundamental.

Una segunda regulación de los servicios esenciales está dada por una prohibición pura del derecho de huelga. El artículo 19 N° 16 de la Constitución Política prohíbe que declaren la huelga “las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La Ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

En concordancia con la disposición constitucional, el artículo 384 del Código del Trabajo dispone que no podrán declararse en huelga los trabajadores que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Esta amplísima prohibición a ejercer el derecho de huelga consagrada por el legislador chileno debe cumplir ciertos presupuestos previos:

- a) La empresa debe estar comprendida dentro de la resolución que emiten los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción, relativa a las empresas que no pueden declararse en huelga.
- b) Para el caso de las empresas que puedan afectar gravemente la salud, abastecimiento de la población, economía del país o seguridad nacional, se exige además que estas comprendan parte significativa de la actividad respectiva del país o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

Cumplíndose los referidos requisitos, en estas empresas no podrá declararse la huelga y, en caso de que no se llegue a acuerdo directo entre las partes, procederá el arbitraje obligatorio.

La prohibición en estudio, si bien persigue conciliar el ejercicio

⁵⁵ El empleador deberá interponer este reclamo dentro de los 5 días siguientes a la negativa de los trabajadores o de la falta de acuerdo, y deberá ser resuelta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación. De la resolución de la Inspección del Trabajo se puede reclamar ante el Juzgado del Trabajo dentro de los cinco días siguientes.

del derecho de huelga con otros bienes jurídicos que pueden verse afectados, como la seguridad o la salud de la población, constituye una afectación grave a la libertad sindical, puesto que está concebida en términos extremadamente amplios y, lo que es peor, se entrega la calificación de las empresas que estarían privadas del ejercicio de este derecho a entidades gubernamentales –resolución triministerial–, lo que no otorga las mínimas garantías del debido proceso y estará fuertemente influenciado por las concepciones ideológicas e intereses económicos del gobierno de turno. La restricción de un derecho fundamental en su aspecto más crudo –prohibición– debe ser interpretada restrictivamente, tal como lo ha entendido la OIT al aludir a “servicios esenciales en sentido estricto del término”.

A este respecto es importante señalar que la CEACR ha recordado al gobierno chileno que “la legislación puede establecer que el derecho de huelga esté prohibido y que deba recurrirse al arbitraje obligatorio en los siguientes casos: 1) en aquellas empresas o instituciones que presten servicios esenciales, en el sentido estricto del término, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y 2) respecto de los funcionarios públicos que ejercen autoridad a nombre del Estado”.⁵⁶ A partir de lo anterior, la Comisión ha observado que la legislación vigente en Chile “es sumamente amplia ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicio esencial. No obstante, la Comisión estima que en el caso de servicios no esenciales, con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrán establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debiera limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término”.⁵⁷

Asimismo, respecto de la resolución triministerial que elabora el listado de empresas comprendidas en dicha prohibición, la CEACR sostuvo, respecto de 2008, que esta era demasiado amplia, ya que dicha lista “incluye algunas terminales portuarias de carácter privado, así como el ferrocarril de Arica-La Paz, que no pueden ser consideradas como servicios esenciales en el sentido estricto del término”.

También en el ámbito de los servicios esenciales, el legislador chileno otorga al presidente de la República la facultad de decretar la re-

⁵⁶ Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 73ª reunión CIT, op. cit.

⁵⁷ Íd.

anudación de faenas⁵⁸ en caso que una huelga o *lock-out* (cierre temporal de la empresa), por sus características, oportunidad o duración, causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.⁵⁹

Aquí la restricción de un derecho fundamental también se delega a una autoridad administrativa, que claramente en su actuar puede estar influenciada por su ideología e, incluso, por intereses económicos. Se infringe de este modo la garantía general de los derechos consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que exige que los límites de los derechos fundamentales sean impuestos por ley.

La CEACR objeta este artículo y señala al gobierno chileno que “debería ser la autoridad judicial, a petición de la autoridad administrativa, la que impusiera la reanudación de las faenas solo en casos de crisis nacional aguda o si la interrupción de los servicios afecta la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población, disponiendo en tal caso que los trabajadores gocen de garantías compensatorias suficientes, tales como procedimientos de conciliación y mediación y en caso de que se llegase a un punto muerto en las negociaciones, se abriera paso a un procedimiento de arbitraje que gozase de la confianza de los interesados”.⁶⁰ En el informe de 2003, el gobierno informó a la Comisión, entre otras materias, que la facultad que se concede al presidente de la República para decretar la reanudación de faenas no se ha ejercido en los últimos 25 años, ante lo cual la Comisión de todos modos observó que “la definición prevista en el artículo 385 de servicios con respecto a los cuales el presidente de la República puede ordenar la reanudación de faenas, parece ir más allá de los servicios esenciales en el sentido estricto del término. De cualquier manera, teniendo en cuenta que según el gobierno el presidente de la República no ha hecho uso de esta prerrogativa desde hace 25 años, la Comisión pide al gobierno que tome medidas para que derogue o modifique en el sentido indicado el artículo en cuestión”.⁶¹

En los años siguientes, la Comisión ha seguido instando al Estado de Chile que modifique o derogue el polémico artículo 385, lo que a la fecha aún no ocurre.

58 El decreto en referencia, debe ser suscrito además por los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción, y deberá designar a un miembro del cuerpo arbitral que actuará como árbitro laboral.

59 Código del Trabajo, art. 385.

60 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 73ª reunión CIT, op. cit.

61 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 74ª reunión CIT, 2003.

3. CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA

3.1. Huelgas ilegales versus huelgas atípicas⁶²

Tal como fue expresado en el *Informe* 2008, el marco restrictivo que debe afrontar el derecho de huelga en nuestro país no solo incluye la hostilidad de su regulación legal, sino también de la jurisprudencia judicial y del discurso público a través de los medios de comunicación social.⁶³

La hostilidad del discurso predominante en nuestros tribunales superiores de justicia es preocupante. Esta no solo se manifiesta en la consagración de una concepción restrictiva de su uso –solo será ejercido legalmente cuando se enmarca dentro de un proceso de negociación colectiva reglada–;⁶⁴ además, para los magistrados superiores constituye “un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva” que debe ser entendido como “una instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo y (...) corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”.⁶⁵

Este criterio fue ratificado en un fallo de unificación de jurisprudencia pronunciado en julio de 2013, que, a propósito de la determinación de la correcta interpretación del concepto de “reemplazo de trabajadores en huelga”, sostuvo que la huelga es un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, lo que se demuestra en la intención reiterada del legislador de buscar una alternativa a la huelga que imparte el acuerdo entre trabajadores y empleadores.⁶⁶

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, compartiendo los argumentos de la jurisprudencia mayoritaria en materia de huelga, sostuvo que “la huelga no es el desenlace ideal de la negociación colectiva, pensada y reglamentada precisamente para arribar en lo posible a acuerdos razonables entre las partes. Por el contrario, la huelga no sería sino la consecuencia nefasta, o al menos no deseada, del fracaso de la negociación, después de agotadas las instancias alternativas de diálogo e interlocución y, por ende, habrán de interpretarse restrictivamente los alcances de su normativa como situación excep-

⁶² La búsqueda de jurisprudencia judicial se realizó en las bases de datos de Legal Publishing y Microiuris, según los siguientes criterios: huelga/despido antisindical/desafuero/huelga atípica/huelga ilegal.

⁶³ *Informe* 2008, p. 138.

⁶⁴ En este sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 10 de mayo de 2011, *Soto contra Servicios Forestales S.A.*

⁶⁵ Corte Suprema, *Dirección del Trabajo contra ISS Facility Service S.A.*, 14 de abril de 2008. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema, *Dirección General del Trabajo contra Transportes Cruz del Sur Limitada*, 2 de octubre de 2007.

⁶⁶ Corte Suprema, *Inspección Providencial del Trabajo Santiago contra CEPCH S.A.*, 7 de marzo de 2013.

cional y rupturista, no buscada en principio ni por las partes ni por el legislador”.⁶⁷

De este modo, se advierte la primacía de una corriente que postula una interpretación restrictiva de los alcances de la normativa del derecho de huelga, como una situación excepcional, no deseada ni querida por el legislador.

Respecto del ejercicio del derecho de huelga fuera de los marcos de la negociación colectiva reglada, la Corte Suprema, ya en 1992, en una causa sobre desafuero sindical fundado en la participación que habrían tenido los dirigentes sindicales en la paralización ilegal de los trabajadores de la planta para solidarizar con un trabajador que había sido despedido por la empresa, sostuvo que, al haberse acreditado que los trabajadores se encontraban en actividades de paro, se configuraba la causal de despido invocada por el empleador y que, por ende, debía concederse la autorización de despido de los dirigentes sindicales involucrados.⁶⁸

En el mismo sentido, en un caso donde un grupo de trabajadores realizó una paralización atípica de funciones por medio de una fiscalización a buses de su empresa y la colocación de barreras humanas para impedir la salida de los mismos, la Corte de Apelaciones de Santiago entendió configurada las causales de desafuero de imprudencia temeraria e incumplimiento grave de funciones invocadas por el empleador, principalmente porque el ejercicio de la libertad sindical debía enmarcarse dentro de los límites impuestos por el legislador y en el caso los dirigentes sindicales habían sobrepasado sus atribuciones al intentar una fiscalización fuera de sus competencias, que en definitiva terminó en una perturbación del normal funcionamiento del servicio de transportes y en graves perjuicios económicos para la empresa.⁶⁹

La Corte de Apelaciones de Concepción, ante una denuncia de tutela de derechos fundamentales con ocasión de un despido, interpuesta por un grupo de trabajadores forestales quienes en noviembre de 2009 fueron partícipes de un movimiento sindical que perseguía un aumento de remuneraciones, sostuvo que las movilizaciones y paralizaciones de actividades no se enmarcaban dentro de un proceso de huelga legal y, por lo tanto, los actores, al involucrarse en una movilización ilegal, “se colocaron al margen del Estado de derecho”, careciendo en consecuencia de legitimación para demandar la tutela que pretendían.⁷⁰

67 Corte de Apelaciones de Santiago, *Inspección Comunal del Trabajo contra Importadora Café Do Brasil S.A.* (acordada con el voto en contra del abogado integrante Antonio Barra Rojas), 28 de julio de 2011.

68 Corte Suprema, 3 de septiembre de 1992.

69 Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, *Inversiones Alsacia contra Vargas*, 26 de septiembre de 2012.

70 Corte de Apelaciones de Concepción, *Sandoval Uribe y otros contra Forestal Los Maitenes*

Ahora bien, pese a la existencia de esta línea jurisprudencial mayoritaria, de forma incipiente se ha ido consolidando una doctrina contraria, que ha ido evolucionando hacia una concepción amplia del derecho de huelga, superando la concepción de legalidad versus ilegalidad de la huelga en base a si esta se encuentra o no adscrita a un proceso de negociación colectiva reglada.

Generalmente, este debate se gatilla en razón de los despidos masivos que se generan cuando se llevan a cabo acciones de huelga fuera de los marcos de la negociación colectiva reglada o fuera de la modalidad de abstención colectiva al trabajo, frente a lo cual, los trabajadores despedidos o dirigentes sindicales demandados de desafuero se defienden ejerciendo las acciones legales por despido (despido injustificado, indebido o improcedente, e incluso la acción de tutela de derechos fundamentales) según corresponda, argumentando que las ausencias, negativas a trabajar, incumplimiento de obligaciones, entre otras causales imputadas por el empleador, se justifican por el ejercicio de un derecho fundamental: la huelga.

En esta línea se encuentra una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua que, conociendo un recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva que deniega la solicitud de desafuero de un dirigente sindical que se ausentó de sus labores por adherir a una paralización de faenas,⁷¹ sostuvo que no se configuraba la causal de ausencias injustificadas ya que el trabajador estaba ejerciendo un derecho fundamental.

El análisis efectuado en ese caso pasó por alto la tradicional discusión de ilegalidad de la huelga cuando esta se desarrolla fuera de los márgenes de la negociación colectiva reglada. La Corte asumió la premisa de que estaba involucrado el ejercicio de un derecho fundamental garantizado implícitamente en la Constitución, por lo que, para los efectos de determinar si el trabajador incurrió o no en la causal de ausencias injustificadas, no bastaba un simple análisis en relación a las obligaciones de carácter individual involucradas, sino que debía considerarse el proceso de huelga que enmarcaba las inasistencias.

Una interpretación contraria, señaló la Corte, afectaría el núcleo esencial del derecho de huelga, ya que, con ello, cada vez que un trabajador ejerciera este derecho, la ley autorizaría el despido, retrocediendo a la época en que la huelga se encontraba prohibida por ley. En otras palabras, el desafuero solo sería admisible si se sustenta en faltas vinculadas al ejercicio abusivo de un derecho fundamental (huelgas abusivas o inexistentes).⁷²

Limitada y Otros, 20 de junio de 2012.

71 Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, *Zublin International GMBH Chile Ltda. contra Droguett*, 19 de noviembre de 2011.

72 Corte de Apelaciones de Rancagua, *Zublin International GMBH Chile Ltda. contra Droguett*,

En la misma línea argumentativa –ejercicio de un derecho fundamental–, el Tribunal de Letras de Los Ángeles, ante la aplicación de la causal de despido de abandono de trabajo, sostuvo que, si bien la salida del lugar de trabajo fue intempestiva, esta se encontraba justificada, ya que se produjo en un contexto de conflicto laboral que llevó a los trabajadores a concurrir a la Inspección del Trabajo. Respecto de la causal de negativa a trabajar en las faenas convenidas en el contrato de trabajo, el tribunal sostuvo que en el caso la negativa a trabajar se encontraba justificada en la solicitud de mejoras de las condiciones laborales, lo que llevó a la paralización de labores, la que por sí misma “no es una situación que dé origen a la aplicación indiscutida de la causal invocada”⁷³

La referida sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, estimando que la negativa a trabajar fue justificada, ya que se produjo en un contexto de defensa de sus derechos laborales –reclamar un aumento de sus remuneraciones–, “de manera que existe una causa o motivo plausible para no realizar las labores convenidas”⁷⁴

Una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en voto de mayoría, anuló una sentencia del Juzgado de Letras de Buin, al considerar que el asumir la ausencia al trabajo como injustificada, en circunstancias en que se justificaba en una paralización de actividades de la que había participado la parte demandante, supone contrariar al derecho de libertad sindical consagrado en la Constitución y los Convenios 87 y 98 de la OIT.⁷⁵

En cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho de huelga, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo una causa por prácticas antisindicales, consistente en el despido de 7 trabajadores que, durante el desarrollo de la huelga, junto con otros trabajadores del sindicato, ingresaron a la estación Universidad de Chile del metro portando lienzos y pancartas alusivos al movimiento huelguístico, pasaron el nivel de andenes, descendieron a la vía, ingresaron al túnel y caminaron hacia la estación Moneda, interrumpiendo el servicio normal de pasajeros de la línea aproximadamente por 35 minutos, sostuvo que tales despidos eran antisindicales, ya que impedían el ejercicio de la actividad gremial y porque se verificaron cuando los trabajadores ya no se encontraban amparados por el fuero de negociación colectiva y después de un mes y medio de haberse verificado tales hechos. En su razonamiento, la Corte indicó que la libertad no solo se encuentra amparada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, sino que

5 de enero del año 2012.

⁷³ Tribunal de Letras de Los Ángeles, 27 de abril de 2007.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, *Crisosto y otros contra Inmobiliaria e Inversiones Los Alcerces Arrayán Limitada*, 21 de noviembre de 2007.

⁷⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, *Beatriz del Carmen Allende Gutiérrez contra Gestión Medio Ambiental Ltda*, 9 de julio de 2014.

también en los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT, los que se han incorporado al derecho interno en virtud de su ratificación, de acuerdo a los mecanismos que la Constitución establece.⁷⁶

En un mismo sentido, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, rechazó una demanda de desafuero sindical fundado en un supuesto incumplimiento grave de las obligaciones que imponía el contrato, especialmente su contenido ético jurídico. Señaló: “Las trabajadoras, al verse inmersas en una manifestación acerca de reclamos de sus derechos laborales, participaron en ella, no de manera violenta ni desmedida, sino que estando atrás de un lienzo, o delante de él, y aplaudiendo ante las voces de Isolina Castro. A juicio del tribunal, las trabajadoras estaban manifestando su derecho a opinión, al estar presentes y acceder a participar en esta manifestación, participando además de un acto colectivo, en que la fidelidad que aduce la empresa no puede entenderse como un requerimiento que, ante hechos denunciados que les afectan personalmente, ellas permanezcan impávidas y sin emitir opinión alguna”.⁷⁷

Concordamos con los razonamientos recién expuestos, principalmente porque se recoge un concepto amplio del derecho de huelga, que va mucho más allá de los conflictos generados a propósito de la negociación de un contrato colectivo, respetando con ello los criterios que han sostenido el CLS y la CEACR en materia de finalidad de la huelga.

Además, se abre la puerta a una interpretación sistémica de las normas relativas al derecho de huelga, superando un análisis meramente exegético de las reglas contempladas en el Código del Trabajo, al incorporar, dentro de la fundamentación de las sentencias, los tratados internacionales que Chile ha ratificado, considerando legítimas las acciones de huelga emprendidas por los trabajadores en defensa de sus intereses, más allá del procedimiento de negociación colectiva reglada.

Con ello se da paso a una nueva era para el derecho de huelga en Chile, dejando atrás la tesis de la ilegalidad cuando no se ejerce dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, siendo más propio y coherente con el principio de libertad sindical referirse a huelgas atípicas, las cuales tienen plena recepción en nuestro sistema laboral en virtud de los tratados internacionales que el país ha ratificado.

En consecuencia, que el Código del Trabajo solo regule de modo expreso una modalidad específica de huelga –la abstención colectiva al trabajo dentro del marco de un proceso de negociación colectiva reglada– en ningún caso quiere decir que los demás tipos de huelga o manifestaciones sindicales se encuentren prohibidos.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, *Cortes Suazo Pedro Segundo contra Empresa de Transporte de Pasajero Metro S.A.*, 4 de octubre de 2004.

⁷⁷ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *Bastidas contra Ferrocast S.A.*, 22 de noviembre de 2011.

Dicho vacío legal debe ser integrado por la garantía constitucional de libertad sindical, consagrada en el artículo 19 N^{os} 16 y 19 de la Constitución Política, al garantizar el derecho a negociar colectivamente y la autonomía de las organizaciones sindicales, y en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país, los que, de conformidad al artículo 5 inciso 2^o de nuestra Constitución, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. Huelgas atípicas en el sector público

Pese al restrictivo marco normativo existente en materia de libertad sindical de los trabajadores públicos, que llega al extremo de guardar silencio en materia de negociación colectiva y prohibir a nivel constitucional el ejercicio del derecho de huelga, las organizaciones sindicales del sector público ejercen de facto estos derechos, incluso con menores obstáculos que los existentes para los trabajadores del sector privado.

Si bien las autoridades públicas disponen de las herramientas legales para aplicar sanciones –administrativas y penales– cuando trabajadores públicos participan en acciones de huelga, en la práctica, estas medidas no se adoptan, de lo cual se advierte una actitud de tolerancia hacia el ejercicio del derecho de huelga.

Ello se deduce de los datos de judicialización de conflictos colectivos al interior de la Administración Pública. Al realizar una búsqueda,⁷⁸ solo pudimos encontrar 3 casos relativos a huelga en el sector público relacionados con la aplicación de medidas disciplinarias en contra de trabajadores que fueron partícipes de huelgas, los que, casualmente se ventilaron durante el mandato del ex presidente Piñera.

Uno de estos casos se relacionó con el instructivo emanado del Ministerio del Interior durante las huelgas registradas en diciembre de 2010 con motivo de una negociación del reajuste salarial. La Asociación Nacional de Trabajadores del Instituto de Previsión Social recurrió de protección en contra del jefe de servicio de la institución y el entonces ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, fundado en la ilegalidad y arbitrariedad del referido instructivo, ya que, por medio de este, se pretendía proceder al descuento de remuneraciones sin que previamente se determinase con precisión la o las personas que no habían trabajado durante las jornadas de movilización nacional. La Corte de Apelaciones de Santiago, sin entrar al debate sobre la legitimidad o ilegitimidad de la paralización de faenas por parte de funcionarios públicos, desestimó la acción constitucional debido a que el instructivo en cuestión ordenaba

⁷⁸ La búsqueda de jurisprudencia en materia de huelga en la función pública se realizó en las bases de datos de Legal Publishing y Microjuris, según los criterios “huelga sector público” y “medidas disciplinarias”.

realizar descuentos de remuneraciones derivados de la huelga ilegal, en los casos que correspondiese, lo que significaba que, para los efectos de proceder a los descuentos, se debía realizar un procedimiento que permitiese la identificación de los funcionarios que habían interrumpido sus funciones.⁷⁹

De igual manera, la Asociación de Funcionarios del Hospital Luis Calvo Mackena recurrió de protección por las actuaciones ilegales y arbitrarias cometidas por el ministro Mañalich al haber ordenado el descuento de remuneraciones de los funcionarios movilizados con motivo de las negaciones del reajuste salarial de 2010. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, advirtiendo que la acción ilegal y arbitraria reprochada por los recurrentes fue la inexistencia de procedimientos comprobatorios de las presuntas inasistencias, no entró al análisis de los alcances del derecho de huelga de los funcionarios públicos, centrándose exclusivamente en la forma en cómo se determinaron los respectivos descuentos. En razón de lo anterior, consideró que la conducta del recurrido había sido ilegal y arbitraria, afectándose el derecho de propiedad de los recurridos a percibir su remuneración de forma íntegra, ya que no habían sido comprobados los supuestos de hecho que justificaba el descuento de remuneraciones, situación que restó legitimidad al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración.⁸⁰

Bajo los mismos argumentos, la Asociación de Funcionarios del SII recurrió de protección sosteniendo que la medida de descuento vulneraba los derechos de igual protección de la ley y propiedad, toda vez que el servicio procedió a realizar descuentos masivos sin discriminación ni prolijidad, considerando genéricamente todos los días de paro, sin considerar el tiempo realmente no trabajado. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo la referida acción, consideró que, si bien se trataba de paralizaciones informales, en la configuración de las relaciones laborales de los servicios públicos es común que se generen movilizaciones o paralizaciones, las que de ningún modo han desvirtuado ni la función pública ni su debida continuidad. En razón de lo anterior, y pasando por alto el debate en torno a la legalidad o ilegalidad de la movilización, estimó que en la especie se conculcaron las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes en razón de existir graves falencias de cómputos y fiscalización del tiempo no trabajado.⁸¹

79 Corte de Apelaciones de Santiago, *Espejo contra Adidas Chile Ltda.*, 5 de mayo de 2011.

80 Corte de Apelaciones de Santiago, *Valencia Quevedo Guido contra Ministro de Salud Jaime Mañalich Muxi*, 19 de mayo de 2011. El criterio sustentado por la Corte de Apelaciones de Santiago fue confirmado por la Corte Suprema en sentencia de fecha 21 de julio de 2011, para la cual, la vulneración del derecho de propiedad quedaba de manifiesto por la ilegalidad del procedimiento en base al cual se determinaron los descuentos de remuneraciones.

81 Corte de Apelaciones de Santiago, *Asociación Nacional de Funcionarios de Impuestos Inter-*

En este último caso, la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago al estimar que el descuento de remuneraciones realizado por el servicio no era un acto ilegal, ya que se enmarcaba dentro de las facultades conferidas por el Estatuto Administrativo, el cual obliga a practicar los respectivos descuentos de remuneraciones por las horas no trabajadas efectivamente, lo cual se verificó por medio de un proceso administrativo basado en criterios técnicos, con lo cual se descartó una supuesta arbitrariedad del acto recurrido.⁸²

Los casos encontrados sobre huelgas realizadas en el sector público están enmarcados en discusiones respecto de la legalidad de la aplicación de medidas disciplinarias, y en concreto, si estas respetaron o no los procedimientos investigativos contemplados en el Estatuto Administrativo. Más allá de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en el caso del SII, no existe un pronunciamiento de fondo en torno al derecho de huelga de los trabajadores públicos. Ello es un signo más del incumplimiento de los estándares internacionales que rigen en la materia.

3.3 Prácticas antisindicales por reemplazo ilegal de trabajadores en huelga

De acuerdo al artículo 289 inciso 1° del Código del Trabajo, son prácticas desleales (o antisindicales) las acciones que atenten en contra de la libertad sindical.

A su vez, de acuerdo al artículo 387 inciso 1° del mismo cuerpo legal, se consideran prácticas desleales las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos.

Teniendo en cuenta que el derecho de huelga forma parte de las dimensiones de la libertad sindical, su afectación puede considerarse una práctica antisindical. A su vez, en lo que respecta a la aplicación del Libro IV del Código del Trabajo, relativo a la negociación colectiva, la afectación al derecho de huelga puede estimarse también como una forma de entorpecer la negociación colectiva.

Como ilustran las consideraciones anteriores, el propio legislador es responsable de normas claramente antisindicales. Una de ellas es el artículo 381 del Código del Trabajo que permite el reemplazo de los huelguistas desde el primer día de la huelga (si se cumplen ciertos requisitos) o desde el día 15 a partir de su materialización (si no se cumplen los requisitos).

nos de Chile contra Servicio de Impuestos Internos, 16 de septiembre de 2011.

⁸² Corte Suprema, *Asociación Nacional de Funcionarios de Impuestos Internos de Chile contra Servicio de Impuestos Internos*, 19 de enero de 2012 (acordada con el voto en contra del ministro Brito, para quien, al tratarse de la aplicación de medidas disciplinarias, las infracciones a los deberes funcionariales denunciadas debieron haberse investigado por medio de un sumario administrativo o investigación sumaria, lo que no aconteció en la especie).

La regla según la cual los empleadores pueden reemplazar a los huelguistas en atención al tenor de su última oferta, consagra como una primera reacción estatal, en caso de contravención, la aplicación de una multa por parte de la Inspección del Trabajo.

La otra posibilidad de tutela heterónoma del derecho de huelga está dada por la sanción por prácticas antisindicales o desleales o por práctica desleal en la negociación colectiva, aplicable por los juzgados con competencia laboral.

La diferencia entre ambas tutelas se encuentra en que la multa por infracción del artículo 381 del Código del Trabajo exige la verificación de cada uno de los requisitos a que se refiere esa norma, mientras que la sanción por prácticas antisindicales tiene como fundamento la afectación a la libertad, por lo que el mero cumplimiento formal de los requisitos de la referida norma no exime de la eventual sanción por prácticas antisindicales, en la medida que den cuenta de un ejercicio de facultades (reconocidas por el artículo 381) desproporcionadas o de un modo poco razonable o arbitrario. Otra diferencia esencial radica en la plenitud de tutela que ofrece la sanción por prácticas antisindicales, al contemplar el procedimiento de tutela de derechos por el que se rige la facultad del juez para ordenar el retiro de los rompehuelgas.

Un examen de la jurisprudencia de los tribunales recaída en demandas por prácticas antisindicales confirma este panorama.

Como se ha sostenido, la Corte Suprema en su actual jurisprudencia participa de la idea según la cual lo que la norma del artículo 381 prohíbe es la contratación de trabajadores externos para reemplazar a los huelguistas, dejando dentro de la legalidad la utilización para los mismos fines de trabajadores de la empresa, bastando que hubieren sido contratados un día antes de la materialización de la huelga.⁸³

En el pasado la misma Corte sustentó la tesis opuesta, interpretando la disposición legal en referencia al modo en que pueda producir efectos, so riesgo de afectar severamente la razón de ser del derecho de sindicación.⁸⁴

Existe también una suerte de posición intermedia, según la cual lo prohibido por el artículo 381 es la contratación de trabajadores externos durante la huelga, pero considerando también ilícita la utilización de trabajadores de la propia empresa trasladados de otras sucursales.⁸⁵

83 Corte Suprema, *Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente contra Cerámicas Industriales Fanaloza S.A.*, 15 de mayo de 2008.

84 Corte Suprema, *Inspección Provincial Trabajo con Industria Nacional Parabrisas Alminados*, 11 de septiembre de 2007.

85 Segundo Juzgado Laboral de La Calera, *Dirección Regional del Trabajo contra Servicios Gener*, 5 de enero de 2011. En similar sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Jumbo Administradora Norte S.A. contra Inspección Provincial Del Trabajo El Loa Calama*, 20 de enero de 2014.

Resulta paradójal –y esto es un reproche a todos los actores del sistema– que, a pesar que el artículo 381 sea fiel a la filosofía original, se estructure en base al reconocimiento de una facultad del empleador, cual es la de reemplazar a los huelguistas (independientemente del criterio que se asuma en cuanto al modo de efectuarlo), no se plantea un debate sobre una práctica antisindical fundada en el reemplazo (ilegal) de huelguistas, facultad que supone un límite para el ejercicio del derecho fundamental de la libertad sindical, tal como lo reconoce inequívocamente el artículo 5 inciso 1° del CT. De esta manera, en vez de plantearse un debate acerca de si el empleador ejerció la facultad de un modo razonable, carente de arbitrariedad y proporcional, con el objeto que el juez deba ponderar en base a un juicio de proporcionalidad, la discusión se sitúa en los límites de la regla que contiene el mencionado artículo 381. Llevado a otro terreno, esto sería equivalente al caso en que, enfrentado a una demanda de tutela por vulneración del derecho a la honra con ocasión del despido justificado en necesidades de la empresa, el empleador (y el propio actor) situare el debate únicamente en si se verifican los requisitos del despido por necesidades de la empresa.

En suma, se ha confundido en ese debate la infracción de una regla (contenida en el artículo 381), ámbito en el que la competencia corresponde exclusivamente a la DT (por más que no la ejerza desde el 2011), con la sanción por práctica antisindical consistente en los efectos lesivos a la libertad sindical que supone el reemplazo de trabajadores en huelga, cuya competencia corresponde exclusivamente a los tribunales.

En esto, la DT, actor fundamental en este terreno, tiene bastante responsabilidad, como se analizará a continuación.

4. ROL DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN LA DENUNCIA DE PRÁCTICAS ANTISINDICALES

La DT, ejerciendo su facultad interpretativa, ha precisado ciertos aspectos de la precaria referencia que la ley formula de la huelga. Así, sostiene que el sentido y alcance que debe darse al concepto “servicios esenciales”, contenido en el artículo 384 inciso 1° del Código del Trabajo, es el mismo que ha acuñado por la OIT a través de su Comisión de Expertos y Comité de Libertad Sindical, esto es, entendiendo por tales a “aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (Dictamen 5.062/093, 26 de noviembre de 2010).

En materia de reemplazos de huelguistas, para la doctrina de la DT, “la época en que el reemplazante es contratado pierde relevancia” (Dictamen 1.303/64, 26 de marzo de 2004), al tiempo que asume por personal de reemplazo de las funciones o puestos de trabajo durante

la huelga a “cualquier dependiente que labore directamente para el empleador o para empresas contratistas como, asimismo, alumnos en práctica y/o personas ajenas a la empresa que se encuentran cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en el respectivo proceso” (Dictamen 1.303/64). Relevando la importancia de la eficacia de la huelga, se dispone que en caso de infracción legal (reemplazo ilegal de huelguistas) debe aplicarse la multa más alta por cada reemplazante y, de persistir, demandarse por práctica antisindical, exigiendo como medida cautelar el auxilio de la fuerza pública para el retiro de los rompehuelgas (Dictamen 1.303/64).

También ha dictaminado que a los directores de una organización sindical en huelga les asiste el derecho a ingresar a las faenas de la empresa respectiva, con el fin de cumplir las labores propias de sus cargos, en las condiciones precisadas por la DT (Dictamen 2.422/140, de 25 de julio de 2002).

En un ámbito de creciente relevancia, por la alta incidencia del régimen de subcontratación, la doctrina de dicho servicio público ha dispuesto que “la empresa principal no podría asumir, durante el tiempo que dure la interrupción de las labores, con sus propios recursos, directos o indirectos, las funciones que desarrollan los trabajadores dependientes de la empresa contratista que han decidido hacer uso del derecho de huelga, puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que afectaría gravemente el ejercicio de los derechos sindicales” (Dictamen 3.403/059, 28 de julio de 2006).

Esta doctrina, condicionada como está a los escasos márgenes que la ley le concede a la huelga, implica una interpretación lo más conducente posible a la eficacia de la huelga, al determinar el ámbito del concepto reemplazo en la huelga, la responsabilidad de la empresa principal o el derecho de los dirigentes sindicales a ingresar al lugar de las faenas durante la huelga.

Por ello resulta especialmente llamativo que una de las materias cubiertas por la doctrina de la DT, la infracción por reemplazo ilegal de huelguistas, haya sido modificada por medio de una Orden de Servicio (2, 4 de febrero de 2011), no solo sin cumplir con la exigencia que la propia ley orgánica de la DT impone a esta en cuanto a ser explícita cuando modifica su doctrina, sino confundiendo la infracción al artículo 381 con la sanción por prácticas antisindicales, con resultados telúricos: omisión en la obligación de la DT de aplicar multas por infracción a esa disposición legal e interposición de denuncias por prácticas antisindicales por vulneración de la regla del artículo 381 y no de la libertad sindical, contribuyendo al sempiterno y a estas alturas infértil debate sobre si lo prohibido es el reemplazo de huelguistas bajo cualquier forma o solo la contratación de externos durante la huelga ya materializada.

Pero lo anterior no agota la intervención de la DT en el ámbito de la huelga favoreciendo su ineficacia. A partir de las instrucciones de 2011, frente a una denuncia administrativa por reemplazo de trabajadores en huelga y su posterior constatación, en vez de cursar la más alta multa por el reemplazo ilegal de huelguistas esperando su retiro y, en caso negativo, la posterior demanda de prácticas antisindicales con exigencia de medida precautoria de auxilio de fuerza pública para obtener el retiro efectivo de los rompehuelgas, tal y como prescribe el Dictamen 1.303/64, ya no se multa sino que se investiga y, si el resultado lleva a concluir la efectividad del reemplazo ilegal de huelguistas (esto es, la infracción al artículo 381), se cita siempre a una audiencia de mediación,⁸⁶ fracasada la cual se estudia la factibilidad de demandar judicialmente por prácticas antisindicales, sin que se advierta intención alguna de requerir el retiro inmediato de los rompehuelgas, dejando a las eventuales sentencias condenatorias por vulneración de la huelga como victorias pírricas.

Estimamos que las decisiones adoptadas por las autoridades de la DT han contribuido al actual escenario, distanciándose del criterio de celeridad en el retiro de rompehuelgas contenido en el Dictamen 1.303/64 (concretizado tanto en el apercibimiento de cursar una multa administrativa por el máximo permitido por la ley como por la exigencia a sus funcionarios para presentar de modo urgente una denuncia judicial por prácticas antisindicales, con una solicitud de medida precautoria al tribunal para que este ordene el cese inmediato del reemplazo de huelguistas). El criterio de oportunidad desaparece y el denominador común pasa a ser que la denuncia judicial se presente por la misma DT, semanas (e incluso meses) después de haberse hecho efectiva, cuando, dado el sistema legal que rige (que permite el reemplazo de los huelguistas aun cuando no se hubieren cumplido con los requisitos del artículo 381, salvo el ofrecimiento del bono de 4 UF por reemplazante, al 15° día de materializada la huelga), a esas alturas, ninguna posibilidad existe para obtener el retiro de los rompehuelgas, lo que contribuye a la ineficacia de la huelga.

El total de sentencias condenatorias de prácticas antisindicales consistentes en el reemplazo ilegal de trabajadores en huelga, desde el primer semestre de 2012 (año siguiente a las referidas y criticadas instrucciones de la DT) hasta el segundo semestre del 2013, es de 92, de las cuales 3 recayeron en denuncias por prácticas antisindicales por reemplazo ilegal de huelguistas, originadas en denuncias patrocinadas por la DT. La actuación de dicho servicio tiene un efecto profun-

86 De dudosa legalidad, por lo demás, por cuanto el art. 292, que otorga a la DT la titularidad de la acción por prácticas antisindicales, reenvía al párrafo relativo al procedimiento de tutela de derechos (arts. 485 y ss) en lo relativo al conocimiento y resolución de las denuncias por prácticas antisindicales, mas no a instancias pre judiciales como la relativa al procedimiento de mediación.

damente negativo para el respeto del derecho de huelga en el escaso margen que la ley tolera para su ejercicio, toda vez que la intervención administrativa se verifica cuando el acto lesivo del derecho de huelga, el reemplazo de huelguistas, ya lleva varios días de perpetración, y el inicio de acciones judiciales, cuando ya han pasado meses. Así consta en el siguiente cuadro:

| | Tribunal | Inicio de huelga | Mediación de DT | Presentación de demanda por DT |
|-----------|----------------|------------------|-----------------------------|--------------------------------|
| S-1-2010 | Pozo Almonte | 21 dic. 2009 | 15 ene. 2010 y 03 feb. 2010 | 19 feb. 2010 |
| T-5-2011 | Peñaflor | 22 ago. 2011 | 02 sept. 2011 | 21 sept. 2011 |
| S-49-2012 | 2° de Santiago | 24 mayo 2012 | 31 mayo 2012 | 20 jul. 2012 |
| S-1-2010 | Pozo Almonte | 21 dic. 2009 | 15 ene. 2010 y 03 feb. 2010 | 19 feb. 2010 |

5. EL DERECHO DE HUELGA Y LA HOSTILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Como hemos adelantado, los medios de comunicación social, al informar sobre los conflictos laborales que se registran en nuestro país, solo consideran los aspectos negativos: perjuicios que se reportan para el sistema económico; actos de violencia, manifestaciones, piquetes o funas realizadas por las organizaciones sindicales; y las intervenciones de la fuerza pública. Poco o nada se dice respecto del contenido de las reivindicaciones levantadas por los trabajadores, de sus denuncias o reclamos, de la solidaridad que se genera en el mundo sindical, del apoyo de otros actores sociales, etc.

Como ocurre con otros hechos noticiosos (movilizaciones estudiantiles o de otros actores sociales), los conflictos laborales solo tienen cobertura de los medios de comunicación más masivos cuando “hay sangre” (actos de violencia) o cuando hay intereses económicos y políticos de por medio, para restar fuerza y credibilidad al movimiento.

Lo anterior se ve reflejado en el tratamiento noticioso recibido por las dos paralizaciones de actividades que tuvieron mayores repercusiones el año recién pasado: el paro portuario y el del Servicio de Registro Civil.

De un estudio de prensa realizado, hemos podido extraer las siguientes conclusiones:

- a. Una de las aristas más destacadas por los medios de comunicación social corresponde a las repercusiones económicas generadas por

el conflicto. Así por ejemplo, en el caso del paro portuario, se dio mucha cobertura a las declaraciones formuladas por las asociaciones empresariales afectadas con la paralización, denunciando las graves consecuencias para los productores y exportadores de fruta, quienes se veían afectados por la pérdida de mercados y precios.⁸⁷

- b. Las opiniones e intervenciones del mundo político y empresarial contienen una concepción negativa del conflicto laboral. Así, por ejemplo, el ex ministro Longueira, en relación con el conflicto portuario, sostuvo: “No hay ninguna razón para paralizar. No hay nada que justifique el daño que le están causando a Chile”.⁸⁸ En el mismo contexto, en una entrevista realizada por radio Cooperativa, el presidente de la Asociación de Exportadores de Chile, Ronald Bown, aseguró que, tras reunirse con el ex ministro del interior Andrés Chadwick, el gobierno iba a evaluar la posibilidad de aplicar la Ley de Seguridad Interior del Estado por el paro portuario que se desarrollaba en gran parte del país.

En relación al paro del Registro Civil, la ex ministra secretaria general de gobierno Cecilia Pérez señaló que “creemos que la irresponsabilidad está al límite, está al límite porque los funcionarios son privilegiados dentro del sector público, que saben que de su trabajo dependen los trámites de muchos chilenos”, a lo cual añadió que “los funcionarios se deben a Chile, como todos los del sector público y que tienen que volver a trabajar porque el daño a los chilenos es grave y grande y que como gobierno no lo vamos a permitir”.⁸⁹

- c. Muy poco se dice sobre las motivaciones de los trabajadores, sobre las causas u orígenes de los conflictos, y más bien se advierte una preocupación por las repercusiones que generan estos para el sector empresarial. Respecto al paro portuario, el diario *La Tercera* realizó un extenso reportaje dando cuenta de las millonarias pérdidas que había reportado la paralización tanto de empresas privadas como estatales. El referido reportaje abordó además la vulnerabilidad institucional del país y la preocupación manifestada por abogados, empresarios y parlamentarios por la transgresión que la huelga significaba al marco legal e institucional del país, calificándola de ilegal por no haberse registrado dentro de un proceso de negociación colectiva.⁹⁰

87 Las repercusiones y perjuicios económicos para el sector empresarial fueron cubiertos por los siguientes medios; diario electrónico emol.cl con fecha 20 de enero de 2014; diario *La Tercera* con fecha 2 de octubre de 2013.

88 *La Tercera*: “Ministro Longueira asevera que paro portuario no tiene justificación”, 5 de abril de 2013.

89 Terra.cl: “Gobierno por paro del Registro Civil: El daño es imperdonable”, 23 de septiembre de 2013.

90 *La Tercera*: “Paro portuario: Preocupa la vulnerabilidad institucional del país”, 4 de abril de

- d. Las imágenes que se muestran a la opinión pública generalmente dan cuenta de actos de violencia, barricadas, manifestaciones e intervención policial.
- e. Solo medios de prensa alternativos cubren los aspectos de fondo del conflicto: sus causas u orígenes; demandas y reivindicaciones de la organización sindical; denuncias de los trabajadores; contenido de los acuerdos alcanzados; y acciones desplegadas por los trabajadores en defensa de sus derechos; entre otros.⁹¹

6. LAS NEGLIGENCIAS E INCUMPLIMIENTOS DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

Más allá de las claras contravenciones de nuestra normativa interna de los estándares internacionales en materia de huelga y de la gran deuda que mantiene con los órganos de control de la OIT, el Estado Chileno, desde el retorno a la democracia, ha desplegado y mantenido una conducta negligente en materia de protección y promoción de la libertad sindical, lo que se manifiesta en:

- a. La inexistencia de reformas legales que reemplacen el modelo de relaciones colectivas impuesto por la dictadura por medio del Plan Laboral (consagración de la negociación colectiva más allá de la empresa, liberalización de la huelga, eliminación del reemplazo de trabajadores en huelga y un largo etcétera).
- b. La marginación de los sindicatos de la posibilidad de contar con asesoría jurídica gratuita y especializada, por medio de las oficinas de defensa laboral, dependientes de las corporaciones de asistencia judicial. Ello se debe no solo a los criterios de focalización dispuestos por el Ministerio de Justicia⁹² para que las referidas oficinas puedan atender a organizaciones sindicales, sino además a que, en los hechos, la incidencia que tiene la defensoría laboral en el mundo sindical es prácticamente nula.

Solicitamos información a todas las oficinas de defensa laboral del país sobre el número de atenciones que han realizado a sindicatos y el número de denuncias por prácticas antisindicales interpuestas en representación de los mismos, y la respuesta fue francamente desoladora. Desde la entrada en vigencia de la reforma a la justicia laboral⁹³ y la creación del programa de defensa laboral especiali-

2013.

91 Diarios electrónicos elmostrador.cl y elciudadano.cl y sitios web de radios Biobío y Cooperativa.

92 Por instrucciones emanadas del Ministerio de Justicia, los criterios de focalización para los efectos de asesorar a organizaciones sindicales son dos: 1) debe tratarse de sindicatos con menos de 25 socios; 2) cuya cuota sindical no puede superar los \$5.000.

93 En marzo de 2008 entró en vigencia de manera gradual la nueva justicia laboral.

zada, de acuerdo a la información que nos fue remitida, solo en un caso se realizó una atención a un sindicato (oficina de defensa laboral de Coquimbo). En materia de representación judicial el panorama es similar: a) un caso en la oficina de defensa laboral de Atacama; b) dos en la oficina de defensa laboral de Coquimbo y c) dos en la oficina de defensa laboral de Antofagasta, todos por prácticas antisindicales. Se constata así que la defensoría laboral ha tenido una nula incidencia en la protección de la libertad sindical, siendo que todos los órganos del Estado deben propender al fortalecimiento de las garantías constitucionales.⁹⁴

- c. La escasa incidencia de la DT, por cuanto, por una parte, ha renegado desde junio de 2008 (con excepción, desde 2011, de los casos de delegados sindicales y quienes tienen fuero retroactivo de constitución) de su potestad sancionadora en diversos ámbitos asociados a la libertad sindical (separación ilegal de dirigentes sindicales, por ejemplo), limitándose a ofrecer a los interesados, luego de constatada la vulneración respectiva, un procedimiento de mediación y el eventual estudio de una denuncia por prácticas antisindicales. Asimismo, resulta evidente la ostensible disminución de las demandas por prácticas antisindicales presentadas en tribunales por la DT en los últimos años (solo 14 sentencias condenatorias fueron incorporadas en la nómina de empresas condenadas por prácticas antisindicales en el último semestre, la cifra más baja desde el inicio de tal publicación hace más de 10 años). Como se ha detallado antes, el rol de la DT en pos de la eficacia de las huelgas que se ven afectadas por la utilización de rompehuelgas, lejos de inhibir esta conducta, contribuye a su multiplicación.
- d. Los criterios restrictivos con que los tribunales fallan casos relacionados con el ejercicio del derecho de huelga y la concepción peyorativa que tienen del mismo.
- e. La inexistencia, en el actual programa de gobierno, de medidas concretas para eliminar el modelo de relaciones colectivas impuesto por la dictadura. El discurso presidencial del 21 de mayo pasado solo hizo una referencia genérica al fortalecimiento de los tres pilares de la libertad sindical: sindicalización, negociación colectiva y huelga, pero no se indicó ninguna medida concreta para alcanzar tal objetivo.

94 Esta información fue solicitada en virtud de la Ley de Transparencia a todas las corporaciones de asistencia judicial del país, organismos de los cuales dependen las distintas oficinas de defensa laboral. A la fecha de elaboración del presente informe, quedó pendiente la respuesta de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana. Del cruce de información que entrega el portal web del poder judicial, se obtiene que no han patrocinado acciones por prácticas antisindicales.

- f. La inexistencia de una voluntad política sincera de efectuar reformas legales que den cumplimiento a los tratados internacionales que nuestro propio país ha ratificado.

7. CONCLUSIONES

La contradicción absoluta entre el estándar de las normas internacionales del trabajo acerca del derecho de huelga y las normas nacionales es evidente. Ello no es de extrañar teniendo en cuenta que las normas del Plan Laboral fueron dictadas únicamente por presión internacional (amenaza de boicot por parte de la AFL-CIO en contra de exportaciones chilenas en caso de no reactivarse la actividad sindical al 8 de enero de 1979), habiendo sido elaboradas por quienes, a partir de su adscripción a las doctrinas neoliberales, no solo no le asignaban mérito alguno a los sindicatos, a la negociación colectiva y la huelga, sino que asumían un desvalor en su reconocimiento por tornarse en limitaciones al libre mercado.

La ratificación de los más importantes convenios sobre libertad sindical de la OIT a fines del siglo XX no sirvió como impulso efectivo para la remoción de los numerosos obstáculos legales y constitucionales para el ejercicio del derecho de huelga, limitándose el debate público a asociar el déficit de las normas nacionales frente a las internacionales en materia de huelga a la precisión de la norma sobre el reemplazo de los trabajadores huelguistas.

La mantención de la contradicción entre los estándares internacionales y la normativa interna queda reflejada en el Informe 2014 de la CEACR. Este, en lo relativo a la congruencia entre el Convenio 87 y las normas internas de Chile, pide, nuevamente al gobierno chileno que se modifiquen varios artículos del Código del Trabajo vinculados con el ejercicio del derecho de huelga. Esos artículos se encuentran especificados en los informes de 2012, 2010 y 2008 y son los siguientes:

1. Los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que establecen que la huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa;
2. El artículo 374 del Código del Trabajo, que dispone que, una vez que se dispuso recurrir a la huelga, esta debe hacerse efectiva dentro de los tres días siguientes; si no, se entenderá que los trabajadores de la empresa respectiva han desistido de la huelga y que, en consecuencia, aceptan la última oferta del empleador;
3. El artículo 381 del Código del Trabajo, que prohíbe, de manera general, el reemplazo de los huelguistas, pero que contempla la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumpli-

miento de ciertas condiciones por parte del empleador en su última oferta en la negociación;⁹⁵

4. El artículo 384 del Código del Trabajo, que dispone que no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización, por su naturaleza, cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. La Comisión había observado que la definición de servicios en los que puede prohibirse la huelga del artículo en cuestión, así como la lista elaborada por las autoridades gubernamentales, era demasiado amplia e iba más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población;⁹⁶
5. El artículo 385 del Código del Trabajo, que dispone que, en caso de producirse una huelga que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas;⁹⁷
6. El artículo 254 del Código Penal prevé sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos; y
7. En el Informe de 2012 se pidió al gobierno de Chile “garantizar en la legislación y en la práctica que los trabajadores agrícolas gocen del derecho de huelga”.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entidad fundamental para la eficacia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha “expresado su preocupación porque el artículo 381 del Código del Trabajo prevé la posibili-

95 En el *Informe* de 2012 fue más allá, señalando al Estado chileno que “el reemplazo de huelguistas debería circunscribirse a los casos en los que se puede restringir o incluso prohibir la huelga, es decir, en la función pública respecto a los funcionarios que ejercen función de autoridad en nombre del Estado, en los servicios esenciales en el sentido estricto del término y en situaciones de crisis nacional o local aguda, o en caso de que no se respeten los servicios mínimos”.

96 En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, señalando que le preocupa “la amplitud de esta norma que permite prohibir la huelga cuando se trate de servicios esenciales”. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), disponible en www.ohchr.org, p.152.

97 En el Informe de 2012 se dio cuenta de la información proporcionada por el gobierno relativa al contenido del Dictamen 5.062/093 del 26 de noviembre de 2010 de la Dirección del Trabajo, según el cual los servicios esenciales contenidos en el art. 380 inciso 1° del Código del Trabajo son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población, frente a lo cual la Comisión le observó que “la definición de los servicios con respecto a los cuales el presidente de la República puede ordenar la reanudación de faenas, va más allá de los servicios esenciales en el sentido estricto del término”.

dad de sustituir a los trabajadores en huelga”, además de manifestar inquietud porque “los servicios esenciales en que se puede prohibir la huelga no estén definidos con suficiente precisión en el artículo 384”.⁹⁸

8. RECOMENDACIONES

1. Promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia y por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile;
2. Eliminar la prohibición constitucional que recae sobre los funcionarios del Estado y de Municipalidades para ejercer el derecho de huelga;
3. Consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto del término de acuerdo a los estándares de la OIT;
4. Derogar el artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado que tipifica como delito la huelga realizada fuera del marco de la negociación colectiva reglada;
5. Derogar el artículo 254 del Código Penal que prevé sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos;
6. Derogar las normas estatutarias que prohíben a los funcionarios ejercer el derecho de huelga en cualquiera de sus modalidades lícitas, disponiendo la aplicación de medidas disciplinarias en caso de contravención;
7. Modificar los actuales criterios de focalización de la defensoría laboral, dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial, de modo que no quede lugar a dudas que deben obligatoriamente entregar asesoría y orientación y asumir la representación de sindicatos que no cuenten con asesoría particular, lo que incluye la presentación de denuncias por prácticas antisindicales en las que se exija no solo la tutela inhibitoria y reparatoria, sino también indemnizatoria;
8. Modificar las actuales instrucciones y procedimientos de la DT, de modo que se articulen en torno a la eficacia de las huelgas que se materialicen, lo que supone, a lo menos, eliminar todo obstáculo que lo impida, como el llamamiento a mediación obligato-

⁹⁸ Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), disponible en www.ohchr.org.

ria frente a una denuncia administrativa por reemplazo ilegal de huelguistas o la falta de oportunidad en obtener el retiro de los rompehuelgas. Debe también reasumir su facultad sancionadora contenida en el artículo 381, debidamente complementada con su facultad de interponer denuncias por prácticas antisindicales.

9. Generar instancias de formación y capacitación para los miembros del poder judicial que intervienen en la resolución de conflictos laborales, con el objeto que comprendan la estructura y dinámica del derecho colectivo del trabajo y los criterios de interpretación sostenidos por los órganos internacionales de control de la libertad sindical;
10. Promover una legislación de apoyo y soporte del sindicalismo que consagre un efectivo respeto a la autonomía sindical y al ejercicio del derecho de huelga, a fin de promover un cambio cultural para eliminar la connotación negativa y peyorativa que el derecho de huelga tiene de forma predominante entre los operadores jurídicos, clase política y medios de comunicación social.

**TRABAJADORAS DE
CASA PARTICULAR:
INVISIBILIZADAS Y
DISCRIMINADAS**

SÍNTESIS¹

De acuerdo a las últimas cifras de empleo en Chile, las trabajadoras de casa particular, (en adelante, TCP), alcanzan a más de 300 mil. El informe da cuenta de violaciones a las normas laborales tales como condiciones de empleo, descansos diarios, y cumplimiento de leyes previsionales. Las normas del Código del Trabajo establecen un régimen legal diferenciado que facilita los abusos y refuerza condiciones de vulnerabilidad para estos trabajadores.

Las reformas al régimen legal de las TCP no han sido parte de la agenda de género de los últimos gobiernos, quedando relegadas al espacio de la cartera sectorial, sin que se haya advertido el impacto que las condiciones laborales de las TCP tienen sobre la estructura de la economía del trabajo remunerado y no remunerado. Las propuestas legales impulsadas en los últimos años buscan corregir parcialmente la jornada, manteniendo el afán político de hacer cambios hacia una igualdad dosificada o progresiva, a pesar de reconocer que la situación es de un estatus desigual para estas trabajadoras. La reducción progresiva de la jornada de trabajo, que en la actualidad puede alcanzar hasta 72 horas semanales, pone al descubierto la resistencia a modificar un sistema de trabajo con resabios de un régimen de servidumbre y explotación.

Un régimen diferenciado en las condiciones laborales de protección y reclamación de derechos entre las TCP y el resto de los trabajadores perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas, a quienes tienen más. Adicionalmente, las políticas migratorias incrementan las condiciones de vulnerabilidad de las TCP extranjeras, facilitando la violación de sus derechos laborales. La intervención directa del Estado, mediante la modificación del régimen legal y acciones de promoción y fiscalización, es necesaria para terminar con las condiciones que invisibilizan y discriminan contra las TCP.

PALABRAS CLAVE: Trabajadoras de casa particular, discriminación, derechos laborales, migración

¹ Lidia Casas y Helena Olea. Asistentes: Nicolás Godoy, Valentina Salazar, Antonia Vila y Jimena Lizama. Agradecemos los aportes de Francisca Vargas.

INTRODUCCIÓN

El trabajo doméstico ha estado tradicionalmente invisibilizado. A pesar de que las tareas de cuidado y reproducción son necesarias para la vida humana, no son justamente valoradas por el mercado laboral y no se encuentran adecuadamente protegidas en las normas legales y por las autoridades judiciales y administrativas. Las TCP tienen condiciones de trabajo más gravosas, las normas no las protegen, y las instituciones no cumplen sus funciones de vigilancia y control de la misma forma que lo hacen con el resto de los trabajadores. Esto es una realidad en muchos lugares del mundo, incluyendo a Chile. Las TCP son discriminadas por la ley, las prácticas y la sociedad. Aunque hay hombres que desempeñan funciones como TCP, por tratarse de una ocupación mayoritariamente femenina, nos referiremos a ellas en género femenino.

Se estima que, por lo menos desde el siglo XIX, a partir de la separación de los ámbitos de la vida pública y privada, a los varones se les asignó la responsabilidad de proveer económicamente y las mujeres el cuidado del hogar y de los hijos. A esta división del trabajo, se unieron las representaciones culturales de lo masculino y lo femenino, que no solo repercuten en la distribución de las tareas en la familia, sino también en los nichos laborales. Las tareas de cuidado (salud, educación, limpieza) son tradicionalmente ocupadas por mujeres, y se encuentran en la base de la jerarquía y el prestigio social.²

En muchas familias, las tareas domésticas son realizadas por las mujeres de la casa de manera no remunerada como “dueñas de casa” y, para muchas otras, como una doble jornada, ocupándose de su propia casa luego de terminar su jornada laboral remunerada. Este trabajo se encuentra invisibilizado al no ser remunerado, y por tratarse de actividades que suelen naturalizarse como femeninas. Pautinamente, se observa una lenta incorporación de los hombres a las

² Catalina Wainerman (comp.), *Familia, trabajo y género: Un mundo de nuevas relaciones*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 9 – 17.

tareas domésticas, sobre todo en aquellas familias en las que mujeres y hombres desarrollan actividades remuneradas fuera de la casa.

En otras familias, se acude a la contratación de TCP para realizar el trabajo doméstico. En muchos casos, la TCP permite que los adultos puedan desempeñarse laboralmente en jornadas de trabajo completas, al haber una tercera persona supliendo su rol en las tareas domésticas y de cuidado de los miembros de la familia. Si hace algunos años la institución de la *nana* era vital para el cuidado de niños, hoy lo es para los ancianos y enfermos. Se trata de una verdadera cadena de cuidado, que, por las actuales características de la migración y el empleo, es de carácter transnacional. La Nueva Encuesta Nacional de Empleo, correspondiente al trimestre marzo-mayo de 2014, muestra que en Chile existe un total de 325.970 personas que se dedican al servicio doméstico, correspondiendo un 96% a mujeres y un 4% a hombres. Un 16% corresponde a trabajadoras puertas adentro.³ Para algunas familias, la contratación de una TCP es también una comodidad, un servicio personal que es posible pagar. En estos casos, la invisibilización y la falta de valor del trabajo doméstico se mantienen, ya sea que lo haga un miembro de la familia o un tercero, si se trata de trabajo remunerado o no.

Las TCP son tratadas por la normativa como trabajadoras de segunda o tercera clase, con menos derechos laborales y protección. Ello manifiesta una discriminación de iure la ley sitúa a estas trabajadoras en condiciones de desigualdad, en que el género y la clase se entremezclan y se profundizan con el origen étnico y/o nacional. Existe una discriminación directa: la ley les otorga un tratamiento diferenciado que no se encuentra justificado. Además, se observa una discriminación por impacto o resultado, ya que las leyes y las políticas públicas tienen un efecto adverso en este grupo de trabajadoras, agravando y permitiendo que esa discriminación se mantenga o exacerbe.

El propósito de este capítulo es analizar la situación de las TCP en Chile, a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se considerarán elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Más adelante se desarrollarán los estándares internacionales aplicables a este grupo de trabajadoras. Luego se abordará la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa o judicial. Por último, se analizarán los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. A partir de lo anterior se formularán recomendaciones.

3 Instituto Nacional de Estadística (INE), *Nueva Encuesta Nacional de Empleo, Informe trimestre marzo-mayo 2014*.

Este informe no hubiera sido posible sin las voces de las propias trabajadoras. Se realizaron entrevistas de discusión grupal, con trabajadoras puertas adentro, chilenas y extranjeras; y entrevistas individuales a trabajadoras y dirigentas de sindicatos de Santiago y provincia; entre abril y junio de 2014.⁴ Se entrevistó al sub-director de la Dirección del Trabajo (en adelante, DT), al jefe de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana y a la jefa de la Unidad de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer. Se ha considerado además la experiencia en la tramitación de casos laborales y migratorios de la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

1.LA LEY

Aparentemente, no existe justificación para el tratamiento diferenciado del contrato de TCP, ubicado en el Título II del Código del Trabajo, en el Capítulo V, “De los Contratos Especiales”, con respecto al régimen legal general o regular.⁵ El antecedente histórico se encuentra en los artículos 1.987 a 1.995 del Código Civil, sobre el arrendamiento de criados domésticos, en que se manifiesta la contradicción entre la supuesta igualdad de condiciones de contratación entre amo y criado, y la desigualdad material y de poder bajo la cual se establecía esta relación. Esta supuesta igualdad implicaba, entre otras cosas, que el criado no podía “retirarse inopinadamente sin grave incomodidad o perjuicio para el amo”, so pena de pagar una indemnización, lo que también se establecía para el caso en que se retirara antes del plazo estipulado.⁶ Los artículos 1.987 a 1.991 del Código Civil fueron derogados en 1931, cuando el primer Código del Trabajo tomó algunas de estas disposiciones bajo la figura de un contrato de servicios a casas particulares. Este tipo de labor no requería de un contrato, sino que podía consensuarse con el empleador bajo condiciones aparentemente libres. Se cambió la carga de la prueba, a quién se creía cuando no había escrituración,⁷ pero se establecieron normas similares a las del Código Civil, en lo relativo al desahucio: la muerte del amo/empleador no terminaba la relación, la cual subsistía en cabeza de sus herederos, pero sí terminaba por la existencia de una enfermedad contagiosa del amo o del criado.⁸

4 Se realizaron 20 entrevistas a TCP, además de la observación/experiencia en el trabajo clínico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Las trabajadoras firmaron un consentimiento informado para su participación en las entrevistas.

5 Código del Trabajo, arts. 146 a 152.

6 Código Civil, arts. 1.989 y 1.991. Una disposición obligaba a las nodrizas a permanecer forzosamente en el servicio si no existía una reemplazante.

7 *Ibid.*, art. 1.995.

8 *Ibid.*, art. 1.993.

Hoy se reproduce la distinción histórica de sirvientes/amos del Código Civil en el espacio doméstico, contexto en el que se instala la lógica del Código del Trabajo y las prácticas y discursos que tratan a los sirvientes, ahora denominados TCP, como parte de la familia.⁹

La expresión “ser parte de la familia” aparece recurrentemente en los relatos de las TCP. Muchas trabajadoras indican que se quedan en un empleo a pesar de las malas condiciones porque se acostumbran, porque sienten afecto hacia los niños que cuidan y crían, y porque, a veces, sus empleadores les dicen que son parte de la familia. Pero algunas de ellas ironizan sobre el calificativo:

Dicen que somos como parte la familia. ¿Parte de la familia? Parte de la familia pero duerme en una pieza así (gesto con las manos de chiquitito), tiene un baño así, come en la cocina, y no anda con ropa de calle como los hijos, anda con delantal. Parte de la familia... (chilena).

Una trabajadora extranjera relató que, aunque su empleador declaraba que ella era “como una hija”, cuando enfermó y recibió una indicación médica de mejorar su dieta en proteínas, fue despedida.

En posteriores reformas a las normas laborales, se han modificado paulatinamente algunas de las normas relativas a TCP, pero se mantienen su carácter especial, con normas diferenciadas del resto de los trabajadores en Chile en aspectos tales como jornada laboral, terminación de la relación laboral e indemnización y fiscalización, como se detalla a continuación. A pesar de los avances que representan las reformas adoptadas, no hay justificación para la ausencia de una modificación sustancial al régimen de las trabajadoras de casa particular, que continúa diferenciándolas del resto de los trabajadores. Estas diferencias representan ventajas para los empleadores y en ningún caso para las TCP.

La diferencia en el tratamiento jurídico de las TCP implica que se las considera inferiores a cualquier otro tipo de trabajador. En concreto, no están reguladas las limitaciones a las facultades del empleador, pudiendo, por ejemplo, imponer una jornada laboral más extensa. Las disparidades entre TCP y el resto de los trabajadores pueden apreciarse en el cuadro 1:

⁹ El art. 815 del Código Civil hace alusión a los miembros de la familia cuando regula el derecho de uso y habitación: “El uso i la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o habitador. En las necesidades personales del usuario y habitador se comprenden las de su familia. La familia comprende la mujer i los hijos lejitimos i naturales... comprende asimismo el número de sirvientes necesario para la familia”.

Cuadro 1: Tratamiento legal de los trabajadores en el Código del Trabajo

| | Trabajador común | Trabajadora de casa particular |
|---|---|--|
| Contrato | Obligatorio. | Obligatorio. |
| Remuneración mínima | Salario mínimo. | Hasta 2011 era el 75% del salario mínimo. Actualmente es el salario mínimo. |
| Jornada semanal | 45 horas semanales. | Puertas afuera: no podrá exceder de 72 horas semanales. Una hora de descanso. Puertas adentro: no está sujeta a horario. Debe tener un descanso absoluto de 12 horas y mínimo de 9 ininterrumpidas entre el término de la jornada y la siguiente. |
| Descanso semanal | El domingo y los que se declaren festivos. | Puertas afuera: el domingo y los que se declaren festivos. Puertas adentro: un día completo que podrá ser fraccionado en dos medios a petición del trabajador. |
| Horas extraordinarias | Se pagan con un 50% de recargo. | No están previstas. |
| Festivos | Derecho al festivo que declare la ley. | Derecho al festivo. Podrá pactarse que se tome en un día distinto. Si no se toma en los siguientes 90 días, caduca. |
| Protección al trabajo por enfermedad | Se debe mantener el empleo durante la duración de la licencia de enfermedad. | Se conserva el empleo por 8 días sin remuneración si tiene menos de 6 meses de contrato, 15 días si tuviera más de 6 pero menos de 12 meses y hasta 30 días si tuviera más de 12 meses. |
| Término de la relación laboral | Regulada por causales. | Desahucio: sin causal. |
| Mes de aviso | Mes de aviso. | Mes de aviso. |
| Indemnización por despido | Sin causal justificada: 1 mes por año de servicio, límite legal 11 años. | 4.11% del salario mensual |
| Leyes sociales | | |
| Pensión | 2% Seguro de invalidez y sobrevivencia, 10% Fondo de pensión. | 12% Seguro de invalidez y sobrevivencia + fondo de pensión |
| Salud | 7% Previsión de salud. | 7% Previsión de salud. |
| Seguro de cesantía | 0,6% Seguro de cesantía (contrato indefinido), 3% Seguro de cesantía (contrato de plazo fijo) | |

Una serie de reformas y proyectos legales ha buscado mejorar las condiciones laborales de las TCP, equiparándolas progresivamente con el resto de los trabajadores. En la práctica, la aplicación de algunas de esas modificaciones resulta ineficaz, principalmente por la falta de fiscalización. Así, la existencia del fuero maternal es letra muerta para las trabajadoras puertas adentro, por no poder continuar laborando con sus bebés. Lo mismo ocurre con la duración de la jornada laboral, particularmente para las trabajadoras puertas adentro. Adicionalmente, se observan grandes déficits, por la falta de fiscalización, en las condiciones de alojamiento y alimentación.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

La protección de las TCP ha sido una preocupación constante de los órganos de protección internacional de los derechos humanos. Esto se explica por la ausencia de medidas eficaces de protección y garantía de sus derechos laborales, dado el contexto en el que se desarrolla la relación laboral. La cercanía del trabajo doméstico con la servidumbre o el trabajo esclavo, ha generado preocupación constante en los órganos de protección de los derechos humanos, particularmente en relación a aquellas sociedades donde las TCP residen en su lugar de trabajo.

Existe un instrumento particular, el Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos de la Organización Internacional del Trabajo, de 2011 (en adelante, Convenio 189), que fija estándares específicos. Chile solo recientemente inició el proceso interno para su ratificación. Parte de la discusión en torno a ello se ha centrado en las reformas legales necesarias para que Chile pueda adquirir y cumplir las obligaciones internacionales derivadas del mismo.

El Convenio 189 establece las siguientes obligaciones: promover y proteger los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos; fijar una edad mínima para los trabajadores domésticos que no puede ser inferior a la mínima legal; establecer protecciones contra el abuso, el acoso y la violencia; y adoptar medidas para que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones de empleo equitativas y de trabajo decente. El Convenio 189 expresamente establece que los Estados deben asegurar condiciones de vida decentes, que respeten la privacidad de aquellos trabajadores que residen en el hogar en el que trabajan. El artículo 7 del Convenio establece los elementos que debe contener el contrato de trabajo, que coinciden con los establecidos en la legislación laboral chilena, incluyendo las condiciones de repatriación cuando proceda, lo cual se encuentra incluido en las cláusulas especiales de las contrataciones de trabajo para personas extranjeras que solicitan visa sujeta

a contrato.¹⁰ El Convenio incluye, en el artículo 8, normas particulares para los trabajadores domésticos migrantes. El artículo 9 contiene protecciones para los trabajadores puertas adentro. El artículo 10 especifica la igualdad de trato entre trabajadores domésticos y el resto de los trabajadores en relación a la jornada de trabajo, la compensación por horas extraordinarias, los períodos de descanso diario y semanal y las vacaciones pagadas o feriado legal. El Convenio 189 explicita que el descanso semanal deber ser de por lo menos 24 horas consecutivas y agrega que los periodos en los que los trabajadores domésticos no disponen de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios deben considerarse como horas de trabajo. El artículo 11 establece la obligación de asegurar el pago del salario mínimo. El artículo 12 estipula obligaciones en materia de pago del salario. Los artículos 13 y 14 contemplan protecciones en materia de seguridad, salud y seguridad social. El artículo 15 establece el deber de los Estados de proteger a los trabajadores domésticos contratados por agencias de empleo, de prácticas abusivas. El Convenio 189 incluye en el artículo 16 el deber de garantizar la protección judicial, y el artículo 17 se refiere al deber de establecer mecanismos de queja, medios eficaces y accesibles para asegurar el cumplimiento de las normas nacionales, y al deber de poner en práctica medidas relacionadas con la inspección del trabajo, la aplicación de normas y sanciones. Agrega este artículo: “En la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en dichas medidas se deberán especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad”.

Además, son aplicables a las TCP todos los estándares internacionales relativos a los trabajadores, a los que se agregan aquellos que se refieren en particular a los trabajadores migratorios, en razón de la importante presencia de mano de obra inmigrante en este rubro. A este respecto, resulta relevante el marco internacional desarrollado por el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau, en su informe anual del 2014, que se centra en la explotación laboral de los migrantes. Los instrumentos internacionales que incluye dentro de este marco el Relator son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, particularmente los artículos 4, 23 y 24; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos 6 a 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los artículos 8, 22 y 26; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

¹⁰ Las cláusulas adicionales incluyen que el contrato de trabajo está sujeto a condiciones: la autorización para trabajar de una persona extranjera, la obligación del empleador de pagar el pasaje de regreso del trabajador y los miembros de su familia, la obligación de cotizar en el régimen previsional chileno y de pagar impuestos en Chile.

(en adelante, Comité CEDAW) en el artículo 11; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5; el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, artículos 7, 11, 25, 26, 40, 43 y 54. Los convenios de la OIT se aplican a las TCP excepto que estén previstos para otro tipo de trabajadores. En el contexto del trabajo doméstico pueden presentarse situaciones de trata, por lo que también sería aplicable el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que establece obligaciones de los Estados en materia de prevención y sanción de la trata y protección para las víctimas.

Otro antecedente reciente y relevante es la Resolución 68/179, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se instó a los Estados a que “hagan cumplir de manera efectiva la legislación laboral, en particular, que actúen cuando se infrinja dicha legislación con respecto a las relaciones laborales y condiciones de trabajo de los trabajadores migratorios, como las relativas a su remuneración y las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, así como al derecho a la libertad de asociación” y se exhortó a los Estados a ratificar el Convenio 189 de la OIT.¹¹

Adicionalmente, los órganos de tratados se han pronunciado respecto a la garantía y protección de los derechos de las TCP. La situación de trabajadoras que cumplen sus funciones en la casa del empleador, en un espacio que en general no comparten con otros trabajadores, que es además la casa de habitación del empleador, genera un contexto de vulnerabilidad para el trabajador. Esta condición se exagera en el caso de las trabajadoras puertas adentro, ya que su domicilio es su lugar de trabajo. De esta forma, la separación entre jornada laboral y jornada de descanso, y entre lugar de trabajo y de habitación se hace difusa.¹²

El Consejo de Derechos Humanos, en el marco de la reciente Revisión Periódica Universal aplicable a Chile, formuló una recomendación específica relativa a las TCP: “Adoptar medidas para que las normas relativas al empleo de trabajadores domésticos se cumplan y

11 ONU, Asamblea General, Resolución 68/179, Protección de los migrantes, UN Doc. A/RES/68/179, 68° período de sesiones, 28 de enero de 2014, párrs. 4.i y j.

12 CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59, 3 de noviembre de 2011, párr. 13.

respeten plenamente (Irlanda)”.¹³ Esta recomendación da cuenta de la preocupación del órgano político de Naciones Unidas en materia de derechos humanos por este grupo particular de trabajadores.

Algunos órganos de tratados se han pronunciado en torno a los derechos de las TCP. Tanto el Comité de Trabajadores Migratorios de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (en adelante, Comité de Trabajadores Migratorios) como el Comité CEDAW, se han referido a esta materia.

En 2011, en la primera revisión del Comité de Trabajadores Migratorios a Chile, este órgano manifestó su preocupación en torno a la vulnerabilidad de las trabajadoras domésticas migratorias, particularmente de aquellas que se encuentran en situación irregular, y que son víctimas de condiciones de trabajo abusivas, de malos tratos y de explotación laboral. El Comité recomendó al Estado proteger a estas trabajadoras “garantizando una mayor y más sistemática vigilancia de las condiciones laborales de éstas por parte de los inspectores de trabajo”, como establece la Observación General 1 del Comité, sobre los trabajadores domésticos migratorios (2010).¹⁴ El Comité también instó a Chile a “garantizar que esas trabajadoras migratorias tengan acceso efectivo a los mecanismos de presentación de denuncias contra sus empleadores y que todos los abusos, incluidos los malos tratos, sean investigados y, cuando proceda, sancionados”.¹⁵

En 2012, el Comité CEDAW del Tratado Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, consideró en particular la situación de las TCP. El Comité destacó los avances legislativos en la materia, incluyendo el proyecto para reducir la jornada laboral. Sin embargo, expresó su preocupación por las condiciones precarias en las que se encuentran estos trabajadores, especialmente las mujeres, por la deficiente aplicación de las normas vigentes y la falta de supervisión. Por ello, el Comité CEDAW instó a Chile a que:

- a) Agilice la promulgación del proyecto de ley 8292-13 relativo al número máximo de horas de trabajo a la semana de los trabajadores de casa particular y vele por que tanto los trabajadores internos como los externos gocen de los mismos derechos a este respecto;

¹³ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Chile*, 26° período de sesiones, UN Doc. A/HRC/26/5, párr. 121.128.

¹⁴ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observación General 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios*, UN Doc. CMW/C/GC/1, 23 de febrero de 2011.

¹⁵ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Chile*, 15° período de sesiones, UN Doc. CMW/C/CHL/CO/1, 19 de octubre de 2011, párrs. 36-37.

- b) Adopte todas las medidas necesarias para lograr una mejor aplicación de su legislación laboral en relación con los trabajadores de casa particular, lo que incluye la realización de inspecciones laborales sistemáticas y la realización de actividades de sensibilización dirigidas a las mujeres migrantes en particular;
- c) Establezca un plazo para la ratificación del Convenio 189 (2011) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos.¹⁶

La discusión internacional general y las recomendaciones particulares formuladas a Chile por los órganos internacionales, particularmente del sistema universal, dan cuenta de la importancia creciente que tiene la garantía y protección de los derechos de las TCP. Esas recomendaciones reflejan la necesidad de considerar la situación particular de las trabajadoras migrantes, como un subgrupo vulnerable dentro de un grupo de trabajadoras discriminado. Las recomendaciones internacionales insisten en la ratificación del Convenio 189, como señala el Comité de Trabajadores Migratorios en su Observación General 1:

Por lo general, los trabajadores domésticos migratorios corren un riesgo mayor de sufrir determinadas formas de explotación y maltrato. Su vulnerabilidad deriva principalmente de su situación de aislamiento y dependencia, que puede caracterizarse por los elementos siguientes: el aislamiento que representa la vida en un país extranjero, en el que a menudo se habla un idioma distinto, lejos de la familia; la falta de sistemas de apoyo básico y el desconocimiento de la cultura y la legislación nacional en materia de trabajo y migración; y la dependencia del migrante respecto del empleo y del empleador a causa de las deudas contraídas para migrar, su estatuto jurídico, las prácticas de los empleadores que restringen su libertad para abandonar el lugar de trabajo, el simple hecho de que su lugar de trabajo es también a veces su único alojamiento y la dependencia de los familiares que dejaron en su país de origen de las remesas enviadas por el migrante. Las trabajadoras domésticas migratorias se enfrentan además a otros riesgos por el hecho de ser mujeres, por ejemplo, a la violencia de género. Esos riesgos y factores de vulnerabilidad son más graves aun en el caso de los trabajadores domésticos

¹⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile*, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (10 a 19 de octubre de 2012), UN Doc. CEDAW/C/CHL/CO/5-6, 12 de noviembre de 2012, párr. 30-31.

migratorios no documentados o en situación irregular, especialmente porque suelen correr el riesgo de expulsión si se ponen en contacto con las autoridades para solicitar protección frente a los abusos de un empleador.¹⁷

3. LA REALIDAD DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN CHILE

3.1. Contrato escrito

El principio sobre el cual descansa el derecho laboral es el de la realidad. Sin embargo, la escrituración del contrato parece ser un elemento central para la estabilidad y protección de los derechos de las TCP. Un documento no solo establece con claridad las reglas del derecho, y puede tener importantes efectos probatorios ante la eventualidad de un conflicto laboral, sino que también configura el auto-reconocimiento de ser una trabajadora. Los efectos prácticos y simbólicos del contrato escrito son muy relevantes en la protección de los derechos, a pesar del principio de la realidad.

Uno de los importantes escollos para las TCP es la informalidad de las relaciones laborales, ya sea para las que trabajan por días o por horas en hogares, o para aquellas que laboran puertas adentro o afuera. La ausencia de contrato escrito es muchas veces la ventana a la discriminación estructural. La Nueva Encuesta Nacional de Empleo revela que hay más TCP que trabajan sin contrato escriturado que con él. Menos de la mitad de las que trabajan puertas afuera tiene un contrato escriturado, comparadas con el 83% del resto de las trabajadoras. Para trabajadoras puertas adentro, la escrituración alcanza casi al 85%.¹⁸

Las entrevistas realizadas para este *Informe* muestran la heterogeneidad de las experiencias de estas trabajadoras en la materia. Las TCP chilenas y pertenecientes al sindicato tienen contrato de trabajo, pero señalan que hay compañeras que pasan más de 6 meses sin contrato, y que muchas veces no lo exigen. La dirigente de Arica entrevistada señala como un problema la falta de auto-reconocimiento como trabajadoras, lo que implica exigir el contrato. Muchas perciben que la escrituración es un favor, no un derecho, o bien que no les afecta porque son carga legal del marido, o que la informalidad laboral acarrea beneficios económicos para ellas. En ciudades fronterizas como Arica, la informalidad alcanza tasas mayores. Pocas TCP tiene un contrato y la mayoría son jefas de hogar.

Una TCP chilena aprendió sobre la necesidad del contrato en su primer trabajo a los 17 años. La patrona le informó de sus derechos,

¹⁷ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación General 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios, op. cit., párr. 7.
¹⁸ INE, op. cit.

de las administradoras de fondos de pensiones (en adelante, AFP) para acumular ahorros para su vejez, “porque no siempre iba a ser joven”. Otra lo supo cuando tuvo problemas con su patrón, y llegó hasta la Inspección del Trabajo en Valdivia: “le pidieron a mi patrón el contrato y las imposiciones. El no tenía nada, se enojó, se paró, dijo que no estaba para eso y me ordenó que nos fuéramos”. Esta trabajadora señala que las cosas han cambiado desde inicios de los noventa. Otra comenzó a trabajar a los 13 años, en 1983, con una familia de médicos, cuidando a los niños. Como no tenía edad, no hubo contrato; enviaban parte de la paga a sus padres al sur y otra parte se la guardaron. Cuando tuvo edad legal para trabajar, le escrituraron su primer contrato.

Durante la entrevista en el sindicato, se pudo constatar directamente las llamadas telefónicas, y la visita a la sede de trabajadoras que buscaban información sobre el contrato: una de ellas preguntaba qué podía hacer para obligar a su empleadora, con la cual llevaba más de 6 meses trabajando, a firmar un contrato. Esta es una demanda frecuente de las trabajadoras migrantes en la Clínica de la UDP.

La inexistencia del contrato firmado es un problema para las TCP chilenas, quienes pueden trabajar años sin tener uno, pero la situación de migrantes sitúa a numerosas TCP extranjeras en una condición de mayor vulnerabilidad. Para muchas, el contrato de trabajo es la forma de regularizar su permanencia en el país, mediante una visa sujeta a contrato; para otras, el contrato y el pago de las imposiciones por parte del empleador son parte de los requisitos que deben presentar para solicitar una visa de permanencia definitiva en el país. Para las TCP migrantes la ausencia de contrato no es solo una desprotección en materia laboral, sino un obstáculo en su proceso de regularización migratoria. Esta situación tiene un efecto particular para las TCP migrantes: ellas exigen con mayor frecuencia el contrato de trabajo y muchas veces no son contratadas por empleadores que prefieren evitar las cláusulas especiales en los contratos de trabajo y el riesgo de multa por contratar a extranjeras sin autorización para trabajar, y solo contratan a TCP migrantes con visa de permanencia definitiva.

Una revisión de la jurisprudencia da cuenta de la falta de escrituración del contrato de trabajo. Por ejemplo, en una acción de tutela de derechos fundamentales, el punto de la discusión estribó en la relación laboral por más de 20 años de una TCP con una familia a la cual prestó servicios al inicio para los hijos pequeños, y después solo los fines de semana y festivos en la cocina. Los empleadores reconocieron haberla contratado desde 1981 para cocinera o eventos especiales, pero sin vínculo de dependencia.¹⁹ Al sufrir un accidente laboral, una fractura

¹⁹ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *Luz Narváez contra Jorge Garay Medina*, 28 de abril de 2010.

con hueso expuesto, su marido la fue a buscar a su trabajo, pues, como señala la demanda, los empleadores no la quisieron llevar a un servicio de urgencias. La demanda fue rechazada por varias razones, entre ellas, por que la trabajadora, en algunos períodos dentro del tiempo que demandaba, tenía cotizaciones con otros empleadores, y porque, si bien sus hijos conocían la casa y ello constaba en una foto, se determinó que no era plausible una relación de dependencia. El tribunal no consideró que, si una trabajadora labora por días en una semana, como era el caso, siempre está en condiciones de trabajar en forma coetánea con otro empleador, lo que, por lo extensa de la relación laboral, 30 años, no es fácil recordar.

En Arica, como señaló la dirigente de las TCP, “las extranjeras no tienen horario ni ley. Son temerosas, trabajan puertas adentro y les pagan menos del mínimo. Solo las que llevan más años se hacen valer”. La migración circular de las TCP peruanas es evidente. Muchas de ellas no tienen una visa de residencia en Chile, sino que ingresan semanalmente en el marco del Convenio Fronterizo Arica - Tacna, cruzando a Tacna en los días de descanso. Ellas trabajan en Chile todos los festivos. La presencia de trabajadoras migrantes no es un problema para el sindicato de TCP chilenas, por el contrario, buscan que sus condiciones laborales mejoren. Agrega la dirigente que han intentado trabajar con la Gobernación para hacer campañas de difusión sobre sus derechos. Una particular preocupación para el sindicato es la negativa de los empleadores a suscribir contratos de trabajo, lo que les impide regularizar su situación migratoria. Agrega que las TCP extranjeras están expuestas a la expulsión, en este contexto. El sindicato lleva a cabo campañas informativas en la frontera y actividades de capacitación dirigidas a las TCP en Tacna.

Las TCP migrantes enfrentan una dificultad adicional para escriturar la relación laboral: la ausencia de documento de identidad. Los y las empleadores/as esgrimen como justificación para no suscribir un contrato de trabajo el que la TCP migrante no tiene un documento de identidad chileno. Paradójicamente, para obtenerlo, la TCP necesita de un contrato de trabajo escrito para regularizar su permanencia en el país, a menos de que tenga vínculos familiares u otra situación particular que le permitan solicitar una visa por un motivo diferente al contrato de trabajo.

Entre las entrevistadas extranjeras se contaban dos mujeres que trabajaban sin contrato de trabajo. Una de ellas, luego de haberse informado y de entender la necesidad del mismo para regularizar su permanencia en el país, exigió firmar uno; su empleadora le respondió que no podía tenerlo porque no tenía un RUT.²⁰ Otra estaba en espera de

20 El RUT, rol único tributario, es también el número de cédula de identidad nacional en Chile.

su RUT y llevaba varios meses sin contrato, pese a trabajar para una empleada del Departamento de Extranjería y Migración. Una constante en las entrevistas realizadas a las TCP migrantes y en la experiencia de la Clínica de Migrantes de la UDP es la ausencia de información sobre el contenido y las condiciones para la contratación de trabajadoras extranjeras, tanto por empleadores como trabajadores. Esta situación repercute en la renuencia de muchos empleadores a suscribir contratos de trabajo y en que un número significativo de TCP migrantes se encuentre en situación irregular. Adicionalmente, algunos empleadores se aprovechan de esta condición y violan de manera flagrante los derechos laborales de estas mujeres, a quienes amenazan con que, en caso de denunciar esta situación, pueden ser sancionadas por las autoridades migratorias y corren el riesgo de ser expulsadas o, por lo menos, multadas.

Le digo a mi empleadora que no me ha dado ni un documento. ¿Usted cree que yo me voy a quedar ahí? Yo no puedo dejar pasar más de 95 días porque me van a cobrar una multa cuando yo vaya a llevar eso, yo tengo que ir a una parte donde me hagan mi contrato. (TCP Extranjera).

Aun cuando una TCP trabaje bajo una relación laboral escriturada, para las trabajadoras extranjeras, el tipo de visa que tengan incide negativa o positivamente en sus condiciones laborales. La trabajadora que cuenta con una visa sujeta a contrato está habilitada a trabajar exclusivamente con el empleador con quien suscribió el contrato, y, al término de la relación laboral, la visa caduca salvo que presente al Departamento de Extranjería y Migración un nuevo contrato dentro de los siguientes 30 días y solicite un cambio de empleador. Por ello, la experiencia de la Clínica de Migrantes es que muchas trabajadoras aguantan condiciones de trabajo injustas, malos tratos o bajos salarios mientras esperan cumplir el término de dos años con visa sujeta a contrato, para solicitar su visa de residencia definitiva. La dependencia de la TCP extranjera con visa sujeta a contrato de la relación laboral para mantener su situación migratoria en regla, se convierte en una condición de vulnerabilidad para ella.

La renuencia de los empleadores a suscribir un contrato de trabajo para una TCP extranjera, para efectos de que ella pueda regularizar su situación migratoria, no se debe exclusivamente a motivos laborales, sino que se relacionan con los costos adicionales que conlleva contratar a una trabajadora extranjera. En particular, la cláusula de

viaje²¹ y la de vigencia,²² que deben insertarse en el contrato para trabajadoras extranjeras, generan temor entre los empleadores, lo que contribuye a la informalidad en las relaciones laborales. El interés en evitar un mayor costo cuando termine la relación laboral, resulta en que muchos empleadores eviten suscribir un contrato de trabajo para una TCP que no tiene otra forma de regularizar su situación migratoria. Las otras dos cláusulas especiales: la del impuesto a la renta y la de contribución en el régimen de salud y pensiones en Chile, no generan controversia.

Las diferencias en relación a la aplicación del derecho laboral y el derecho migratorio, por parte de empleadores, TCP, abogados, funcionarios del Departamento de Extranjería y Migración, y jueces, resultan en desinformación y confusión. En la práctica, las TCP empiezan a trabajar antes de la escrituración del contrato, en lo que se convierte en un extenso período de prueba. Muchas permanecen en esa situación y, al momento de la terminación de la relación laboral, tienen dificultades probatorias para alegar el principio de la realidad, antes aludido, si quieren reclamar sus derechos laborales. Otras, en cambio, logran que les escriban el contrato, pero la cláusula de vigencia genera confusión para ellas y sus empleadores, dado que empezaron a trabajar con anterioridad a la fecha en que obtuvieron la autorización para trabajar o la visa y no tienen certeza respecto a desde cuándo son exigibles sus derechos laborales, y muchas veces sus empleadores tampoco tienen claridad sobre desde cuándo tienen obligaciones laborales para con ellas. Asimismo, los sistemas de salud y pensiones impiden la inscripción en línea de TCP sin RUT, lo que hace difícil cumplir las obligaciones laborales, incluso para quienes tienen la voluntad de hacerlo. Además, empleadores y trabajadores arriesgan sanciones administrativas, consistentes en multas,²³ si contratan o trabajan antes de tener autorización para ello.

El caso que se describe a continuación ilustra estas diferencias y dificultades. Una TCP extranjera reclamó judicialmente el pago de sus cotizaciones laborales al momento de la terminación de la relación laboral. Su contrato de trabajo original era de 2007 y señalaba: “1. Contrato de trabajo indefinido de fecha 24 de octubre de 2007, suscrito por ambas partes, ante Notario Público [...] estableciéndose una remuneración en la cláusula segunda de \$108.000 mensuales, fija jornada de 45 horas, estableciendo en su cláusula quinta que el trabajador co-

21 La cláusula de viaje consiste en el deber del empleador de pagar el pasaje de la TCP y los miembros de su familia al país de origen al terminar la relación laboral. Este es uno de los requisitos para las trabajadoras extranjeras que solicitan una visa sujeta a contrato.

22 La cláusula de vigencia establece una condición para el inicio de la relación laboral: el otorgamiento de la autorización para trabajar con visa en trámite o de la visa misma.

23 La tabla de sanciones del Departamento de Extranjería, puede verse en http://www.extranjeria.gob.cl/media/2014/07/Tabla_de_multas.pdf

menzará a prestar servicios “solo una vez que obtenga la visación”.²⁴ La cuestión a dilucidar al momento del despido se refería al inicio de la relación laboral y, como consecuencia de ello, el pago de las cotizaciones adeudadas. La TCP señaló que trabajó desde 2007, aportando para ello el contrato, y el empleador, desde 2010, cuando suscribieron un segundo contrato por una remuneración de \$200 mil pesos. El juez resolvió que había un primer contrato firmado y que desde ese momento debían calcularse todas las prestaciones. Señaló que, si bien la TCP no tenía una cédula de identidad expedida en Chile, el empleador estaba en condiciones de declarar y pagar las prestaciones con efecto retroactivo, una vez que la situación migratoria estuvo regularizada, mucho antes de 2010.

Las TCP atendidas por la Clínica de Migrantes afirman que es mucho más fácil para ellas encontrar empleo o lograr que les escrituren el contrato una vez que tienen resuelta su situación migratoria. De hecho, en muchos casos, los estudiantes de la Clínica dedican sus esfuerzos a convencer al empleador de la obligación legal y conveniencia de escriturar el contrato, a pesar de las obligaciones adicionales, como la cláusula de viaje. No obstante lo anterior, la Clínica ha tenido la oportunidad de constatar que algunas TCP extranjeras que no necesitan la inclusión de las cláusulas adicionales en sus contratos de trabajo por tener otro tipo de visa, han logrado negociar con sus empleadores la inclusión de la cláusula de viaje. Esta situación da cuenta de que hay empleadores que reconocen el sacrificio del desarraigo y la vulnerabilidad de la trabajadora extranjera al terminar su relación laboral, lo cual, además, se encuentra establecido como una obligación en el artículo 8 del Convenio 189.

3.2. “No soy nana, soy trabajadora y me llamo Ana”

Resulta relevante, por sus implicaciones simbólicas, cómo se la nombra: a partir del término *nana*, que reemplazó el de *china*, quedan sumidas en la invisibilización de su condición de trabajadoras:

¿Tu creí que a una le gusta que le digan nana? A nadie le gusta que le digan nana. Dicen que les da lo mismo, pero no es verdad. Yo les decía: “Yo no me llamo nana, me llamo Ana”. Venían visitas y me preguntaban: “¿Te molesta que te digan nana?” “Sí me molesta, me llamo Ana. Nosotras somos trabajadoras de casa particular, y, si le parece muy largo, trabajadora”.

La señora me decía: “Oye Ana, eres bien puntúa tú”, y yo le respondía, “sí soy puntúa”. (TCP chilena).

²⁴ 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, *Flor Cuevas contra Hugo Callejas*, 8 de enero de 2011.

Las trabajadoras extranjeras deben resignificar un término que les resulta ajeno, pero que, lentamente, en su proceso de integración y a partir de sus experiencias, va adquiriendo la connotación de un trabajo desvalorizado.

3.3. Condiciones salariales: El impacto del sueldo mínimo

Desde el inicio de los noventa se ha transitado un largo camino para reducir la brecha de desigualdad en el tratamiento del salario mínimo para las TCP, la que finalmente se cerró en 2011, cuando su salario se igualó al salario mínimo del resto de los trabajadores. La existencia de un piso es importante para las TCP en regiones, más que en Santiago, donde sus remuneraciones en general son superiores al sueldo mínimo. Por ello, Ruth Olate, presidenta del Sindicato de Trabajadoras de Casa Particular (Sincatrap), considera que esta reforma habría pasado sin pena ni gloria en Santiago. Ella identifica como un problema la ausencia de una reajustabilidad siquiera correspondiente al índice de precios al consumidor.

La dirigente de Arica señala que en esa ciudad se paga menos del mínimo legal y, como hemos señalado, sin mediar la mayor parte de las veces un contrato escriturado. Las que trabajan por días u horas a veces lo hacen hasta en tres casas en un mismo día para ganar 30 mil pesos diarios.

La entrevistada de Arica se refirió a las brechas regionales y el impacto en las remuneraciones. Una de las afiliadas del sindicato, TCP puertas adentro, llegó a Arica porque a sus empleadores los trasladaron de Copiapó a esa ciudad. La familia fue aconsejada de bajarle el sueldo a la trabajadora porque en Arica se pagaba menos.

Las TCP puertas adentro entrevistadas en Santiago afirmaron que sus sueldos fluctuaban entre los 350 y los 400 mil pesos. La práctica en Santiago pareciera ser negociar un piso de remuneración líquida que no incluya las cotizaciones. Cuando se gana más del mínimo, como ocurre en Santiago, existe una brecha entre el salario del contrato y lo efectivamente pagado. La abrumadora mayoría de las TCP entrevistadas suscriben contratos por el salario mínimo o por una cifra menor a la real, con el consiguiente impacto en la indemnización a todo evento y en el cálculo de las prestaciones en base al salario, lo cual afecta sus fondos previsionales. Las TCP reciben, a cambio de aceptar la escrituración por un monto inferior, que las imposiciones no les sean descontadas del salario. Esta situación genera incentivos para que el empleador busque escriturar siempre el contrato por el menor valor posible. Una dirigente dice: “uno firmaba por menos porque uno necesita la plata, ahora, cuando uno está vieja, se da cuenta lo que importa.”

Este no es fenómeno privativo de las TCP, pero estuvo refrendado por la existencia de normas que diferenciaban injustificadamente entre trabajadores. Cuando las remuneraciones son bajas y las necesidades son mayores, se generan condiciones propicias para que los trabajadores transen sus derechos. En esta práctica se observa también un sesgo de género: algunos hombres lo hacen para reducir lo que aparece como monto de remuneración para el cálculo de la pensión de alimentos, así como TCP cuyas necesidades declaradas son otras: “no nos conviene cotizar, ganamos menos, o, si usted me cotiza por lo que gano, mi hija pierde su beca”. Esta situación está íntimamente relacionada con las trampas de políticas sociales focalizadas en tramos de ingresos, pues el costo y acceso a servicios de salud pública o con sistema de co-pago en FONASA genera que las trabajadoras en forma constante hagan un ejercicio de costo -beneficio. Muchas trabajadoras prefieren escriturar sus contratos por salarios inferiores, para cotizar menos en el sistema de salud y pensiones a cambio de recibir un monto mayor al final del mes. Entre las TCP extranjeras se mantiene la creencia de que no recibirán nunca la pensión cuando cotizan en Chile, porque no completarán los años suficientes para ello. La mayoría desconoce la posibilidad de transferir sus fondos previsionales y las condiciones para ello.

En el juicio *Carmen Bravo contra Miguel Olhaberry*, la discusión precisamente se refirió a la real remuneración de la TCP, pues las cotizaciones se pagaban por 190 mil pesos y la trabajadora señalaba que ganaba 430 mil, habiendo asumido nuevas tareas una vez que su empleadora sufrió una hemiparesia y requería ayuda especial.²⁵ La contestación señaló: “En cuanto a la remuneración mensual percibida por la actora, esta era solo por la suma de \$190.000, negando la suma indicada en el libelo, toda vez que no se aviene al vínculo que unió a las partes, incluso tomando en cuenta que la legislación establece un ingreso mínimo especial para las trabajadoras de casa particular, por lo que resulta absolutamente irreal pretender tener la remuneración alegada”. La TCP llevaba al servicio de la familia más de 20 años y no pudo acreditar que hubo cuidados especiales a su empleadora, una abogada, quien se jubiló del servicio público por salud incompatible con el cargo. En el proceso laboral, se pudo establecer que los empleadores debían más de 8 años de cotización para la indemnización a todo evento.

²⁵ 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *Carmen Bravo contra Miguel Olhaberry*, 14 de mayo de 2010.

3.4. Jornada laboral: “Sabemos la hora en que nos levantamos pero no a la que nos acostamos”²⁶

Uno de los aspectos problemáticos del contrato de las TCP dice relación con la jornada de trabajo. La ley establece que esa jornada podrá ser de hasta 12 horas diarias si trabajan puertas afuera, con una hora de descanso. En cambio, las TCP que trabajan puertas adentro no están sujetas a un horario. Su jornada laboral se determina por la naturaleza de su labor, pero deben tener normalmente un descanso absoluto de 12 horas diarias e ininterrumpido por nueve horas entre jornadas. Es decir, las trabajadoras puertas adentro tendrían una jornada de 12 horas, mientras que las puertas afuera, una de 11 horas diarias. La ley no prevé una jornada máxima semanal, pero sí establece un descanso de 24 horas para las puertas adentro. Ello implica que estas TCP pueden trabajar 72 horas semanales, de acuerdo con el Código del Trabajo vigente en Chile.²⁷

En la práctica, las entrevistas a las TCP revelan las dificultades para que la norma vigente se cumpla, especialmente respecto de aquellas que trabajan puertas adentro. Se evidencia la imposibilidad de negarse ante las exigencias de tareas “fuera de horario” por el riesgo cierto de pérdida del empleo. De acuerdo a las entrevistas, las extranjeras cuentan con menores herramientas para poner límites a sus empleadores y a veces no conocen la extensión de la jornada. La pregunta de apertura a estas autoras en un grupo de discusión con trabajadoras extranjeras es una muestra de ello: “¿Es legal trabajar 14 horas?”. Las TCP hablan de las extenuantes jornadas de trabajo. La mayoría de las trabajadoras extranjeras señala que no hay límites, que inician su día pasadas las 6:00 horas y que este puede terminar a las 23:00 horas. Todas las trabajadoras coinciden en que los días de festejos o de encuentros sociales son agotadores. Las chilenas, por la trayectoria y años en el oficio, relatan que van imponiendo límites, no sin dificultades: “después de cierta hora aprendí a no contestar los llamados”. En algunos casos, se evidencia el empoderamiento de las trabajadoras para asumir sus recesos para comer y descansar, espaciando su jornada de trabajo.

Las TCP extranjeras se refieren a cuánto ganan versus cuánto trabajan en Chile. Muchas se quedan en sus trabajos, esperando ahorrar dinero: el motivo inicial del proyecto migratorio. Entre las razones

²⁶ Entrevista a Ruth Olate, 24 de junio de 2014.

²⁷ Código del trabajo, art. 149. La jornada de los trabajadores de casa particular que no vivan en la casa del empleador, no podrá exceder en ningún caso de 12 horas diarias y tendrán, dentro de esta jornada, un descanso no inferior a una hora imputable a ella.

Cuando vivan en la casa del empleador no estarán sujetos a horario, sino que este será determinado por la naturaleza de su labor, debiendo tener normalmente un descanso absoluto mínimo de 12 horas diarias. Entre el término de la jornada diaria y el inicio de la siguiente, el descanso será ininterrumpido y, normalmente, de un mínimo de 9 horas. El exceso podrá fraccionarse durante la jornada y en él se entenderá incluido el lapso destinado a las comidas del trabajador.

para éste, mencionaron: terminar estudios universitarios, pagar los estudios de un hijo en Perú, terminar de construir una casa en Bolivia, regresar a montar un jardín infantil, o pagar deudas. Cada una trae sus sueños. Señalan: “en Chile se paga mejor, pero es tanto el trabajo. Es harta la explotación”.

Mi jefa se queda en la casa, está chateando en la cama. Yo comienzo muy temprano, a las 6, llevando mamadera. Voy entregando desayuno por piso con las bandejas, y después se van, menos la señora. Trabajo por piso, todo está tirado, pero la señora no se levanta. Cuando se va a la ducha, pasadas las 11:30, ya estoy atrasada con su dormitorio, y me pide que vaya a buscar a la niña al jardín y que no me preocupe por el aseo. Antes tenía otra táctica, ella se levantaba al baño y corría a hacerle la pieza, y ella me reclamó porque quería volver a la cama... Y corro para hacer el almuerzo. Así es el día. Habíamos tres, ahora solo yo y una que viene algunos días al aseo profundo. Es una casa de tres pisos, más la mascota y los 4 niños. Estoy descansando después de las 10 pm, y me vuelve a llamar. Me dice que va a salir y que cuide a los niños por un ratito. Llegan a la medianoche. Cuando he preguntado si traerán a otra persona, me dicen que es difícil encontrar a alguien, y ahora me dicen que no tienen dinero, pero les digo que lo prometieron. Me negué a hacer el planchado. Las que vienen, miran la casa y se van. Me subieron el sueldo. A veces me invitan a un restaurant y eso me reconforta. (Extranjera).

Varias de las chilenas cuando van a entrevistas, miran la casa para saber la magnitud del trabajo, si están en condiciones de hacerlo o no solas. Se fijan en la cantidad de adultos, niños y mascotas. Una dijo que, en algunas casas, hay más mascotas que personas. Las entrevistadas expresaron su experiencia sobre la cantidad de trabajo, la envergadura de éste y la relación con sus empleadores.

El hijo de mi ex -patrona, de 30 años, que vive con sus padres, me hostigaba cada vez que me tomaba mi descanso. Si había hecho todo, me iba a la pieza después de las 3 pm y me buscaba, decía que por qué estaba en mi pieza, que debía estar trabajando. Renuncié, ya no aguantaba más. Comencé a grabarlo, y se dio cuenta. Le dije que, cuando él iba, yo venía de vuelta. (Chilena).

He aprendido a poner límites. Di 12 años de mi vida. Era la recepcionista de la empresa, hacía funcionar la casa, las com-

pras, las mascotas, [tenía que] recordar el pago del jardinero, tomaba los pedidos, etc. Incluso me tocaba hasta coser cuando había atrasos en las entregas. El trabajo de uno lo valoran cuando les conviene. Cuando renuncié, después de años de trabajar en la casa, mi patrona estaba pic'á y, cuando llamaban para pedir recomendaciones, les decía que yo era una cochina. Fue decepcionante. No voy a encariñarme, lo voy a tomar como un trabajo más. (Chilena).

Nuestro trabajo es muy importante. ¿Qué harían estas señoras si nosotras no existiéramos? Es como que el trabajo es invisible. No pagan lo que el trabajo vale. Ahora lo están valorando más. (Chilena).

Trabajar puertas adentro es bien explotado. Toman un vaso y lo tiran, sacan otro y lo tiran. No hacen nada. (Extranjera). Es mucho el trabajo. Cuando llegaba el día domingo, todos los platos, los vasos, estaban usados encima, no había nada limpio. Cuando volvía de varios días de descanso era peor. La mugre estaba tan pegada que llenaba la tina con agua, y llevaba los platos a remojar para soltar la comida pegada. (Chilena).

Mis patrones no se dieron cuenta que no me había ido. Ellos decían que yo le había dejado algo sucio. Y yo les dejé la cocina impeque, pero, como el niño llegó tarde y comió... problema de él... creen que uno tiene contrato las 24 horas. (Chilena).

Entre las chilenas, el trabajo de TCP no es una cosa que quieran para sus hijas: "lo hacemos para que no tengan nunca que trabajar en esto, sean otra cosa. Yo empecé a los 17 años. Mis hijas están en el internado y salen el fin de semana, y en las vacaciones las mando al sur". Otras trabajan con sus hijos. Al momento de la entrevista, dos trabajadoras estaban con sus hijas en la sede del sindicato, que provee espacios de recreación para las TCP puertas adentro.

Una trabajadora nos dijo al final de la entrevista que ella pensaba que, si se terminara el trabajo puertas adentro, se respetarían más las leyes.

Las condiciones de vulnerabilidad se agravan cuando se trata de una mujer migrante, que no tiene visa y que reclama por sus derechos. Una señaló: "cuando llegué, en 1997, si reclamaba me amenazaban con que me iban a denunciar". Otra narró: "todavía pasa cuando una no tiene el documento: si una reclama, le dicen que se vaya". Esta sensación de vulnerabilidad se repite en los relatos de las TCP extranjeras que acuden a la Clínica de Migrantes. Antes de recibir la visa, para muchas de ellas es imposible reclamar y, luego de obtenerla, es demasiado

alto el riesgo de hacerlo, existe el temor a perder la visa y tener que empezar el proceso nuevamente para obtener una nueva cambiando de empleador.

En el caso de una trabajadora extranjera con una empleadora también extranjera llevado ante el 1er Juzgado del Trabajo de Santiago, aparece la idea de suscripción del contrato como un favor. La trabajadora señaló que realizaba múltiples funciones, desde ser la TCP hasta vendedora en el negocio de la empleadora. La trabajadora pernoctaba en la bodega del local de la empleadora.²⁸ El tribunal aceptó tal alegación y señaló que la condición de inmigrante de la empleadora no podía ser una excusa por el incumplimiento de la ley, considerando los años de residencia en Chile. El tribunal no le otorgó la condición de TCP sino de trabajadora regular.

Las dirigentas buscan tener jornadas de trabajo iguales al resto de los trabajadores, considerando no justificadas las actuales diferencias. El momento más duro en la entrevista con la ex ministra Matthei fue cuando esta declaró que era difícil arreglar la jornada porque iba afectar a las otras mujeres que trabajan: “me paré y le dije: ministra, ese trabajo no puede ser a costa nuestra”. La ministra, como señala en la entrevista Olate, habría dicho que ella y las TCP eran “unas mal agradecidas”.²⁹ Reitera que su gran demanda es una jornada laboral decente.

Las entrevistas realizadas confirman que el trabajo doméstico es una responsabilidad femenina que se delega a otra mujer: la TCP. La responsable de guiar y dirigir el trabajo de la TCP es una mujer de la familia; usualmente las empleadoras son mujeres. La posibilidad de una mujer que trabaja fuera de la casa de hacerlo en horarios extendidos o que no coinciden con la jornada laboral regular o viajar fuera de su lugar de residencia por motivos laborales, depende de que sea remplazada en sus tareas de cuidado por otra mujer, en muchos casos por la TCP. En esa medida, las discusiones relativas a la limitación de la jornada laboral o al aumento de la remuneración de las TCP suelen asociarse equivocadamente con la participación laboral femenina. Suele argumentarse, como lo habría hecho la ex -ministra Matthei, que hay una relación de dependencia, por lo que las TCP tendría que sacrificarse por las mujeres profesionales. Este argumento es falaz. La participación laboral femenina no puede mantenerse o aumentarse a costa de las mujeres TCP. La flexibilización de la jornada laboral y el teletrabajo son elementos que aumentarían la parti-

28 1er Juzgado del Trabajo de Santiago, *Aída González contra Luzmila Almirón*, 23 de noviembre de 2012.

29 Emol: “Trabajadoras de casa particular y decepción de ministra Matthei: “No tenemos color político”, 1º de abril de 2013; The Clinic.cl: “Ruth Olate y la decepción de la ministra Matthei: ‘De la derecha nadie nos ha invitado a nada’”, 1 abril de 2013.

cipación laboral femenina y que podrían ayudar a que más mujeres estuvieran dispuestas a trabajar, incluso como TCP, teniendo certeza de que tendrán una jornada de trabajo razonable, compatible con su vida personal y familiar.

3.5. El triunfo del festivo: “No le trabajo un día festivo a nadie”

El cumplimiento de la obligación de descanso el domingo y el derecho a no trabajar en los días festivos es considerado de manera unánime por las trabajadoras chilenas entrevistadas, como una gran conquista.

En 2009 se promulgó la Ley 20.336, relativa al descanso semanal de los TCP,³⁰ cuyo fin fue establecer de forma obligatoria el régimen de descanso semanal y la aplicación del descanso en días festivos para los TCP puertas adentro. Algunos empleadores argüían que este no tenía respaldo legal, lo que daba lugar a muchas arbitrariedades, que incluían privar a las TCP de descanso incluso en días festivos. Se argumentaba que, por tratarse de un contrato especial, las reglas generales no les eran aplicables.

Una trabajadora manifestó: “yo no le trabajo un día festivo a nadie”. Otra agregó que es muy triste trabajar una navidad, un año nuevo.

Las experiencias de las entrevistadas antes de la reforma eran de conflicto con sus empleadores. Una recordó que su petición de poder salir domingo por medio dio paso a una interacción desagradable:

Si quieres el domingo, te vas el domingo después de habernos servido el desayuno y vuelves en la noche. (Chilena).

El festivo no es para ustedes. Es para trabajadores de oficina. (Chilena).

Otra trabajadora relató que, una vez que tuvieron derecho al feriado, su patrón le dijo: “salió la ley que querías, estarás contenta”. La trabajadora cuenta que guardó silencio y solo sonrió. Esta la ley no es solo una cuestión simbólica, sino que representa, en los hechos, mejores condiciones de trabajo para las TCP.

La situación para las mujeres migrantes es variada en cuanto a la posibilidad de contar con los feriados. Ello depende de sus años de trabajo en Chile, su conocimiento de la ley, las posibilidades de negociación, o, como hemos señalado, los contextos regionales. Una trabajadora informó a su nueva empleadora que no trabajaría el feriado de julio, ocurriendo el siguiente diálogo:

³⁰ Ley 20.336, 4 de marzo de 2009.

“TCP: Señora el miércoles es feriado y no trabajo. Empleadora: ese feriado no es para ti. TCP: claro que sí y, si usted no me lo da, me voy. Si quiere que lo trabaje me lo paga extra. Empleadora: Le preguntaré a mi hija [asistente social] para saber si es que es cierto que tienes derecho al feriado.” (Extranjera).

Estas situaciones confirman la necesidad de información sobre las normas relativas a las TCP. La promoción es tan importante como la garantía.

3.6. Dormitorio y alimentación: “Se puede pasar hambre y frío”

Las condiciones de habitación de las TCP puertas adentro han cambiado como resultado de nuevas construcciones con espacios muy pequeños. Una de las entrevistadas señaló que no se podía siquiera correr la cama para limpiar y que, de ser gorda, no hubiera cabido en la ducha. Una de las chilenas entrevistadas señaló que se fijaba en los lugares en que iba a vivir, que los prefería más espaciosos y que a veces eran muy fríos.

En ocasiones, el dormitorio de la TCP se convierte en espacio de trabajo para otras mujeres que trabajan puertas afuera, por ejemplo, quien viene a planchar. Por ello, las TCP no cuenta con un espacio de privacidad para descansar o mantener sus pertenencias seguras, incluyendo su dinero. Una TCP entrevistada se queja que todos usan la pieza: los niños se instalan a ver televisión, se hace el planchado. No existe privacidad.

La pieza de una trabajadora extranjera era ocupada los fines de semana –sin que se le hubiera advertido– por otra trabajadora, sin haber sido advertida de ello, quien la dejaba abierta, permitiendo el ingreso de los gatos de la familia, que defecaban allí. La trabajadora refiere que la empleadora tenía 15 gatos y un perro. Cuando fue despedida, expresó en la Inspección del Trabajo su descontento por la situación y solicitó que se inspeccionara el lugar de trabajo porque sabía que otra mujer la remplazaría y tendría que soportar esas condiciones. La conciliadora de la Inspección del Trabajo manifestó a la alumna de la Clínica de Migrantes que representaba a la TCP, que ello no era posible porque se violaba el derecho a la privacidad de la empleadora. Este mismo argumento fue esgrimido por el subdirector de la Inspección del Trabajo, Rafael Pereira Lagos, cuando fue entrevistado para este informe. La protección al derecho a la privacidad del empleador desconoce que este voluntariamente ha contratado a una persona para trabajar en su casa. Esta debiera ser una razón suficiente para permitir a la Inspección del Trabajo llevar a cabo fiscalizaciones, como en cualquier otro lugar de trabajo.

La alimentación es otro ámbito de variada experiencia entre las TCP entrevistadas. En algunas casas, no hay diferencias y comen lo mismo que la familia para la cual trabajan. En otras, les indican lo que deben comer e incluso se ven afectadas por las dietas temporales de sus patronas y pasan hambre.

Me dejaron una olla de cazuela por casi dos semanas, mientras estaban de vacaciones en La Serena. Cuando volvieron no quedaba carne y mi patrona me reprochó porque no quedaba [...] Estaba muy flaca, tuve que ir el médico por una tendinitis: el médico me indicó anti-inflamatorio y, por el bajo peso, puso en la receta que necesitaba tomar más leche, tener una dieta con más proteínas, huevos y carnes. Mi patrón pidió ver la receta y vio las indicaciones, se la llevó a su señora, estuvieron encerrados en la pieza por dos horas, ella se enojó y fui despedida. (Extranjera).

Una TCP que cuidaba a una persona mayor y compartía funciones con otra TCP que hacía el aseo y la cocina, tuvo problemas con la comida:

La señora contaba los tomates. A veces, en la mitad de la mañana, llamaba para preguntarme por qué quedaban tan pocos, y debía recordarle que en la noche anterior había comido. Fue tanto el problema con la comida que comencé a llevar mi pan y mi propia comida. Cuando se iban a la playa era peor. Me quedaba cuidando a la abuela. Éramos dos personas en la casa, más la persona que venía a hacer el aseo. Dejaban comida que apenas alcanzaba para la abuela.

3.7. La pérdida de empleo: el desahucio

Las trabajadoras son despedidas en contextos distintos. Desde aquellas en que la relación se va deteriorando y terminan por “dar un paso al costado”, hasta otras que son cuestionadas porque se pierden cosas en la casa o por la calidad de su trabajo. Algunas deciden renunciar y cambiar a empleos con mejores salarios y condiciones de trabajo, cuando adquieren mayor experiencia e información respecto al mercado laboral en el que se encuentran insertas.

Las TPC enfrentan el término de la relación laboral en términos jurídicos distintos al resto de los trabajadores. El artículo 161 del Código del Trabajo permite el desahucio, la facultad del empleador de poner término al contrato de trabajo sin causa justificada, sin ser sancionado por ello, siempre que informe a la TCP con 30 días de

anticipación. De lo contrario, debe pagar el salario de un mes, o proporcional al tiempo de aviso inferior a un mes. Como contrapartida, las trabajadoras reciben una indemnización a todo evento: 4,11% de la remuneración imponible mensual. La figura del desahucio elimina en muchos casos la necesidad de terminar una relación laboral arguyendo una justa causa. Basta con informar a la TCP con 30 días de anticipación, porque la indemnización se habría ido pagando mes a mes. Como se señaló, existe la práctica de escriturar el contrato por el salario mínimo, con lo cual el monto de la indemnización se reduce y no representa el 4,11% del salario real, sino del escriturado. Esta misma diferencia se da con las demás prestaciones asociadas al salario: el mes de aviso previo (si no se dio), las imposiciones, el feriado legal proporcional y el salario del último mes trabajado.

La diferencia entre lo que recibe un trabajador despedido por necesidades de la empresa y lo que recibe una TCP despedida bajo la figura del desahucio es significativa. Mientras que una TCP recibe, luego de un año trabajado, el 49.32% de un salario mensual, cualquier otro trabajador recibe un salario completo por año trabajado. No existe justificación alguna para esta diferencia de trato entre las TCP y el resto de los trabajadores.

3.8. El uniforme, factor de discriminación

Entre las formas de discriminación a la que se enfrentan las TCP, se cuentan la utilización de los espacios públicos y el uniforme. En ambos casos, las cortes han tenido que pronunciarse sobre prácticas o políticas que tienen un efecto adverso y discriminatorio. Los resultados han sido disímiles.

Así, por ejemplo, en el recurso de protección en contra de El Condominio El Algarrobal II, se denunció que las TCP, jardineros o cualquier otro trabajador, no podían transitar a pie, debiendo pagar un transporte desde la puerta del condominio hasta el lugar de su trabajo, por acuerdo de la comunidad.³¹ La comunidad argumentó que era una medida de seguridad para que TCP, jardineros y obreros no entregaran información sobre los miembros de la comunidad. La Corte desestimó el recurso, pues el contrato de trabajo de la TCP del recurrente señalaba que era obligación del empleador pagar los costos de la movilización y que era de toda justicia hacerlo. La Corte no discurrió si las TCP podían caminar una cuadra, dos o 20, o si sus contratos incluían o no la obligación de pagar la movilización por parte del empleador.

El caso sobre el uniforme se dio con ocasión de la regulación del

31 Corte de Apelaciones de Santiago, *Andrés Márquez Galaz contra Condominio El Algarrobal II*, rol 8747-2010, 25 de abril de 2011.

Club de Golf de Santiago, que establecía que las TCP que estuvieran en algunas zonas del club (cancha de tenis, zona de juegos) acompañando a niños, debían usar uniforme para su mejor identificación, y prohibía que estuvieran en la piscina.³² El diputado Silber, junto con la presidenta de uno de los sindicatos, interpusieron una acción de protección, que fue rechazada porque a juicio de la Corte no se individualizó a las personas afectadas por el acuerdo de los comuneros.

El uniforme aparece como una forma de identificación/segregación social, con un fuerte poder simbólico. Pero para algunas TCP no es tan malo, en la medida en que puedan elegir uno bonito.

¿A mí? No, no, yo no iba al Jumbo con delantal, yo le decía a la señora: “Si voy al super es bañada y perfumada. Y, si está apurada, entonces no voy”. Si a algunas las tienen ahí vestidas con uniforme, como weonas, las tratan mal en público. (Chilena)

Yo aprendí con una jefa ... a ella le gustaba que uno andara con uniforme. Me llevaba a donde vendían delantales a cuadros y que me quedaban perfecto. porque como yo además tenía buena figura. Me gustaba usar. Pero, si te pasan un delantal feo, manchado, porque en las casas van quedando los delantales y te dicen, ya escoja un delantal, y están manchados horribles feos, los colores feos. ... Y cuando salía con la señora y la niña, salía con mi delantal limpiecito y no me sentía mal. Al supermercado o a tomar algo de repente con la señora y la niña y yo no me sentía mal. (Chilena)

Lo que sí me molestaba era cuando te llevaban a la playa (y yo era más jovencita) y tenías que ir con tu delantal. Para marcar que tú eras una trabajadora. (Chilena)

Como hemos señalado, desde los noventa, se ha realizado una serie de modificaciones al Código del Trabajo para mejorar sus condiciones laborales de las TCP. Algunas, reformas adicionales fueron discutidas bajo la administración del presidente Piñera. Ruth Olate recuerda haberle dicho al último ministro del Trabajo del presidente Piñera que podía pasar a la historia si sacaba adelante reformas, pero señala que “perdió su oportunidad”. Actualmente hay varios proyectos en discusión, uno de ellos relativo al uso del uniforme.³³

³² Corte de Apelaciones de Santiago, *Gabriel Silber y Ruth Olate contra Club de Golf*, 6 de marzo de 2012.

³³ Boletín 7.675-13.

3.9. Acceso a la justicia

Las TCP conocen algunas instituciones para la protección de sus derechos. La primera y principal instancia de resguardo de derechos es la Inspección del Trabajo. Esta cumple con la función de ser el primer peldaño en la reclamación por despidos injustificados, el no pago de remuneraciones, discriminación y, en general, por malas condiciones laborales de los trabajadores. Esta institución permite una respuesta rápida, desjudicializada y que solo requiere la comparecencia personal. No discrimina a las trabajadoras por su condición migratoria, por lo que trabajadoras que no tienen regularizada esa situación pueden acudir a ella. Sin embargo, las prácticas de algunos funcionarios constituye una barrera para que las trabajadoras en situación migratoria irregular puedan reclamar sus derechos.

Todas las trabajadoras chilenas conocen la labor de la Inspección, pero no todas han tenido que recurrir a ésta. En cualquier caso, conocen la lógica de funcionamiento. Las dirigentas de los sindicatos, en ocasiones, acompañan a sus afiliadas a presentar denuncias.

En general, las TCP extranjeras no conocen esta instancia, salvo que, como se pudo establecer en las entrevistas, tengan un mayor tiempo de permanencia en el país o redes personales que les hubieran informado. Algunas mujeres salen al mercado laboral por primera vez como parte de su experiencia migratoria. En otros casos, a pesar de haber trabajado en su país de origen, no reclamaron sus derechos laborales por desconocimiento de éstos o por ineficacia de instituciones similares a la Inspección del Trabajo.

La DT no desagrega las cifras de su gestión por tipo de contrato, de manera que no fue posible obtener, a pesar de haberlos requerido mediante solicitudes de información, datos relativos a fiscalizaciones y conciliaciones de TCP para 2012 y 2013. El subdirector de la DT confirmó al ser entrevistado que no se analizan y desagregan los datos para identificar las violaciones más comunes de las normas laborales y desarrollar programas de promoción y protección de derechos acordados con ellos. Tampoco es posible conocer los vacíos en la garantía de derechos y proponer reformas legales. Una de las razones esgrimidas, tanto en las respuestas a las solicitudes de información como en las entrevistas, se relaciona con la poca rigurosidad en la captura de los datos al momento de la denuncia o la conciliación.

La experiencia de las TCP sobre el ejercicio de sus derechos es variada, así como su percepción respecto a la Inspección del Trabajo y los tribunales. Algunas acuden a la Inspección como instancia de información y confirmación sobre sus derechos. Una trabajadora pueras adentro señala, “fui una vez. Mi empleadora me decía que tenía derecho a 15 días de vacaciones, pero los contaba como días corridos, y yo sabía que eran tres y no dos semanas de vacaciones”. Una traba-

jadora extranjera hizo valer su conocimiento de la Inspección. Fue despedida “y el patrón llegó con un finiquito listo, indicando que me retiraba de común acuerdo. Le dije: ‘Le firmo el papel si vamos a la Inspección del Trabajo o a una notaría’. Como yo no quería firmar él estaba furioso”. Otra extranjera declara: “Fui a la Inspección y solo salí con 15 mil pesos”.

Otra TCP puertas adentro señala: “A veces los empleadores no entienden mucho, creen que no les va a pasar nada. En mi casa, mi patrona lloraba porque le pusieron una multa grande porque no había hecho el contrato con la trabajadora anterior”. Una dirigente del Sindicato de TCP de Arica señaló en una entrevista que tienen una buena relación con la Inspección del Trabajo, con la cual realizan capacitaciones en conjunto. Pero señala que “a veces nos topamos con respuestas de que no se puede hacer nada si no tienen contrato firmado y ni citan a los empleadores”.

La importancia del rol que cumple la Inspección es evidente, como también lo son las limitaciones de los servicios que presta. Ruth Olate, sostiene que los fiscalizadores deben ser fiscalizados: “ellas también son patronas, no te inflan, y a veces los hombres son distintos, se hacen los simpáticos”. Emilia Solís, de SINDUCAT,³⁴ agrega que muchas veces las TCP son presionadas a firmar documentos que dicen que se puso término a la relación laboral de mutuo acuerdo, aunque hubo un despido.

El siguiente testimonio de Lila relatada cuenta de las dificultades de reclamar por sus derechos:

“Me despidieron y no me pagaban lo que me debían. Cuando llegué a la oficina de Las Condes me pasaron hartas cosas malas: lo primero, la señorita me habló brusco, me dijo que si acaso no me daba cuenta que me podían despedir o si creía que el trabajo no era así. Le dije que sabía que me podían despedir, pero que me debían el mes de aviso, me echaron de un día para otro. Después, la señorita me dijo que no podía tomar el reclamo porque mi RUT no estaba registrado. Yo le mostraba mi RUT, le decía que tenía visa definitiva. Finalmente, me mandó a la oficina de Ñuñoa y me fui. Allá no entendían por qué estaba allí, porque mi RUT sí aparecía en el computador. No dijeron más y la otra señora tomó mi reclamo. Yo estaba bien nerviosa porque pasaba la hora, había pedido permiso en mi nuevo trabajo mientras estaba la señora que hacía aseo profundo. Gasté toda la mañana. Al final, el contador del caballero me llamó y fui a buscar el cheque, pero no tenía fondos. (Extrajera).

34 Sindicato Nacional Unitario inter empresas de trabajadoras y trabajadores de casa particular, afines o conexos.

En la experiencia de la Clínica de la UDP, el acompañamiento o representación de las TCP por alumnos de la Clínica genera resultados positivos para ellas. El empleador o su representante utilizan las diferencias de conocimiento, como una estrategia a su favor en las conciliaciones. La presencia de los estudiantes equilibra ese diferencial de poder. En todos los casos, se toma esta instancia como una oportunidad de informar y empoderar a las TCP para que en la siguiente relación laboral pueda ejercer y reclamar sus derechos adecuadamente. La Inspección podría ser un espacio promocional de derechos laborales, pero no logra serlo por las limitaciones de personal, como explicó el subdirector de la DT.

3.10. La intimidad del hogar. ¿Excusa para no fiscalizar condiciones de trabajo dignas?

La Inspección del Trabajo tiene facultades de fiscalización de los lugares donde se desarrollan las faenas, como se mencionó anteriormente. Las fiscalizaciones *in situ* alcanzaron a 1.615 en 2012 y 1.121 en 2013, como se observa en la tabla 1. El número de fiscalizaciones parece significativo. Sin embargo, sostenemos que esa cifra está sesgada por la calificación de TCP. La experiencia de la Clínica de Migrantes y la entrevista realizada al director Nacional del Trabajo muestran una resistencia a considerar la fiscalización sobre condiciones laborales de las TCP, fundada en el derecho a la privacidad del domicilio del empleador. Creemos que, si los datos estuvieran desagregados por sexo y tipo de empleador, es probable que constaran hombres como beneficiarios mayoritarios de las fiscalizaciones, pues bajo la categoría de TCP también se encuentran los conserjes y aseo-doras que trabajan comunidades, que no constituyen hogares y por ello se fiscalizan. Bajo la denominación TCP también se encuentran las personas que laboran en instituciones de cuidado y beneficencia, que asisten a otros “en labores propias del hogar”.³⁵

Tabla 1: Cantidad de fiscalizaciones realizadas por la Dirección del Trabajo a trabajadoras/es de casa particular, según Región. Período: 2012 a enero de 2014

| Región | 2012 | 2013 | Enero. 2014 |
|------------------|------|------|-------------|
| Arica-Parinacota | 3 | 1 | 0 |
| Tarapacá | 5 | 12 | 0 |
| Antofagasta | 55 | 27 | 6 |

³⁵ Código del Trabajo, art. 146 inciso 2°.

| | | | |
|---------------|--------------|--------------|------------|
| Atacama | 10 | 45 | 1 |
| Coquimbo | 33 | 43 | 1 |
| Valparaíso | 285 | 173 | 9 |
| Metropolitana | 651 | 575 | 61 |
| O'Higgins | 108 | 39 | 5 |
| Maule | 69 | 54 | 7 |
| Biobío | 78 | 49 | 2 |
| La Araucanía | 63 | 71 | 8 |
| Los Ríos | 10 | 9 | 1 |
| Los Lagos | 17 | 12 | 1 |
| Aysén | 168 | 8 | 0 |
| Magallanes | 60 | 3 | 0 |
| Total | 1.615 | 1.121 | 102 |

Fuente: Dirección del Trabajo

Rafael Pereira Lagos, subdirector del Trabajo, señala que existen grandes dificultades para fiscalizar este tipo de trabajo, ya que la actividad inspectiva del lugar de trabajo de las TCP implica el ingreso a los domicilios particulares. Señala que, en ocasiones, se han implementado programas de fiscalización en ciertas regiones, mediante la citación de los empleadores a la Inspección del Trabajo respectiva. Dicho mecanismo no contempla la posibilidad de acceder a los domicilios particulares y entrevistar en el lugar de trabajo a la TCP y a su empleador, impidiendo también observar las condiciones de habitación y alimentación.

A la fecha de la entrevista, la presidenta Michelle Bachelet había introducido una serie de indicaciones al proyecto de ley en trámite en el Congreso que modifica ciertas condiciones del trabajo de las TCP.³⁶ La posibilidad de facultar a la DT para ingresar al domicilio particular parece una barrera difícil de superar. Se arguyen razones legales, pero otras sociedades, más protectoras de los derechos laborales, han encontrado justificaciones para limitar el derecho a la intimidad, al ponderarlo con la protección de los derechos de las TCP, particularmente cuando ellas residen en su lugar de trabajo.³⁷

³⁶ Formula indicaciones al proyecto de ley que modifica la jornada de descanso y composición de la remuneración de los trabajadores de casa particular y prohíbe el uso de uniforme a trabajadoras de casa particular (Boletines refundidos 8.292-13, 7.807-13 y, 7.675-13), 20 de abril de 2014.

³⁷ En Ecuador, por ejemplo, se adoptó una política activa de fiscalizaciones a los hogares, como parte de una política pública de protección de los derechos laborales de las TCP. Erynn Masi De Casanova, "Embodied Inequality: The Experience of Domestic Work in Urban Ecuador", *Gender & Society*, 27, 2013, pp. 561-585.

La propuesta del Ejecutivo apunta a dotar de mayores facultades de fiscalización a la DT, a partir de la obligación de registrar los contratos de trabajo en la respectiva Inspección. No obstante, la fiscalización tiene como límite la puerta del domicilio. Rafael Pereira sostuvo que, a diferencia de lo que ocurre en una empresa, donde el inspector puede solicitar el auxilio de la fuerza pública para ingresar a un lugar que es semipúblico, en el domicilio particular no existiría esa posibilidad. Sin embargo, existe jurisprudencia que sugiere que sí se puede realizar tal fiscalización. Así, en una causa, la fiscalizadora acudió hasta el lugar de trabajo de la TCP, quien alegaba no pago de las remuneraciones y cotizaciones.³⁸ La empleadora fue condenada por adeudar remuneraciones y cotizaciones previsionales en distintos períodos.

La jefa de reformas legales del SERNAM, Claudia Sarmiento, sostuvo que, si el empleador se niega a que sea fiscalizado el hogar, podría presumirse que lo que sostiene la trabajadora es cierto.³⁹

Otra de las barreras para la fiscalización que enfrenta la DT, según la autoridad, es la dotación de inspectores. Los fiscalizadores en terreno son aproximadamente 450 a nivel nacional, de los cuales cerca del 50% se concentran en la Región Metropolitana. Además, las condiciones de higiene y seguridad en los sectores industrial, agrícola, extractivo y de construcción, entre otros, demandan la presencia de buena parte de los fiscalizadores. Se evidencia entonces que las reformas legales que aumenten los motivos para fiscalizar o los lugares que deben serlo, necesariamente debieran estar equiparadas con incrementos de personal que permitan que las nuevas tareas puedan llevarse a cabo.

Aunque las autoridades entrevistadas de la DT y el Servicio Nacional de la Mujer reconocen la condición de trabajadoras de las TCP, consideran que los argumentos que limitan el escrutinio estatal del hogar en tanto -lugar de trabajo justifican las limitaciones para llevar a cabo fiscalizaciones. El derecho a la privacidad de los empleadores cobra tal trascendencia que, en la práctica, prevalece sobre los derechos de las TCP y el deber del Estado de resguardar condiciones de trabajo dignas y seguras.

La propuesta de registrar los contratos en la Inspección del Trabajo puede generar una cifra oculta, debido a la posibilidad de mantener informalmente a una TCP. Un empleador que no tiene intención de respetar los derechos de una TCP no suscribirá un contrato escrito y menos aun lo registrará. Las multas al empleador no parecen ser un factor que motive el cumplimiento de la norma, actualmente en trá-

38 1er Juzgado del Trabajo de Santiago, *Margarita Rupayán contra Nora Cerutti*, 23 de abril de 2012.

39 Entrevista a Claudia Sarmiento, jefa del Departamento de Reformas Legales del Servicio Nacional de la Mujer, junio de 2014.

mite en el Congreso. De hecho, ya existe una multa por no escriturar el contrato laboral que no tiene incidencia en que se cumpla con este deber legal, como lo explicamos anteriormente.

Respecto al acceso a la atención en la Inspección del Trabajo, este no se encuentra condicionado a que la TCP se presente con un carnet de identidad chileno no vigente. No obstante, existen quejas de personas a quienes no se les ha permitido presentar denuncias por acudir con cédula de identidad vencida o por carecer de un documento de identidad chileno. Ello contrasta con la posibilidad legal de que las personas presenten denuncias anónimas ante la Inspección del Trabajo. Este tema cobra especial relevancia con TCP migrantes. Rafael Pereira señala en la entrevista que se debe diferenciar el tema laboral –que es la materia propia de la DT– del migratorio, que es competencia de otra autoridad. De esta forma, si la TCP se encuentre en el país en condición irregular o se presente con un documento de identidad o de viaje extranjero, la DT no lo considera como un factor importante para el acceso a la atención. La experiencia de la Clínica refleja que hay una brecha entre las políticas declaradas y las prácticas institucionales. La Clínica presentó una denuncia en 2013 para que se iniciara un proceso disciplinario en contra de un funcionario que negó el ingreso a trabajadores extranjeros sin documentos de identidad chilenos vigentes.⁴⁰ Dicho proceso se encuentra pendiente. La Clínica también denunció a la Inspección la negativa de un conciliador a permitir que una alumna que tenía su documento de identidad vencido representara a un trabajador, pese a que éste estaba presente y confirmaba que quería ser representado por ella.⁴¹ Los documentos de identidad vencidos son una situación frecuente entre las TCP migrantes en razón de los tiempos que se toma el Departamento de Extranjería para procesar y resolver solicitudes de visa. La exigencia del documento de identidad chileno impacta directamente en el acceso a la justicia de la TCP extranjera. La Clínica ha reiterado en repetidas comunicaciones a la DT, la necesidad de dictar una directiva en esta materia, que no solo tendría un impacto en las TCP sino en todos los trabajadores migratorios. Tendría sentido exigir un documento de identidad, pero paralelo con el documento de identidad chileno, otros documentos como la cédula de identidad de otro Estado miembro de Mercosur o el pasaporte deben ser suficientes. Adicionalmente, la vigencia del documento de identidad no puede erigirse como un obstáculo para negar la protección de los derechos laborales.

⁴⁰ Carpeta en archivo de la Clínica.

⁴¹ Íd.

3.11. La demanda laboral

Se presentaron solicitudes de información desagregada a la Corporación de Asistencia Judicial (en adelante, CAJ), en virtud de las cuales se obtuvieron algunos datos de la Corporación de la V Región y de la oficina de Defensa Laboral de la Región de Tarapacá. En la V Región, se informa que en el período entre enero de 2012 y enero de 2014 recibieron 60 solicitudes de representación por parte de TCP. Sin embargo, señalan que podrían ser más.⁴² La Unidad de Defensoría Laboral- informó que, en ese mismo período, registra 34 casos ingresados y 18 aceptados. A la fecha de respuesta, 24 de abril de 2014, en nueve casos se alcanzó un avenimiento, en 6 hubo sentencia favorable, uno fue archivado y dos estaban en tramitación. La mayoría de las causas correspondía a nulidad y despido injustificado (10); además, hubo una solicitud de desafuero y otras por cobro de prestaciones. Rodrigo Moya, director de la CAJ de la Región Metropolitana, informó en la entrevista que esa repartición registra 19 casos en 2013 en las comunas de Colina, San Bernardo y Santiago.

Por su parte, la CAJ de la Región del Biobío indica que no cuentan con estadísticas desagregadas y la de Tarapacá y Antofagasta no entregó ninguna respuesta al requerimiento realizado a través del Consejo de Transparencia.

El reducido número de casos representados por la CAJ en las defensorías laborales pueden explicarse por el sistema de filtros aplicado por los servicios de asistencia jurídica gratuita. El director de la CAJ de la Región Metropolitana reiteró en una entrevista la política de la institución de contar con un sistema de gestión que canaliza las demandas, seleccionando los casos a ser representados en función de una posibilidad de éxito del 50%. Ello implica que, en los hechos, la unidad de primera atención de la CAJ determina, a partir de los antecedentes aportados por los usuarios, la posibilidad cierta de obtener asistencia jurídica más allá de la información.⁴³ La exigencia de contar con pruebas, en los casos de contratos que no fueron escri-

42 Corporación de Asistencia Judicial, V Región, Ordinario 455/2014, 27 de marzo de 2014. La CAJ indica “que la Institución no puede hacerse responsable en todos aquellos casos en los cuales los usuarios, al suministrar la información requerida, no se han individualizado de manera correcta”. Concordamos con que la institución no pueda hacerse responsable de la información que provean sus patrocinados. Sin embargo, las demandas laborales tienen su origen en contravenciones a los contratos de las TCP, por lo cual es la responsabilidad de la institución asegurar que la información sea ingresada correctamente en el sistema.

43 En el portal de la institución, se señala que se necesita “7. Cobro de Prestaciones Laborales, Despido Injustificado o Nulidad del Despido; - Contrato de Trabajo por escrito o nómina de tres testigos que puedan declarar afirmando la existencia de la relación laboral (Nombre Completo, Cédula de Identidad, Profesión, Domicilio y Teléfonos de Contacto);. - Liquidaciones de Sueldo, en caso de haberlas. - Cartola actualizada de AFP o INP, en caso de ser precedente;. - Carta aviso de despido, en caso de haberse remitido;. - Acta de comparecencia ante la Inspección del Trabajo, en caso de haberse verificado.”. Véase, <http://justiciateayuda.cl/documentos-necesarios-primera-atencion/>

turados, para demostrar la existencia de la relación laboral, termina siendo una barrera infranqueable para muchas TCP, que no tenían compañeras de trabajo, u otras formas de demostrar la relación laboral. El haberse auto impuesto indicadores de éxito, en vez de ofrecer representación legal a toda persona que lo solicite, ha repercutido en la disminución del número de casos representados por la CAJ, y en la desprotección del derecho a la asistencia jurídica de los trabajadores, entre ellos, las TCP.

La reducción en la demanda de representación legal ante la CAJ parece no solo deberse a los criterios de selección puestos en práctica por esta entidad, sino también a la existencia de una mayor oferta de abogados que litigan a resultas, y que son asequibles para los trabajadores, según se nos explicó, lo que implica un cambio en la asistencia a personas de escasos recursos. La CAJ reconoce que no tiene certeza de ser la principal oferente de asistencia jurídica a personas de escasos recursos.

La aplicación de esta lógica de gestión olvida a los y las trabajadores en especiales condiciones de vulnerabilidad y su derecho de acceso a la justicia. De acuerdo a las entrevistas realizadas, son muy pocas las TCP que reclaman sus derechos en los tribunales. El director de la CAJ nos confirmó que no cotejan la demanda que reciben con los datos de la DT, para cuantificar las solicitudes de representación laboral a esta institución, y a abogados privados, y qué porcentaje no persiste con sus demandas de justicia laboral, y determinar las razones para ello.

Una de las dirigentas de TCP de Arica –chilena-- señala que el número de testigos que exige la CAJ establece un umbral difícil de superar: “La gente no llega a los tribunales por el tiempo, se pierde harto tiempo y hay que trabajar. Tenemos que tener dos testigos, eso es bien difícil también. Conozco un caso que duró tres años, por eso hay tanto abuso”. Las TCP chilenas entrevistadas dan cuenta de esa dificultad. Para las extranjeras, las posibilidades son aún menores, especialmente cuando trabajan puertas adentro y sin redes sociales.

Algunas TCP entrevistadas recurrieron a los tribunales, ya sea con los servicios de la CAJ o privados. Las experiencias no han sido necesariamente buenas.⁴⁴

⁴⁴ En *Carmen Bravo contra Miguel Olhaberry*, op. cit., el tribunal alude a una diligencia solicitada y concedida por el tribunal para determinar la patología y limitaciones que tenía la empleadora, pero el representante de la demandante no se puso en contacto con la perito designada, habiendo constancia en la causa, por lo el tribunal estimó innecesario decretar una nueva audiencia para recepcionar ese peritaje “quien no mostró interés por su realización”. Este implicaría demostrar la real extensión de funciones, y en consecuencia, remuneraciones de la trabajadora. Dado que fue la propia parte requirente del peritaje, quien omitió hacerlo, no fue objeto de recurso alguno. La TCP tenía más de 20 años de servicio y 8 años de cotizaciones por la indemnización impagas.

Una trabajadora extranjera concurrió, acompañada por una de las autoras de este capítulo, a la oficina de la CAJ para saber qué había pasado con su juicio, del que no tenía noticias de parte de su abogado. No hubo forma de tomar una hora para entrevista, por lo que debió acudir y esperar a ser atendida en la CAJ. La trabajadora fue informada que la causa había sido terminada a través de una conciliación con el empleador, dos meses antes, en una audiencia preliminar, de la cual no había sido informada. Señaló que, de haberlo sabido, habría asistido a la audiencia; nunca entendió que le otorgaba facultades al abogado de la CAJ para transigir a su nombre. El abogado sostuvo que había intentado comunicarse con ella, pero no pudo demostrar cuándo la habían llamado ni que le hubieran enviado una carta. La trabajadora fue informada que había un cheque en tribunales, el que, por fortuna, aún se podía cobrar porque no había vencido. La TCP preguntó qué pasaba con el mes de imposiciones que el empleador no le había pagado. El abogado se dio cuenta en ese momento que había omitido ese punto en la conciliación. Le ofreció pagárselo de su dinero. La trabajadora rechazó el pago. Salió frustrada, indignada de que su demanda laboral hubiera sido representada de esa forma.

Una de las dirigentas relata experiencias similares con los abogados privados. Desconfía del trabajo de defensa, pues no tienen conocimiento de las audiencias de juicios, y los montos de los acuerdos son irrisorios. Incluso conjeturó que esto se producía porque los abogados se vendían a los empleadores.

En la experiencia de la Clínica de la UDP, los jueces ejercen una fuerte presión para que las partes lleguen a acuerdo y el monto que fijan como base para la negociación suele depender de la calidad de la demanda presentada, tanto los argumentos como las pruebas.

Para las TCP, la instancia más rápida y potencialmente eficaz es la Inspección del Trabajo. Una activa fiscalización y sanciones en las citaciones por ausencia de escrituración del contrato repercutiría en cambios en las prácticas de los empleadores.

Se observa también, una descoordinación entre las CAJ y la DT, en términos del número de reclamos que no se resuelven mediante conciliación y que debieran traducirse en demandas judiciales. No hay ningún actor estatal evaluando si estos reclamos son judicializados o no y las razones para ello. Menos aun, se analiza la situación de trabajadores particulares, como las TCP o se desarrollan programas de promoción y garantía de derechos en función de esas demandas. No se observa tampoco un cuestionamiento a los criterios de las CAJ para privilegiar indicadores de éxito por sobre la respuesta a la demanda de representación legal en sede judicial.

Si la mayoría de las causas en materia laboral, sea en sede administrativa o judicial, culminan en avenimientos, no se justifica la

lógica de cerrar la puerta de entrada para que las TCP reclamen sus derechos judicialmente cuando no tienen los elementos que la CAJ exige. Ello solo refuerza la discriminación estructural contra el trabajo doméstico, y su tratamiento como un empleo de segunda categoría.

4. PROYECTOS LEGISLATIVOS

Los impulsores de la modificación legal que prohíbe el uniforme en espacios públicos sostienen que buscan evitar la estigmatización de los trabajadores de casa particular, ya que por su solo uso se revela la naturaleza de sus labores, siendo objeto de tratamiento diferenciado por parte de muchas personas y establecimientos.⁴⁵ Dentro de los nuevos proyectos presentados, destaca el que busca la reducción de la jornada laboral. Presentado en 2012 a través de un Mensaje Presidencial,⁴⁶ pretende modificar el actual régimen para alcanzar una jornada de 45 horas semanales.

No existe justificación para el tratamiento diferenciado del contrato de un/a TCP, en el Código del Trabajo, en el capítulo V “De los contratos especiales”. Como se señaló, podría constituir un antecedente el hecho que, a principios de siglo, cuando se redactó el primer Código del Trabajo, los servicios prestados a casas particulares eran un tipo de trabajo para el cual podían consensuarse con el empleador condiciones de trabajo, en aparente libertad.

En la redacción del Código de 1987 se mantuvo esa condición diferenciada, a pesar de ser otro momento histórico, en el que no habría razones para dar a las TCP un tratamiento desigual al del resto de los trabajadores. Las grandes diferencias se relacionan con la extensión de la jornada laboral, la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo sin justa causa bajo la figura del desahucio y la posibilidad de residir en el lugar de trabajo. También hay otras limitaciones importantes, a partir de criterios interpretativos que no se encuentran expresamente consagrados en la normativa, como aquel las en materia de inspección del lugar de trabajo, por tratarse del domicilio del empleador y estar amparado por el derecho a la privacidad.

Varias reformas y proyectos legales han buscado mejorar las condiciones laborales de las TCP. Ninguno ha contemplado la posibilidad de eliminar el trabajo puertas adentro.

⁴⁵ Los autores son la diputada Adriana Muñoz y los diputados René Alinco, Osvaldo Andrade,; Cristián Campos, Marcos Espinoza, Tucapel Jiménez, René Saffirio, y Matías Walker. Biblioteca del Congreso Nacional, Informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, 28 de agosto de 2012.

⁴⁶ Mensaje 015-360, “Modifica la jornada, descanso y composición de la remuneración de los trabajadores de casa particular”, presentado el 6 de mayo de 2012.

El primero de ellos, y tal vez la reforma más importante a la fecha, consistió en equiparar de manera progresiva el salario de las TCP al del resto de los trabajadores. La Ley 20.279, de 2008, estableció que el salario de las TCP, que equivalía hasta ese año al 75% del salario mínimo legal, se aumentará de la siguiente manera: en 2009 al 83% del ingreso mínimo y en 2010 al 92%, para alcanzar el 100% en 2011.⁴⁷

En 2009 se promulgó la Ley 20.336, que “Modifica el artículo 150 del Código del Trabajo, relativo al descanso semanal de los trabajadores de casa particular”,⁴⁸ quea estableció de forma obligatoria el régimen de descanso diario y semanal de los TCP puertas adentro. Como hemos señalado, algunos argüían que, por tratarse de un contrato de trabajo especial, las reglas generales de feriados no le eran aplicables. La norma reiteró que las TCP que residen en el domicilio del empleador tienen derecho a un descanso semanal de 24 horas, que puede fraccionarse en dos de 12 horas por solicitud de la trabajadora, y aclaró que, como el resto de los trabajadores en Chile, tienen el derecho a no trabajar los días festivos y que, de hacerlo, deben ser compensadas con un día de descanso en los siguientes noventa días. Aunque esta norma no creó nuevos derechos, sino que resolvió una controversia en torno a la aplicación de normas generales, para las TCP representa un avance importante, como se ha mencionado.

Luego de la aprobación de estas normas, el esfuerzo de cabildeo de las organizaciones sindicales de TCP y contextos políticos particulares han dado como resultado la presentación de otras iniciativas al Congreso dirigidas a modificar el estatuto de los trabajadores de casa particular. Los dos más importantes se han discutido en conjunto a partir de 2012 por referirse a los mismos asuntos. Los Boletines 7807-13, 8282-13 y 7675-13 se integraron o refundieron en un único proyecto. El eje central de esta iniciativa legislativa es modificar la jornada y el descanso de las TCP. Su objetivo es reducir la jornada laboral diaria, que es hoy es de 12 horas, a una de 9 horas, para igualarla al resto de los trabajadores en Chile, que tiene una jornada semanal de 45 horas.

El gobierno de Bachelet presentó modificaciones al proyecto de ley mencionado y simultáneamente inició el proceso para la ratificación del Convenio 189 de la OIT. Las modificaciones anunciadas por el Ejecutivo giran en torno a siete elementos; en varios de ellos se mantiene la iniciativa que se encontraba en discusión en el Congreso:

1. Se reduce la jornada de trabajo de manera progresiva, imitando el proceso para el aumento del salario mínimo antes descrito. En

⁴⁷ Ley 20.279, 1 de julio de 2008.

⁴⁸ Ley 20.336, 4 de marzo de 2009.

el primer año se reducirá la jornada de trabajo semanal de las 72 horas actuales a 60; en el segundo año hasta 54 horas; y, en el tercero, alcanzaría el máximo del resto de los trabajadores: 45 horas semanales.

2. Se crea la posibilidad de establecer una bolsa de 15 horas semanales extraordinarias. Ello implica que, aunque se reducirá la jornada laboral a 9 horas diarias, las TCP podrán continuar desempeñándose en jornadas de 12 horas, recibiendo el pago por esas horas adicionales como horas extraordinarias, esto es, con un recargo de 50% del salario regular.
3. Se propone la siguiente modificación en materia del descanso mensual. Se establece el descanso dominical por el día completo, eliminando la posibilidad de fraccionarlo, y se agrega el derecho a cuatro días adicionales de descanso por mes calendario. Estos cuatro días, que en el proyecto presentado originalmente por el gobierno de Piñera eran dos, se podrían fraccionar en medias jornadas o acumularse, previo acuerdo entre las partes. En ausencia de acuerdo, el descanso aplicará en los cuatro primeros sábados de cada mes. Aquí también se propone una fórmula gradual para la aplicación de la medida. Solamente dos días adicionales en el primer año de vigencia de la ley, tres días en el segundo año de vigencia de la ley y cuatro días para el tercer año de vigencia.
4. Se mantiene la prohibición de imputar la habitación y alimentación al salario, manteniéndolas como obligaciones del empleador.
5. Se establece la prohibición del empleador de condicionar la contratación al uso de uniforme en lugares o espacios públicos.
6. Se agrega la obligación del empleador de registrar el contrato de trabajo ante la Inspección del Trabajo, en un plazo de 10 días posteriores a su celebración, y se establece que será facultativo del empleador permitir el ingreso del fiscalizador para cumplir sus funciones o acordar presentarse a la Inspección del Trabajo con la documentación requerida.
7. Se establece la prohibición de reducir el salario como consecuencia de las modificaciones anteriores.

Nos parece difícil encontrar razones que justifiquen la reducción de la jornada laboral de manera progresiva, cuando se trata de una situación de discriminación histórica.

Asimismo, la creación de la figura particular de la bolsa de horas extraordinarias resulta difícil de comprender. No se entiende el sentido de esta medida, cuando podrían simplemente equipararse a las horas extraordinarias del resto de los trabajadores. Las horas extraordinarias son como lo dice su nombre, inusuales y se justifican por condiciones o necesidades excepcionales del empleador. En cambio, la

bolsa de horas extraordinarias será permanente. Con ello el proyecto de ley limita la jornada laboral, pero crea la posibilidad de establecer una jornada suplementaria de 15 horas semanales, con lo cual la jornada se puede mantener en las 12 horas diarias actuales. Sin embargo, se reduce a cinco días a la semana, incluso para las trabajadoras puertas adentro, ya que bajo ninguna circunstancia podría exceder de 60 horas a la semana. Por supuesto, empleador y trabajadora pueden acordar una jornada más corta, de 10 horas, por ejemplo, y extenderla a 6 días a la semana.

El desarrollo que tenga esta jornada adicional dependerá en buena parte de la capacidad de negociación de las TCP, en cuanto a exigir un pago adicional, como resultado del cambio legal, para lo cual su aplicación progresiva resulta poco beneficiosa. Y también será el resultado de la oferta y demanda por este tipo de trabajo. Dependerá de la disposición de las TCP a trabajar esa jornada adicional, lo cual ya realizan muchas de ellas, y del empleador a pagar una remuneración adicional por ese tiempo trabajado.

Agregar cuatro días de descanso al mes no es necesario. Basta con limitar la jornada a 45 horas semanales. Incluso con la bolsa de 15 horas extraordinarias, la trabajadora no podrá trabajar más de 60 horas semanales, con lo cual quienes trabajen jornadas de 12 horas, completarían su semana laboral en cinco días. Establecer esta distinción entre TCP y el resto de los trabajadores en relación a los 4 días adicionales de descanso al mes, resulta en una diferencia de trato que, por lo menos en las modificaciones presentadas por el ejecutivo, carece de justificación objetiva y razonable.

La misma inquietud se genera con el mantenimiento de la prohibición de imputar la alimentación y la habitación al salario y mantenerlas como obligaciones del empleador. La exposición de motivos debiera justificar adecuadamente esta diferencia de trato con el resto de los trabajadores.

En materia de fiscalización de las condiciones trabajo, el proyecto crea el deber de registrar el contrato ante la Inspección del Trabajo. Esta sería una forma de verificar que las condiciones de trabajo cumplen las normas legales. Sin embargo, no resuelve la necesidad de permitir la fiscalización de las condiciones de trabajo, incluyendo la alimentación y alojamiento de la trabajadora puertas adentro. Esta obligación tampoco resuelve las posibilidades de fiscalización en las relaciones laborales establecidas antes de la vigencia de la norma, de ser aprobada. Esto habría podido resolverse con un régimen transitorio para los contratos vigentes. El deber de registrar los contratos puede dejar en mayores condiciones de vulnerabilidad a las TCP cuyos empleadores no escribieren la relación laboral. Se aumenta la brecha de protección para las relaciones laborales.

El último proyecto de ley en tramitación relativo a las TCP, tiene directa relación con la ratificación por parte del Estado de Chile del Convenio 189 de la OIT, que requiere una reforma al texto del Código del Trabajo, modificación que se impulsa con un proyecto que “Modifica el régimen de trabajadores de casa particular”, en cuyo artículo único se especifica el cambio al texto normativo.

Para la tramitación de ambos proyectos, se han presentado los mismos informes y se han efectuado las discusiones en conjunto. Sin embargo, y a pesar de las ya reiteradas urgencias y sumas urgencias, no se ha despachado ninguno de los dos proyectos por parte del Senado. Esta legislación lleva en trámite ya casi dos años.

CONCLUSIONES

La experiencia de la Clínica de Migrantes y las entrevistas realizadas sugieren que las violaciones a normas del derecho laboral no están limitadas a un tipo de empleador: jueces, abogados, fiscales, funcionarios públicos, concejales, ministros, empresarios y académicos, de derecha o izquierda, omiten cumplir sus obligaciones laborales para con las TCP. Las reformas legislativas sobre las TCP nunca han estado en la agenda de género del SERNAM, y han quedado relegadas al espacio de la cartera sectorial. No se ha advertido el claro impacto que tienen las condiciones laborales de las TCP en la estructura de la economía del trabajo remunerado y no remunerado.

Las propuestas legales corrigen parcialmente los problemas de la jornada de trabajo, y mantienen la política de hacer cambios “en la medida de lo posible”. Es un camino torcido hacia una igualdad dosificada o progresiva.

A la fecha de cierre de este *Informe*, la jornada máxima se reduce en el segundo año de la modificación legal y solo en el tercero respecto de los festivos y los días adicionales. Esta mejora incremental pone al descubierto la resistencia a modificar un sistema laboral con resabios de un régimen de servidumbre y explotación. La respuesta en el discurso contemporáneo es que las TCP permiten que las familias funcionen para el mejor cuidado de la casa, los niños, los ancianos o los enfermos; como nuestra sociedad no estaría organizada igual que las sociedades desarrolladas, no se podría cambiar fácilmente esta situación. Esta justificación busca perpetuar la discriminación y la invisibilización de las TCP.

Cualquiera que sea la explicación, en los hechos, un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de derechos de las TCP perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y las políticas migratorias facilitan este abuso. Aunque las chilenas no estén dispuestas a aceptar un régimen

de condiciones laborales desventajosas, el ingreso de un ejército de mano de obra femenina extranjera permite mantener el status quo. Las leyes y políticas migratorias que no contemplan sus efectos en el mercado de trabajo facilitan y perpetúan las condiciones laborales abusivas.

RECOMENDACIONES

1. Garantizar la igualdad de derechos de las TCP respecto al resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un sistema de gradualidad.
2. Diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP. Ese sistema debe considerar que, cuando contrata a una TCP, el empleador está renunciando a la intimidad de su domicilio, al invitar a una persona a trabajar en ese espacio, por lo que en cualquier momento podrá estar sujeto a la acción de la Inspección del Trabajo. El deber de registro de los contratos de trabajo ante la Inspección del Trabajo, incluido en el proyecto de ley, debe establecerse para todos los contratos de TCP. La omisión debe sancionarse con una multa considerable.
3. Revisar la existencia del desahucio, que establece una diferencia importante y difícil de justificar entre las TCP y el resto de los trabajadores, en cuanto a las formas de terminación de la relación laboral. Si no se elimina el desahucio, se debe incrementar el monto de la indemnización a todo evento, que mensualmente deposita el empleador. Ese monto debe incrementarse en un 100%, de manera que, por año de trabajo, las TCP reciban un mes de salario.
4. Revisar los criterios de las Corporaciones de Asistencia Judicial para tomar un caso, priorizando su rol como órgano estatal que garantiza el derecho a la protección judicial sobre la posibilidad de éxito de un caso particular, en función de las pruebas existentes.
5. Diseñar y desarrollar un plan de capacitación continua para los funcionarios de la Inspección del Trabajo y los/as abogados/as de las Corporaciones de Asistencia Judicial, sensible al género y a culturas diversas, que incluya además conocimientos sobre leyes y reglamentaciones migratorias.
6. Implementar capacitación que incluya elementos de género, diferencias culturales, y leyes y reglamentaciones migratorias, incluyendo la Ley 20.507 sobre trata de personas, para funcionarios del poder judicial, particularmente de la jurisdicción laboral.

7. Ratificar el Convenio 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos.
8. Ratificar el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, al cual adhirieron Colombia, Ecuador y Perú, de manera que la mayoría de las TCP extranjeras no dependan de la voluntad de su empleador de escriturar la relación laboral para regularizar su situación migratoria.
9. Desarrollar una política conjunta entre las autoridades del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, la DT y el SERNAM, que propendan por la promoción y aseguramiento de los derechos de las trabajadoras migrantes, especialmente en las zonas fronterizas. Esta política debe incluir programas de promoción sobre los derechos laborales de las TCP y sobre las formas de regularizar su situación migratoria.

**TERRITORIOS
INDÍGENAS Y
POLÍTICA
PÚBLICA DE
ENTREGA DE
TIERRA EN
CHILE¹**

¹ Capítulo elaborado por Antonia Rivas con la colaboración comprometida de los ayudantes Claudia Arancibia, Víctor Hugo Fuentes y Jorge Brower.

SÍNTESIS

Este capítulo analiza los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, para contrastarlos con los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del estado de Chile destinada a la entrega de territorios y las situaciones especiales de cada pueblo indígena. Se examinan los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas públicas de entrega de territorios en Chile, para finalizar con una serie de recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: Pueblos indígenas, Tierras, Territorios.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo del *Informe* estará abocado a analizar la situación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile. La importancia de esta materia para las demandas indígenas, y lo crucial que ha sido en el desarrollo de la relación de estos pueblos con el Estado de Chile, fundamentan esta decisión. Un análisis de la cobertura de prensa sobre las demandas expresadas por los indígenas y las políticas públicas relativas a ellos, sugiere que el problema de la entrega de territorios (y también de agua y recursos naturales) se ha constituido en un eje crucial de las relaciones entre el Estado y pueblos indígenas, especialmente de las conflictivas relaciones con el pueblo mapuche.

La Ley Indígena 19.253 reconoce a nueve pueblos indígenas: aymara, atacameño, quechua, colla, diaguita, mapuche, rapanui, kawésqar y yámana o yagán. Todos estos pueblos, que habitan de norte a sur del Chile, mantienen una relación especial y distinta con el territorio en el que habitan. Si bien sus demandas territoriales son similares—todos piden restitución de sus territorios ancestrales, de los que fueron despojados—,² las relaciones históricas con el Estado de Chile han sido distintas y así también son diferentes las posibles soluciones. De este modo, mientras en el caso de los pueblos indígenas del norte del país, y en Rapa Nui, la mayoría de las tierras reivindicadas son de propiedad del Estado, es decir, son fiscales, la mayor cantidad de tierras reivindicadas por el pueblo mapuche se encuentran en manos de privados, lo que influye fuertemente en el camino que han seguido las relaciones con el Estado.

El ex relator especial de pueblos indígenas de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen, señaló en 2003 que “los derechos de propiedad a la tierra y la territorialidad constituyen uno de los problemas históricos más graves que afectan a los pueblos indígenas en Chile, ya que son el resultado de un largo proceso de despojo de sus tierras

² Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, *Informe Final de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas*, 2003.

y recursos”.³ Múltiples actores en estos conflictos consideran esos derechos como el factor crucial para resolverlos. Así lo señala el intendente de La Araucanía, Francisco Huenchumilla, quien sostiene que el problema del Estado con el pueblo mapuche “no tiene solución si no se resuelve el problema de la tierra”.⁴

Sin embargo, a pesar de su importancia, constatamos un desconocimiento de la opinión pública acerca de cuáles son las tierras indígenas, los mecanismos de restitución y entrega de tierras, los presupuestos destinados a ello y las funciones de la Corporación de Desarrollo Indígena (en adelante, CONADI), entre otros temas relacionados con los territorios indígenas.

En esta materia se cruzan los mitos fundacionales del establecimiento de la nación chilena⁵ con prejuicios y estereotipos.⁶ Como señala el intendente Huenchumilla, se trata de que “tanto la sociedad mayor como la mapuche se acepten en sus diferencias: que la sociedad mayor entienda que la diversidad fortalece al Estado y que la sociedad mapuche entienda que la sociedad mayor no la quiere seguir aplastando ni discriminando. Se trata de un cambio cultural mayor, donde empezemos a contar la historia verdadera”.⁷

Este informe analizará estos temas, contrastándolos con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en materia de territorios indígenas. En la actualidad hay un consenso internacional en torno a que los pueblos indígenas mantienen una relación, un vínculo especial, con sus territorios. Así lo señalan los instrumentos internacionales en la materia y diversos fallos judiciales, tanto nacionales como internacionales,⁸ que analizaremos. Esta cuestión no se refiere únicamente al espacio geográfico, a la tierra en la que habita el un pueblo indígena, sino que también a la relación milenaria con su hábitat natural, donde la totalidad –de la que el ser humano es parte– es una categoría esencial.

3 Relator especial de pueblos indígenas de las Naciones Unidas Rodolfo Stavenhagen, NN.UU/CDH 2003.

4 Entrevista personal al intendente de la Región de la Araucanía, Francisco Huenchumilla, Temuco, 4 de julio de 2014.

5 Martín Correa y Eduardo Mella, *Las razones del “illkun”enojo. Memoria, despojo y criminalización en el territorio mapuche de Malleco*, Santiago, Lom Ediciones y Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2010.

6 Maite Cea (comp.), *La omisión a la diferencia. Elites, discriminación y reconocimiento de pueblos originarios en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2013.

7 Huenchumilla, op. cit.

8 Convenio 169 de la OIT, art. 13.1; Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, art. 24; Ley de Desarrollo Indígena 19.253, art. 1; Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79; Corte IDH, *Comunidad indígena Yake Axa contra Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 6 de febrero 2006, Serie C No 125 ; Corte IDH, *Saramaka contra Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172; Corte Suprema de Chile, sentencias *Toconce contra ESSAN*, 2003 Rol 986-2003, y *Agua Mineral Chusmiza contra Comunidad Indígena Chusmiza-Usmagama*, 2008 Rol 2840-08.

Por ello, en el reconocimiento y protección de la territorialidad indígena y de la propiedad ancestral sobre ella se juegan muchas más cosas que lo que sugiere la propiedad clásica, considerada como relación patrimonial de dominio sobre una cosa. En este contexto, lo protegido es en definitiva la supervivencia de los indígenas como pueblos diferenciados. Así lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH): “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”.⁹

En Chile, a pesar de los compromisos e iniciativas de los gobiernos posteriores a la dictadura, aún no existe un reconocimiento constitucional de los nueve pueblos indígenas reconocidos por la Ley Indígena, ni tampoco a sus territorios o derechos colectivos específicos reconocidos por los instrumentos internacionales. La promulgación de la Ley 19.253 que Establece Normas Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas en octubre de 1993, la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas (en adelante, Convenio 169) y de la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2008, han representados importantes avances, pero que resultan aún insuficientes en materia de territorios indígenas, como se argumentará en este informe.

Este capítulo analizará estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado y las situaciones especiales de cada pueblo indígena. Luego se examinarán los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios, para finalizar con una serie de recomendaciones.

Aunque revisten la mayor importancia, el acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales en sus territorios, y las políticas públicas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, transferidas o regularizadas a favor de indígenas, no son objeto de este capítulo.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

La protección del territorio indígena ha sido central en el derecho internacional de los derechos humanos, reconociendo el vínculo indis-

⁹ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 120, letra c.

luble que hay entre la condición de pueblo indígena y los territorios de estos, como condición indispensable para su existencia. Este derecho a los territorios ha sido reconocido como un derecho eminentemente colectivo, que es ejercido por el pueblo indígena y no solo por individuos pertenecientes a este. Así lo ha entendido, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “Para muchas culturas indígenas, la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio es esencial para su supervivencia, así como para su bienestar individual y colectivo. El control sobre las tierras refiere tanto a su capacidad de suministrar recursos que sustentan la vida y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”.¹⁰

El derecho y la jurisprudencia internacional han configurado lo que podría denominarse un régimen de protección de la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas. Los conceptos de propiedad y posesión propios de los indígenas difieren del concepto tradicional de propiedad privada, en la medida en que los primeros tienen una dimensión colectiva, “en el sentido de que la pertenencia de [la propiedad] no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”.¹¹ Para los pueblos indígenas la propiedad comunitaria es indispensable para garantizar su supervivencia como pueblos.¹²

1.1. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT

La centralidad de los derechos territoriales para los pueblos indígenas fue recogida en el Convenio 169, ratificado por Chile en 2008, tras casi dos décadas de discusión en el Congreso Nacional. Con ello incorporó inequívocamente al ordenamiento jurídico interno un conjunto de principios, derechos y obligaciones respecto a los pueblos indígenas que habitan el territorio de Chile.

El Convenio 169 resalta el deber que tienen los gobiernos de reconocer “la importancia de la tierra para las culturas indígenas, asumiendo que el concepto tierra incluye el de territorios”. Este “reconoce el derecho colectivo de propiedad basado en títulos ancestrales y establece el deber del Estado de proteger tales derechos”.

Respecto de los recursos naturales, se consagra el derecho a la “utilización, administración y conservación de los mismos”, considerando

¹⁰ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. Capítulo. IX. Temas de derechos humanos de especial relevancia para los habitantes indígenas del país*. OEA. Estudio país. Documento 10. 24 de abril 1997.

¹¹ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 89; Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni contra Nicaragua*, op. cit., párr. 149; y Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párr. 145.

¹² *Ibid.*, párrs. 146 y 212.

también el derecho que tienen a ser “consultados por la eventual utilización de sus recursos naturales, y participar de los beneficios que corresponda. Finalmente, el Estado debe velar por la protección de los recursos naturales de los pueblos indígenas de su uso indebido”.

El Convenio 169 otorga un alcance mayor a la protección de los derechos indígenas a la tierra y, en general, a los recursos naturales, estableciendo obligaciones al Estado en cuanto al otorgamiento, protección y compromiso con los indígenas en esta temática. Es importante recalcar que el concepto de tierra se utiliza ampliamente. Así, “la utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”.

El artículo 13 recalca la obligación que tienen los Estados de respetar la especial importancia que para las culturas y valores espirituales indígenas tiene su relación con la tierra, lo cual se condice con lo señalado en el artículo 14.1, el cual expresa que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan (...) y salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”. El objetivo de esta norma es “garantizar la continuidad de un modo de vida fundado en una particular relación con la tierra, que requiere el reconocimiento de diversos grados de intensidad en el uso de la misma”.¹³ El artículo 14.1 se refiere a tierras que “tradicionalmente ocupan”. Ello significa que no solo se están protegiendo tierras ancestrales ocupadas en la actualidad, sino que también tierras ocupadas recientemente, respecto a situaciones de despojo y/o desplazamiento forzado.¹⁴

El numeral 2 del artículo 14 señala que “los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. El numeral 3 del mismo artículo declara que “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. El término *reivindicar* implica “reclamar o recuperar alguien lo que por razón de dominio, cuasi dominio u otro motivo le pertenece”.¹⁵

El Convenio 169 otorga un valor vital a las tierras indígenas, en razón de la importancia espiritual y trascendental que los mismos pueblos les han otorgado a lo largo del tiempo; las políticas relativas a estas tierras

¹³ José Aylwin y otros, *Los pueblos indígenas y el derecho*, Santiago, Lom Ediciones, 2014, p.376.

¹⁴ *Ibid*, p.377.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española.

están basadas en la idea de restitución de tierras, en contraposición al concepto de entrega u otorgamiento que contiene la Ley 19.253.

1.2. Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Esta declaración, acordada el 13 de septiembre de 2007, con el voto conforme del Estado de Chile, contiene un catálogo de derechos indígenas aplicables a todo ámbito: económicos, sociales, educacionales, culturales y medioambientales.

La protección de las tierras es considerada como trascendental en el derecho internacional de los derechos humanos. Al igual que el Convenio 169, la Declaración le otorga a las tierras una importancia cultural.

La Declaración, en su artículo 26.1, señala expresamente que “los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”. De esta disposición se puede deducir que el derecho que ostentan los indígenas respecto de sus tierras es de gran alcance, al que los Estados no deberían establecer limitaciones al punto de convertirlo en un derecho relativo.

El mismo artículo 26.3 establece que “los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

El artículo 27 señala que los Estados “establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de las tierras de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

1.3. Resumen del derecho internacional

En resumen, de conformidad con el derecho y la jurisprudencia internacional vigentes, para garantizar la efectiva protección del derecho a la propiedad de las tierras y los territorios que los pueblos indígenas han ocupado, poseído o utilizado tradicionalmente, los Estados deben, por lo menos, cumplir los siguientes deberes:

- a. Respetar y proteger el derecho de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer la relación espiritual que tienen con sus tierras,

- territorios y recursos naturales, como aguas y mares costeros (artículo 25, Declaración);
- b. Reconocer y adjudicar jurídicamente las tierras y territorios que los pueblos indígenas han usado en forma tradicional. Este reconocimiento debe respetar las leyes, costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia y transferencia propios de los pueblos indígenas (artículo 27, Declaración);
 - c. Adoptar medidas para impedir toda desposesión o enajenación de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas así como para evitar todo traslado forzado (artículo 8.2, Declaración);
 - d. Tener en cuenta que todo traslado de población requiere el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (artículo 10, Declaración);
 - e. Realizar consultas previas, libres e informadas, con el fin de obtener el reconocimiento de los pueblos, antes de iniciar cualquier tipo de proyecto en tierras y territorios indígenas (artículo 6, Convenio 169; artículos 6, 19 y 32, Declaración);
 - f. Tomar todas las medidas necesarias para mitigar los impactos sobre el medio ambiente y sobre los sitios sagrados y culturales de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que, antes de otorgar concesiones, los Estados deben supervisar la realización de estudios de impacto ambiental y social, por entidades independientes y técnicas, de conformidad con los estándares internacionales y las buenas prácticas existentes; dichos estudios deben incluir el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos propuestos;¹⁶
 - g. Asegurar el derecho de los pueblos indígenas a conservar y proteger la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (artículo 29.1, Declaración);
 - h. Proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras y territorios de los pueblos indígenas y la capacidad productiva de las tierras, territorios y recursos naturales, lo que implica respetar el derecho que tienen estos pueblos a participar en el uso, administración y conservación de dichos recursos, así como a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 15, Convenio; artículos 29, y 32, Declaración);
 - i. Tener en cuenta que, aunque los recursos del subsuelo existentes en las tierras de los pueblos indígenas sean de propiedad del Estado, los pueblos tienen derecho a ser consultados antes de au-

¹⁶ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 129; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, op. cit., párrs. 205 y 206.

torizar o emprender la prospección o explotación de dichos recursos; asimismo, tienen derecho a participar en los beneficios de tales actividades (artículo 15.2, Convenio);

- j. Abstenerse de otorgar permisos o concesiones para realizar proyectos de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el uso y goce de las tierras y territorios de los pueblos indígenas y tribales si no se cuenta con el consentimiento libre, previo e informado de dichos pueblos;¹⁷
- k. Asegurar la restitución o reparación justa cuando los pueblos indígenas hayan perdido sus tierras y territorios debido a procesos de desarrollo nacional o cuando sus tierras y territorios hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, libre e informado (artículos 20.2 y 28, Declaración).

La Corte IDH ha señalado¹⁸ que, cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, tales como las que se derivan de las concesiones para la realización de proyectos de explotación de recursos naturales, deben asegurar que:

- a. Las situaciones en que puede restringirse o limitarse el uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales estén previamente consagradas en una ley;
- b. La restricción o limitación en el ejercicio del derecho a la propiedad sobre la tierra, el territorio y los recursos naturales tenga por finalidad el logro de un objetivo legítimo;
- c. La restricción o limitación sea necesaria para el logro de dicho objetivo;
- d. La restricción impuesta sobre el ejercicio del derecho a la propiedad comunitaria sea proporcional al logro del objetivo propuesto; la limitación del ejercicio del derecho no implique la denegación de la subsistencia como pueblo.

Para asegurar que la limitación o restricción en el ejercicio del derecho al uso y goce de la tierra y el territorio no implique la denegación de la subsistencia como pueblo, los Estados deben:

- a. Asegurar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, según sus usos y

¹⁷ Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párr. 134.

¹⁸ *Ibid.*, párr.128; Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, op. cit., párr. 156.

- costumbres, en la decisión de dar un determinado uso a las tierra, territorios y recursos de los pueblos, como llevar a cabo planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción en su territorio;
- b. Compartir razonablemente los beneficios que se produzcan con la explotación de los recursos naturales o con el plan o proyecto que se va a ejecutar en sus territorios;
 - c. Garantizar que no se autorizará ninguna concesión en su territorio antes de que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.¹⁹

Según el razonamiento de la Corte IDH, el cumplimiento de estas garantías permite preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen los miembros de los pueblos indígenas con su territorio y, en particular, con sus recursos naturales, lo que a su vez garantiza su subsistencia como pueblo.

2. SITUACIÓN DE CHILE EN MATERIA DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS

2.1. Contexto histórico

La irregularidad de la ocupación de la tierra por parte de los pueblos indígenas se produce por razones diversas. En lo fundamental, la historia de la constitución de la propiedad de la tierra en Chile está íntimamente ligada al proceso de formación del Estado nación chileno, con enormes implicancias en la vida de los pueblos ancestrales que habitaban estos territorios. Desde la declaración de independencia hasta la definitiva ocupación chilena de la Araucanía (consolidada con la creación de las provincias de Cautín y Malleco en 1887) y la toma de posesión de Isla de Pascua en 1888, la definición de la propiedad de la tierra fue atravesada por complejas estrategias de ocupación del territorio y de asimilación de la población indígena a la chilena.

En una rápida síntesis, se puede ordenar la legislación en cuatro períodos:²⁰

a) La radicación: este proceso se extiende entre 1813 y 1927 y se caracteriza por la dictación de una serie de decretos y leyes que buscaban la sedentarización de las comunidades mapuches, a través de la adjudicación de propiedades con delimitaciones formales y declarando fiscales las tierras que no correspondían a los predios materialmente ocupados por las comunidades. En este período se originaron los llamados títulos de merced y títulos de comisario. El período estuvo marcado asimismo por legislaciones contradictorias, algunas de las cuales per-

¹⁹ *Ibid.*, párr. 157; Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, op. cit., párrs. 128, 129 y 130.

²⁰ Al respecto, existe mucha información disponible. Para una visión completa del proceso, ver Aylwin y otros, op. cit.

mitían la venta de tierras indígenas, mientras que otras la prohibían, generándose con ello un proceso de pérdida de territorio y de confusión entre las comunidades sobre la real situación jurídica de sus tierras. En este tiempo se generaron alrededor de 2.900 propiedades indígenas comunitarias (títulos de merced) sobre aproximadamente 500 mil hectáreas, en territorios de las actuales Regiones VIII, IX y X.²¹

b) División de las tierras indígenas: este período se inicia con la Ley 4.169 de 1927. Esta permitió que los títulos de merced fueran divididos cuando uno solo de los comuneros así lo solicitara. Una ley posterior creó los denominados Juzgados de Indios y permitió que la subdivisión fuera realizada de oficio por un juez. Se estima que, como consecuencia de estas leyes, a lo menos el 25% de las tierras entregadas en títulos de merced quedaron en manos de particulares no indígenas.²² También se dictó la denominada Ley de Propiedad Austral, que tuvo como principal consecuencia revalidar títulos de dominio constituidos por no indígenas sobre propiedad indígena. Como consecuencia de ello, se afectaron los títulos de comisario y se perdieron títulos de merced completos, algunos en manos de particulares y otros del fisco, cuando el Estado no reconoció los títulos exhibidos por algunos particulares sobre predios ocupados por indígenas.

c) Reforma y contrarreforma agraria:²³ este período se inicia en 1967 con la Ley 16.640 y termina en 1993 con la Ley 19.253. Comprende dos procesos contradictorios: la reforma agraria, que buscó generar una redistribución de la propiedad de la tierra a través de la expropiación de predios a grandes propietarios para ser entregados normalmente a los campesinos que los trabajaban, y la contrarreforma, que tuvo por objetivo restituir los predios expropiados a sus propietarios anteriores o a otros que participaron en subastas públicas convocadas al efecto. La entrega y posterior pérdida por parte de indígenas de propiedades comprometidas en los procesos de reforma y contrarreforma no se encuentran completamente documentadas, aunque algunos estudios señalan que, con el proceso de reforma, se habrían traspasado unas 19.326 hectáreas en la IX Región, beneficiando a 386 grupos familiares. También se han producido conflictos respecto a predios expropiados que originalmente correspondían a parte de títulos de merced y de los que las comunidades demandan su restitución. Dentro de este período, aun cuando jurídicamente corresponde a cuerpos legales distintos, se produjo el último proceso de subdivisión masivo de predios indígenas contenidos en títulos de

21 José Bengoa, *Breve historia de la legislación indígena en Chile*, Documentos Comisión Especial de Pueblos Indígenas, CEPI, 1990.

22 *Íd.*

23 Martín Correa, Raúl Molina y Nancy Yáñez, *La reforma agraria y las tierras mapuches: Chile 1962-1975*, Lom Ediciones, 2005.

merced, a través del procedimiento establecido en los Decretos Leyes 2.568 y 2.750. Estos cuerpos legales establecieron la subdivisión de la totalidad de los títulos de merced, entregando títulos de dominio individual a los comuneros. Estadísticas diversas estiman que, de un total aproximado de 2.918 títulos de merced otorgados a comunidades indígenas, 2006 habrían sido subdivididos, otorgando 70.713 títulos de dominio sobre 464.605,67 hectáreas.²⁴ En 1981, se aprobó el Código de Aguas (DFL 1.222), mediante el cual se posibilitó la concesión a privados, en particular a empresas mineras, de los derechos de aguas ancestrales de los aymara en el norte del país.

En 1979 se dictó el Decreto Ley 2.885, que consolidó la propiedad fiscal sobre tierras ancestrales de los rapanui en Isla de Pascua mediante el otorgamiento a los isleños de predios individuales.

d) Un cuarto período corresponde a la situación originada con la Ley 19.253 de 1993 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, más conocida como “Ley Indígena”. Dicha ley fue el producto de la demanda de los pueblos indígenas, en particular del pueblo mapuche, los que se rearticulaban y fortalecieron su organización para hacer frente a las leyes y políticas asimiladoras impulsadas durante el régimen militar. Ha correspondido a CONADI, a través de su Fondo de Tierras y Aguas Indígenas (FTAI), junto al Ministerio de Bienes Nacionales, impulsar acciones de ampliación, transferencia y regularización de tierras indígenas consideradas en la Ley 19.253.

2.2. Tierras indígenas bajo la Ley 19.253

Esta ley reconoce como tierras indígenas aquellas que poseen estos pueblos, ya sea por regulaciones o trasposos de tierras fiscales efectuados por el Estado a través del Ministerio de Bienes Nacionales, por compras de tierras efectuadas por CONADI, o por haber sido de su propiedad en virtud de otros títulos.

La Ley 19.253 destina el Párrafo 1 del Título II a la protección de las tierras indígenas. A grandes rasgos, identifica las consideradas como tierras indígenas, incorporando en esta categoría las que provienen de toda clase de títulos emanados del Estado, aquellas que por ocupación histórica sean inscritas a futuro en el registro de tierras creado por la ley, las que sean declaradas a futuro como pertenecientes a comunidades indígenas, y las que los indígenas y sus comunidades reciban a futuro a título gratuito del Estado (artículo 12). Estas tierras, que pueden ser de propiedad individual o colectiva, estarán exentas del pago de contribuciones. La ley establece además

²⁴ Mylène Valenzuela, *La política indígena del Estado chileno y la legislación mapuche*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1990.

que, “por exigirlo el interés nacional”, las tierras indígenas no podrán ser enajenadas, embargadas ni gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas de una misma etnia (artículo 13). Tampoco podrán ser arrendadas en el caso de las tierras de comunidades, y solo por un plazo no superior a cinco años en el caso de las de propiedad individual. Además, solo podrán permutarse por tierras de no indígenas de similar valor, con la autorización de la CONADI, las que se considerarán tierras indígenas. La CONADI abrirá y mantendrá un registro de tierras indígenas, en el que se inscribirán las tierras de que trata el artículo 12 (artículo 15). En cuanto a la división de las tierras comunitarias provenientes de títulos de merced, la ley establece que se requerirá de solicitud formal al juez competente de la mayoría absoluta de los titulares de derechos hereditarios en ella (artículo 16), y que las tierras resultantes de la división de comunidades serán indivisibles, aun en el caso de sucesión por causa de muerte (artículo 17).

La ley promueve la ampliación de las tierras para los indígenas y sus comunidades, principalmente a través de un Fondo de Tierras y Aguas, creado para tal efecto (artículo 20). El artículo 15 establece que la CONADI se hará cargo de un Registro Público de Tierras Indígenas, donde se inscribirán todas las tierras mencionadas en el artículo 12 de la misma ley, y solo dicha inscripción otorgará la calidad de tierra indígena. El Decreto Supremo 150 del Ministerio de Planificación y Cooperación fija el reglamento sobre organización y funcionamiento del Registro Público de Tierras Indígenas.

Los objetivos centrales de la CONADI en esta materia se encuentran expresados en el artículo 20, y se resumen básicamente en el otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras (artículo 20 letra a), el financiamiento de mecanismos que den solución a problemas de tierras (artículo 20 letra b) y el financiamiento de la constitución, regularización o compra de derechos de aguas (artículo 20 letra c).

2.2.1. Fondo de Tierras y Aguas CONADI (FDTA)

Este fondo es financiado con la suma que se determine en la ley de presupuesto anual, que puede incrementarse por otros medios, enumerados en el artículo 21, como donaciones y otros recursos públicos. El Decreto Supremo 395, del 17 de mayo de 1994, que aprueba el Reglamento sobre el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, establece el modo de operación de este fondo. Este consiste en el otorgamiento de subsidios estatales para la adquisición de tierras, el financiamiento de mecanismos para la solución de conflictos relativos a las tierras y el financiamiento para la constitución, regularización o compras de derechos de aguas o de obras destinadas a obtener esos recursos.

2.2.2. Artículo 20, letra a) de la Ley 19.253. Subsidios para la adquisición de tierras

El objetivo de este fondo es otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, comunidades indígenas o parte de estas, cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de CONADI.

Para obtener este subsidio, se distingue entre postulaciones individuales y de comunidades. Para las postulaciones individuales el puntaje está dado por el ahorro previo, situación socioeconómica y grupo familiar. Para las postulaciones de comunidades, el puntaje se determina, además de los requisitos de la postulación individual, por su antigüedad y número de asociados.²⁵ En cuanto al subsidio para la adquisición de tierras, el artículo 2 del Decreto 395 señala que este consiste en un aporte estatal directo, sin cargo a restitución, y que se accederá a él mediante una postulación organizada por la CONADI, en que se debe acreditar la calidad de indígena. Por ello, “el FTAI distingue como único criterio de focalización el pertenecer a una etnia considerada en la Ley Indígena. Ni la Ley 19.253 ni el Decreto 395 señalan que el programa está dirigido a la población indígena más pobre. Tienen derecho a postular todos los indígenas que consideren tener derecho de uso o usufructo de tierras o aguas sobre las cuales reclamen titularidad y que evalúen sus tierras como insuficientes”.²⁶ Sergio Garrido, jefe del FDTA, señaló en una entrevista que una de las mayores dificultades ha sido determinar qué se entiende por tierra insuficiente: actualmente esto se determina a partir del factor de 0,3 hectáreas de riego básico por integrante del grupo familiar. “O sea, todos los postulantes que por integrante del grupo familiar tengan más de 0,3 hectáreas tienen tierra suficiente. Por lo tanto, bajo las 0,3 son tierras insuficientes”.²⁷ La suficiencia solo se evalúa en términos de disponibilidad productiva, lo cual es una limitación, al no considerarse otros factores como la existencia de bosque nativo o sitios ceremoniales, o la cercanía o lejanía del predio, entre otros.

Estos son los criterios legales que debe considerar la CONADI a la hora de determinar los beneficiarios de tierras. Luego se establece el monto de los subsidios (que actualmente es de 20 millones de pesos).²⁸ Los subsidios se asignan dentro de un plazo de 60 días a partir del cierre de la postulación. La CONADI otorga un certificado de subsidio para la adquisición de tierras.

²⁵ Ministerio de Planificación y Cooperación-Corporación Nacional Indígena, *Informe de síntesis Fondo de tierras y aguas indígenas*, p.1.

²⁶ *Ibid*, p.4

²⁷ Entrevista personal a Sergio Garrido, jefe del Fondo de Tierras y Aguas de CONADI, Temuco, 25 de junio de 2014.

²⁸ CONADI, Ministerio de Desarrollo Social, *Bases Reglamentarias del 14° Concurso Subsidio para la Adquisición de Tierras para Indígenas*, 2014.

La Unidad Operativa de la CONADI está encargada de la ejecución de los estudios correspondientes sobre subsidios adjudicados; el control y coordinación de la correcta aplicación del programa está a cargo del Departamento de Tierras y Aguas Indígenas de la Dirección Nacional de la CONADI. En definitiva, la CONADI debe aprobar la compra. Si considera que el predio no cumple las condiciones, tienen la facultad para rechazar su compra.

2.2.3. Artículo 20, letra b) de la Ley 19.253. Mecanismos que permiten solucionar los problemas de tierras

El objetivo del Fondo es financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas relativos a tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidas por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas. En este último caso, se trata de mecanismos para “posibilitar la adquisición de predios en conflicto derivados de tierras anteriormente reconocidas a indígenas por el Estado”.²⁹ Tienen el objetivo principal, como expresó el jefe del FDTA, “de recuperar tierras perdidas, de compensar la merma de territorios que tendría una comunidad indígena ya sea por tener menos tierra que la que señala el título de merced u otro título reconocido por el Estado, o porque alguien le corrió cerco, porque vendieron de mala forma hace 40 o 50 años atrás, porque la subdivisión de los títulos de merced efectivamente no se hizo acorde, y se perdió, y se les entregó hijuelas a personas no mapuches, porque se instaló un vertedero en la comunidad. Incluso hasta por construcción de carreteras, aeropuertos, vertederos, porque el río me llevó la tierra, porque un tsunami nos dejó la tierra bajo el nivel del mar, porque alguien vino y los engañó hace 50 años atrás, porque la subdivisión no me consideró”.³⁰

Anteriormente, el proceso utilizado para llevar a cabo la entrega de tierras regulada por el artículo 20 letra b) estaba regido por la Resolución Exenta 878 de 2003. Ello hasta que la Contraloría General de la República, en su Oficio 601011 de fecha 27 de septiembre de 2011, luego de un análisis jurídico, concluyó que esa resolución no se ajustaba a derecho, ya que el procedimiento que establecía ya se encontraba regulado en el DS 395, de manera que este servicio debía proceder a arbitrar las medidas necesarias para regularizar la situación antes indicada.³¹ Por ello, el director nacional de la CONADI, mediante la Resolución Exenta 1.847 de 2011, dejó sin efecto la Resolución Exenta 878, resolviendo que las solicitudes de comunidades

²⁹ Aylwin y otros, op.cit., p.167.

³⁰ Garrido, op. cit.

³¹ CONADI, Oficio 189 del 18 de febrero de 2014.

deben registrarse solo por el artículo 6° del DS 395, que reglamenta el Fondo de Tierras y Agua, pero que no establece un procedimiento claro de cómo debe operar.

El artículo 6 del DS 395 establece que, para la operación de mecanismos de financiamiento que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas, la persona o comunidad involucrada en algunas de las situaciones previstas precedentemente podrá recurrir a la dependencia que le correspondiere de la CONADI a fin de obtener recursos que le permitan solucionar en todo o en parte el problema que afecte sus posibilidades de acceder a la tierra. El Director de la CONADI, previo informe jurídico administrativo sobre cada una de las solicitudes, resolverá sobre la base de los siguientes criterios prioritarios: 1) número de personas o comunidades, 2) gravedad de las situaciones sociales para un alto número de familias o para toda una comunidad; 3) antigüedad del problema de magnitud en la comunidad respectiva. Estos criterios fueron determinados por los consejeros del Consejo Nacional de la CONADI, quienes, sin embargo, no determinaron la priorización de la compra.³² Se trata de una facultad discrecional del Director de la CONADI, quien determina finalmente a qué comunidades indígenas se les otorgará la aplicabilidad y cuáles se priorizan.

El procedimiento para solicitar y acceder a una compra de tierras a través del mencionado fondo, en la práctica, tras la derogación de la Exenta 878, incluye cuatro etapas. La primera comienza con el ingreso de la solicitud. El jefe de la oficina solicita el informe ocupacional, que establece la fundamentación de la ocupación actual, y el informe jurídico. Con estos antecedentes, la Fiscalía de CONADI declara la resolución de aplicabilidad favorable o negativa. En el primer caso, pasa a la siguiente etapa y, en el segundo, puede ser apelada y volver a iniciar el proceso. La segunda etapa es la de viabilidad, en que la comunidad debe señalar tres predios posibles priorizados, sobre los que se realizan los estudios de títulos y agronómicos. Si resulta viable la adquisición, se procede a la etapa de factibilidad. En esta se realiza la mensura y tasación y comienza la negociación del predio. Si no hay acuerdo, se vuelve a comenzar esta etapa con un predio alternativo. Si lo hay, se pasa a la última etapa, la de concreción. Esta

³² Entrevista personal a Ana Llao, consejera del Consejo Nacional de CONADI, Temuco, 9 de julio de 2014.

comienza con una resolución exenta que aprueba la compra y da inicio a los trámites para la adquisición e inscripción del predio.

El título VIII de la Ley 19.253, denominado “Disposiciones particulares”, contiene reglas específicas para cada uno de los pueblos indígenas del país, que analizaremos al momento de revisar la política estatal en materia de tierras y territorios indígenas en Chile.

3. POLÍTICA ESTATAL EN MATERIA DE DERECHOS TERRITORIALES INDÍGENAS EN CHILE. EVALUACIÓN

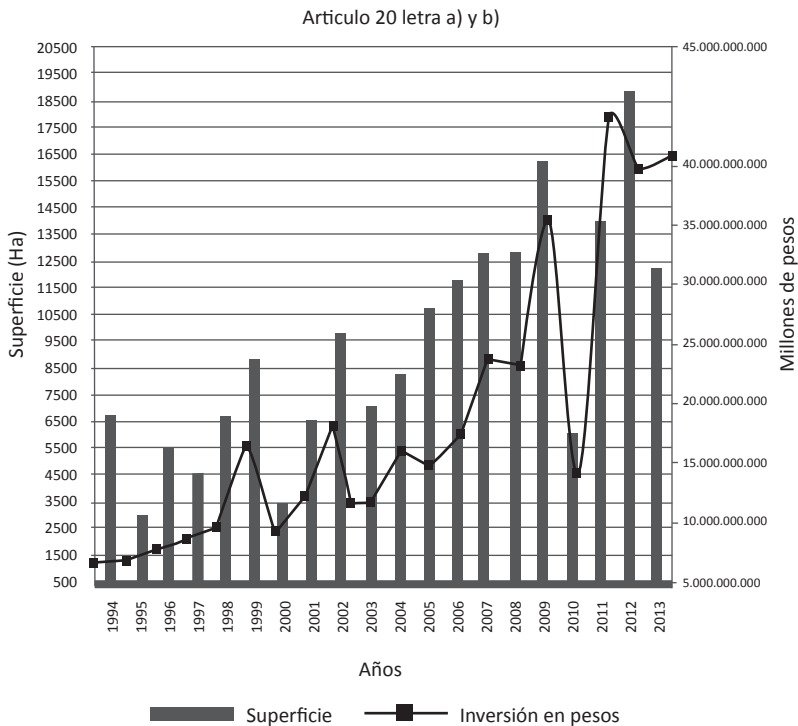
La política pública del Estado en materia indígena ha estado abocada fundamentalmente a abordar la problemática de las tierras indígenas, sobre todo a través de la acción de la CONADI y su Fondo de Tierras y Aguas, y la regulación de derechos del Ministerio de Bienes Nacionales. Se trata de una política pública que obedece y reacciona frente a una de las demandas centrales de los pueblos indígenas, no obstante que hoy muchos de ellos viven en las ciudades.

3.1. Presupuestos y tierras entregadas

En el período comprendido entre 1994 y 2013 la CONADI destinó más del 50% de sus recursos al Fondo de Tierras y Aguas, llegando entre 2000 y 2003 a destinar a este más del 70% de su presupuesto. Como se puede apreciar en cuadro histórico combinado de los artículos 20 letra a) y b) (Tablas 1, 2 y 3), bajo la vigencia de la Ley Indígena se han entregado en total 187.173 hectáreas de superficie, beneficiando a 16.141 familias, con una inversión monetaria que bordea los 275.714.809.751 pesos.³³

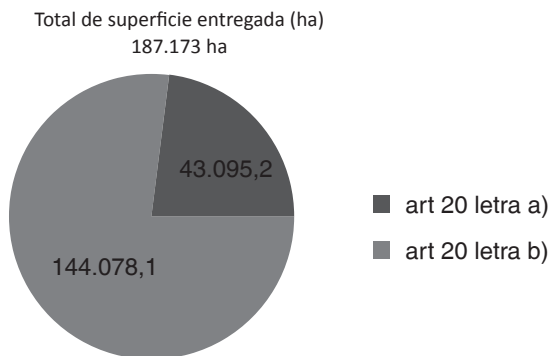
³³ Información elaborada y proporcionada por el Fondo de Tierras y Aguas CONADI, julio de 2014.

Tabla 1



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

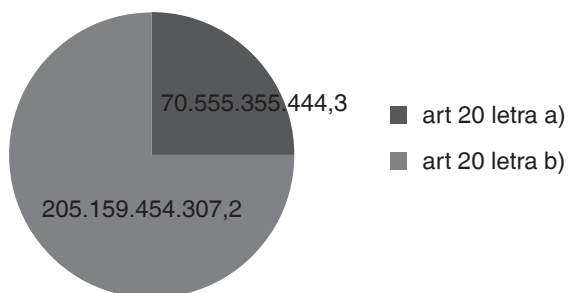
Tabla 2



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Tabla 3

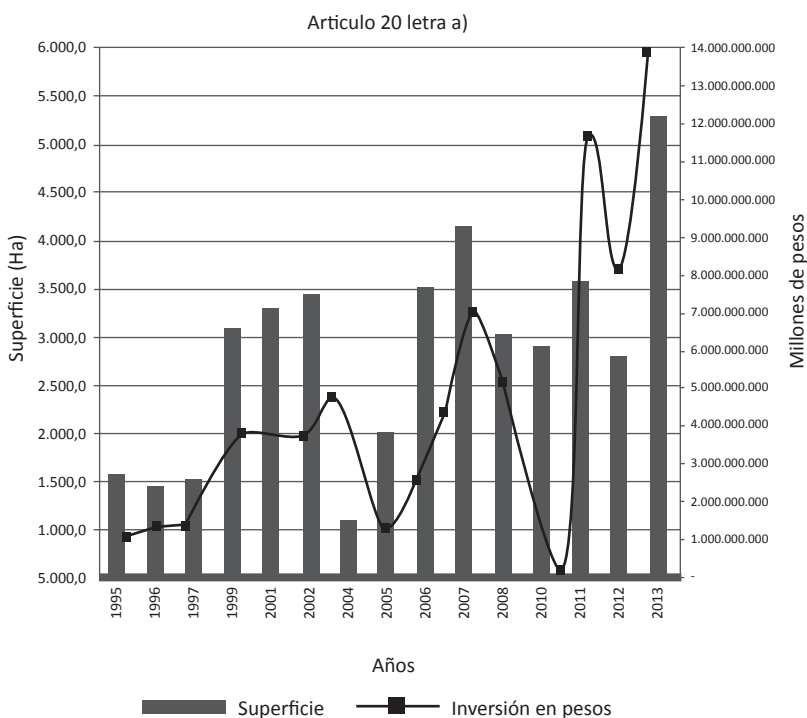
Total de inversión en pesos de cada año
275.714.809.751 millones de pesos



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Según sugiere la tabla 4, desde 1995 comenzó la entrega de subsidios para la adquisición por personas, comunidades indígenas o una parte de estas de superficies de tierras, cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 20 letra a) de la Ley Indígena. Sin embargo, se ve ausencia de este beneficio en 1998, 2000, 2003 y 2009. Del total histórico, que va desde 1995 hasta 2013, se han entregado 43.095 hectáreas bajo el sistema de subsidios, con una inversión final de 70.555.355.444 pesos, beneficiando a un total de 5.071 familias.

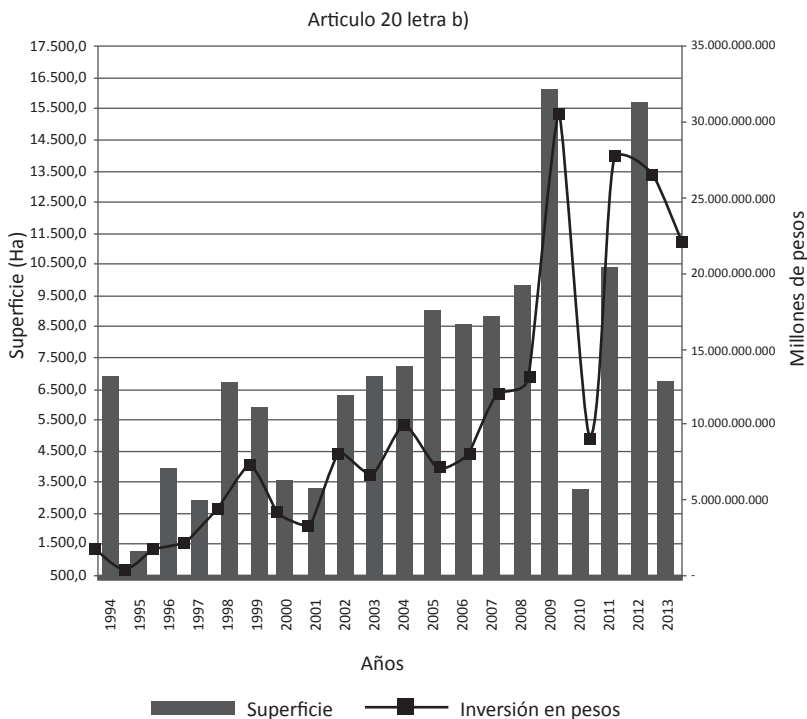
Tabla 4



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Bajo el artículo 20 letra b) de la Ley Indígena, como se aprecia en la tabla 5, se han financiado los mecanismos que permiten solucionar los problemas de tierras con motivos de transacciones o resoluciones judiciales o extrajudiciales, relativos a territorio indígena reconocidos por el Estado. Esta inversión se ha traducido en la adquisición de tierras desde 1994 hasta 2013 por un total de 144.078 hectáreas, con una inversión total que rodea los 205.159.454.307 pesos, beneficiando a 11.070 familias.

Tabla 5

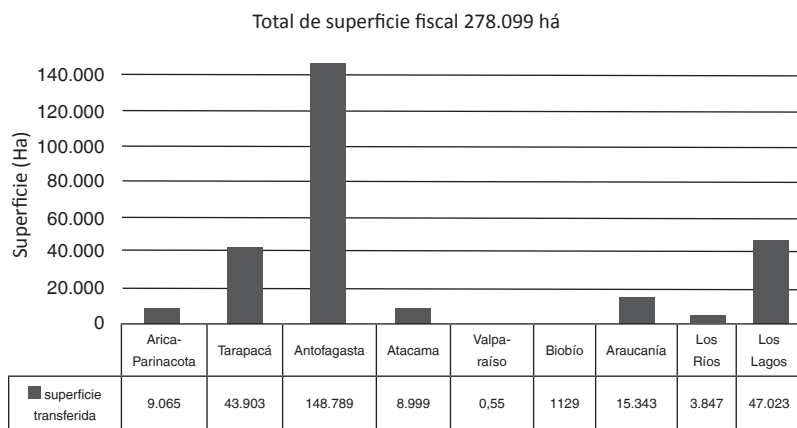


Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

En la tabla 6 se puede apreciar la cantidad de tierras fiscales entregadas a las comunidades bajo el amparo de la Ley 19.253. Según información de DTAI, desde 1994 se han traspasado 278 mil hectáreas. Cabe señalar que, entre 2010 y 2013, la política del Ministerio de Bienes Nacionales fue avanzar en la licitación pública de los inmuebles fiscales, quedando en desprotección las comunidades y personas indígenas que ocupan y/o demandan los espacios territoriales cuyo propietario es el fisco.³⁴

³⁴ Garrido, op. cit.

Tabla 6



Fuente: Tabla elaborada en base a información entregada por Fondo de Tierras y Agua CONADI. Julio 2014

Las cifras de la tabla 2 sugieren que la ampliación real de la superficie de tierras indígenas a través de la política de la CONADI alcanzó a 43.095 hectáreas, que corresponden principalmente a tierras entregadas a los mapuche a través de la compra efectuada por CONADI a propietarios individuales a través de los subsidios contemplados en el artículo 20 letra a) de la Ley 19.253. Las 144.078 hectáreas adquiridas a través del mecanismo contemplado en la letra b) del artículo 20 corresponderían, en teoría, a la restitución de tierras previamente reconocidas a indígenas por el Estado. Por otra parte, según señala la tabla 6, 278.099 hectáreas corresponden a lo que la Ley 19.253 considera como traspaso de tierras fiscales, mayoritariamente destinadas a los pueblos andinos del norte, las que, conforme a la interpretación que los órganos de supervisión de la OIT han hecho del Convenio 169, serían tierras de ocupación ancestral. A lo anterior cabe agregar la acción realizada por CONADI –junto a la Dirección de Aguas– en el período para el saneamiento y la regularización de derechos de aguas a favor de indígenas, así como el desarrollo de obras de riego en beneficio de 35.510 familias indígenas.³⁵

El enfoque de la política de tierras, cuyo principal instrumento es el Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, se centra en la superación de la pobreza como eje central, lo que se basa en un concepto económico de la tierra, entendida como un factor productivo y no como un elemento de la cosmovisión indígena. La idea que funda al artículo 20 de la Ley

³⁵ Información pública disponible en www.conadi.cl

19.253 está vinculada al concepto de tierra insuficiente o de merma territorial asociada a un título entregado por el Estado, un concepto vagamente definido, que se relaciona a una insuficiencia productiva o pobreza, más que a una noción de reparación de derechos vulnerados por la acción del Estado. De este modo, no existe un mecanismo legal de restitución de tierras indígenas, sino uno de compra de tierras para indígenas, que no reconoce el legítimo derecho que tienen estos pueblos a reclamar y reconstruir sus territorios y que, por lo tanto, no constituye una herramienta que dé cabal solución al problema territorial de los pueblos indígenas en Chile.

Cabe valorar, sin embargo, la acción desarrollada por CONADI y otros entes públicos desde 1993 a la fecha con el objeto de revertir la tendencia histórica a la disminución de las tierras indígenas. Aunque, dentro del presupuesto de la nación, los fondos destinados a la solución de los problemas de los pueblos indígenas en Chile son residuales. En un estudio efectuado por Víctor Toledo en 2007, se concluye que “[l]a suma de todos los programas dirigidos a indígenas contenidos en la Ley de Presupuestos equivale a un magro 0,3 % del total del presupuesto público. Visto en perspectiva, el asunto es más grave aún. El magro porcentaje del 0,3% se está instalando, de facto, como un límite máximo estructural –un ‘techo’– al financiamiento fiscal para políticas indígenas”.³⁶ Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo considera que “el Estado de Chile necesita con urgencia priorizar y acelerar el proceso de repatriación de las tierras. Esto implica que el Estado debe asignar los fondos necesarios a fin de cumplir con las metas actuales de repatriación dentro de un plazo breve y definido, medible en meses y años más que en décadas. Esto requerirá no solamente de un aumento exponencial de recursos, sino además de un cambio en la voluntad política dentro del gobierno, a fin de otorgarle al tema mapuche la prioridad que amerita”.³⁷

Sergio Garrido, señala que, en 2013, “en el último concurso [del artículo 20, letra a)] postularon 14.000 familias, entre individuales y comunitarios (8.000 individuales más unas 800 comunitarias). O sea, muchísimas. Y, de las 14.000 familias, entregamos [subsidios] a 750 en total... O sea, ni siquiera llegamos al 5% de los postulantes”.³⁸

Los recursos invertidos por el Estado, que, como indica la tabla 3, suman 275.714.809.751 pesos, no han sido suficientes para solucio-

36 Víctor Toledo, *Presupuesto del sector público y políticas indígenas. Chile 1994-2008*, Documentos de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, Informe 36, Santiago, Chile, octubre de 2007.

37 El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo visitó Chile del 17 al 30 de julio de 2013.

38 Garrido, op. cit.

nar la demanda indígena, sobre todo mapuche. Como se analizará, las demandas de los pueblos andinos del norte y del pueblo rapanui se basan fundamentalmente en la restitución de tierras que hoy son de propiedad fiscal.

La solución al problema territorial de los pueblos indígenas no depende solo de la cantidad de dinero invertido en compra de tierras. Es necesaria una reestructuración de los programas de compra y entrega de tierras. Así lo ha reconocido, en un discurso reciente, la presidenta de la República Michelle Bachelet, al anunciar los lineamientos de su política indígena, señalando que “en materia de territorios, fortaleceremos el programa de compras de tierra, para cumplir con todos los acuerdos y compromisos tomados por los gobiernos democráticos anteriores. Ya hemos desarrollado el catastro que nos permitirá comprar tierras en los próximos cuatro años, lo que tendrá, además, un acompañamiento técnico y productivo para las comunidades”.³⁹

Si bien en los últimos años se constata un incremento del presupuesto destinado a compra de tierra—como ilustran la tabla 1—, no se ha realizado un análisis crítico de los múltiples problemas de los que adolece el Fondo de Tierras y Aguas ni de las políticas públicas destinadas a responder a las demandas de los pueblos indígenas.

3.2. Incertidumbre de la demanda sobre las tierras ancestrales

No existe una cuantificación de la demanda total de tierras por parte de los pueblos indígenas en Chile. Disponer de tales datos contribuiría a dar solución a los problemas de tierras.

La información del total de solicitudes presentadas (aceptadas, rechazadas y en tramitación) ante CONADI, no está sistematizada, pues solo se encuentra en las carpetas de solicitudes de cada comunidad, según indicó la CONADI en respuesta a una solicitud de información pública presentada para la elaboración de este informe.⁴⁰

Si bien no existe consenso sobre la cantidad de tierra actualmente demandada, un estudio de las demandas mapuche encargado por el Estado⁴¹ estableció que, para tres de las cuatro regiones en que habita ancestralmente ese pueblo (Biobío, Araucanía y Los Ríos), las demandas basadas en los mecanismos contemplados en la ley indígena (artículo 20 a y b) alcanzaba a 165.000 hectáreas.⁴² Esa cifra

³⁹ Presidenta Michelle Bachelet, 24 de junio de 2014.

⁴⁰ Solicitud de información pública a CONADI AI002W-0001066.

⁴¹ Proyecto de actualización del Catastro de la demanda y oferta de tierras, aguas y riego para indígenas, Etapa I. Universidad de Concepción-Centro EULA-Chile, 2010, inédito.

⁴² El catastro que CONADI encomendó al Centro EULA de la Universidad de Concepción en 2004 determinó que una familia indígena requiere del equivalente de 12,7 hectáreas de suelo tipo III para subsistir y salir de la pobreza. Íd.

incluía a 12.164 familias en 2011, tras la actualización del catastro previo en que se agregaron otras 206 comunidades (7.828 familias) que cumplían con los requisitos en las regiones de Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos,⁴³ sin que se determinara el número total de hectáreas demandadas.

En enero de 2014, el gobierno expuso en su cuenta pública ante la ONU, en el marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El ex ministro de Desarrollo Social, Bruno Baranda, señaló que para 2016 se transferirá el 100% de las tierras que se encuentran reclamadas por los pueblos indígenas.⁴⁴ No se pudo obtener información, ni en la CONADI ni en las entrevistas realizadas, que acompañara esta aseveración, ni las cifras tenidas en cuenta para formularla.⁴⁵ Dado que el subsidio contemplado en artículo 20 letra a) de la Ley Indígena opera como un concurso anual y el mecanismo de la letra b) no establece plazo alguno para solicitarlo, es difícil que se pueda contar con un dato definitivo de la cantidad de tierra demandada, puesto que esta crece año a año. Asimismo, muchas comunidades a las cuales se les ha restituido tierra mediante el mecanismo del artículo 20 letra b) sostienen que su demanda se encuentra incompleta y que van volver a solicitar compra de tierra.⁴⁶

A lo anterior se suma que dicha cuantificación de la demanda consideraría solo las tierras reconocidas por el Estado mediante radicación, pero no las de propiedad ancestral. Los pueblos indígenas han manifestado en innumerables ocasiones, desde la llegada de la democracia, que su demanda de tierra incluye no solo aquella que ha sido reconocida por la Ley Indígena, sino que incluye también lo que se ha denominado como las tierras ancestrales o antiguas.⁴⁷

La Ley Indígena no acoge las demandas relacionadas con el reconocimiento de la propiedad ancestral de las tierras, con los derechos sobre los recursos naturales en ellas o con la protección de derechos sobre el territorio. Así, se demanda que el Estado reconozca el derecho de los pueblos indígenas sobre “las tierras que tradicionalmente han ocupado”, muchas de las cuales fueron reconocidas a través de parla-

43 *La Segunda*: “Tierras mapuche en conflicto: Gobierno dejará 166 comunidades en ‘lista de espera’”, 14 de octubre de 2013.

44 Radio Cooperativa: “Chile devolverá al 2016 todas las tierras reclamadas por pueblos indígenas”, 3 de febrero de 2014.

45 Radio Universidad de Chile: “Organizaciones y dirigentes mapuches niegan que exista plan de restitución de tierras”, 9 de febrero de 2014.

46 Entrevista personal a lonko Víctor Queipul, Ercilla, 5 de julio de 2014.

47 Toledo, “La memoria de las ‘tierras antiguas’ tocando a las puertas del derecho. Políticas de la memoria mapuche en la transición chilena”, en Felipe Gómez (ed.), *El derecho a la memoria*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006; “Las tierras que consideran como suyas. Reclamaciones mapuches en la transición democrática chilena”, *Revista Asuntos Indígenas IWGIA*, Copenhague, 4/2004, p. 22.

mentos en la época colonial. Estas claramente se diferencian y son más amplias que aquellas que los pueblos indígenas “ocupan actualmente en propiedad o posesión”, provenientes de títulos otorgados por el Estado, como dispone la Ley Indígena en su artículo 12.

La negación de la validez de los derechos ancestrales sobre el territorio ha sido explícita. En 1999, en un documento oficial de la CONADI se señalaba: “El populismo de la época propagó la idea de que los límites de la restitución de tierras, que el Estado debía hacer a los pueblos indígenas, estaban dados hasta donde alcanzara la memoria de los ancianos de las comunidades”.⁴⁸ Y en 2003, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato⁴⁹ fue especialmente cuidadosa en omitir toda referencia a la memoria mapuche de sus tierras ancestrales, solo reconociendo como válidas aquellas demandas territoriales referidas a los títulos otorgados por el Estado.

Establecer cuáles son estas tierras es claramente una materia compleja, en la que se entrecruzan la necesidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales, los derechos de los descendientes de colonos que fueron localizados en el territorio por el Estado y los de campesinos no indígenas que habitan en esos lugares.

Resulta claro, eso sí, que el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas establece la obligación del Estado de reconocer dichas tierras ancestrales.

Como hemos señalado, el Convenio 169 es claro en establecer que “deberá reconocerse a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14.1). Tal derecho de propiedad ha sido entendido por los órganos de aplicación del Convenio como uno que se extiende no solo a las tierras reconocidas legalmente por el Estado sino que también a aquellas de propiedad ancestral;⁵⁰ esto contrasta con la limitada conceptualización que la Ley 19.253 contiene de las tierras indígenas, restringiéndolas a las que el Estado ha reconocido en el pasado o que a futuro se declaren como tales por los tribunales o se otorguen por el Estado. Ello deja a discreción del Estado el establecimiento de una tierra como indígena, al instituir que solo serán tierras indígenas aquellas inscritas en el Registro de Tierras. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en 2009, “...recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para acelerar el proceso de restitución de las tierras ancestrales a los pueblos indígenas y que establezca un mecanismo específico para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales, de acuerdo con la Convención

48 CONADI, *La política de tierras de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*, Temuco, 1999.

49 Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, op. cit.

50 Conferencia Internacional del Trabajo, CEACR, 2009.

y demás normas internacionales relevantes. En particular, el Estado parte debería asegurarse de que las políticas de compra de tierras sean plenamente conformes con el Convenio N° 169 de la OIT y considerar aumentar el presupuesto de CONADI para que este organismo esté en condiciones de realizar sus funciones adecuadamente”.⁵¹ En 2014, el Comité de Derechos Humanos reiteró al Estado de Chile que “le preocupa que el mecanismo de compra de tierras para las comunidades indígenas es todavía insuficiente para garantizar el derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”, recomendando al Estado que “redoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”.⁵²

Como hemos señalado, la determinación de las tierras indígenas antiguas o ancestrales es un asunto que reviste gran complejidad, en la cual varios factores se entrecruzan.

Por una parte, y como se ha recordado en este informe, la práctica estatal de las relocalizaciones tiene larga data en el territorio indígena, desde los inicios de las reducciones hasta la actual compra de terrenos por CONADI en sectores distintos al territorio de origen de la comunidad. Los efectos de esta política han sido devastadores para las comunidades originarias y su prolongación en las últimas tres décadas ha tenido, como era de esperar, nocivos efectos. En un estudio realizado por la Universidad de Concepción, encargado por la CONADI, se constató que muchas de las compras efectuadas por CONADI mediante el mecanismo establecido en el artículo 20 letra b) de la Ley Indígena, implicaron tanto el traslado o la relocalización de comunidades dentro de la misma comuna de origen como a otras distintas e incluso a diferentes regiones.⁵³ Un estudio realizado por el Observatorio Ciudadano en 2007⁵⁴ confirmó que la práctica de las relocalizaciones es de uso extendido en la operación del FDTA.

Cabe destacar, sin embargo, que en la actualidad estas relocalizaciones son voluntarias por parte de las comunidades. Ellas determinan qué predio se comprará y aceptan trasladarse a, e insertarse en, lugares a veces lejanos, donde no existen vínculos históricos ni socioculturales. Sin embargo, la disposición de trasladarse se enmarca en una larga historia de despojos y generalmente responde al impedimento –asumido por CONADI– de recuperar su territorio (ya sea porque pertenecen a alguna empresa forestal o porque su dueño no quiere vender

51 CEDR, *Informe de recomendaciones a Chile*, Ginebra, 3 al 28 de agosto de 2009.

52 CEDR, *Informe de recomendaciones a Chile*, Ginebra, 7 a 25 de julio de 2014.

53 Proyecto de actualización del catastro de la demanda y oferta de tierras, aguas y riesgo para indígenas, op. cit.

54 Karina González, Matías Meza-Lopehandía y Rubén Sánchez, *Política de tierras y derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: El caso de las Comunidades Carimán Sánchez y Gonzalo Marín y Comunidad Manuel Contreras*, Temuco, Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

o lo sobrevalúa). A esto hay que sumar la pobreza extrema, producto de la falta de tierras y trabajo, y la improductividad de estas a causa de la sobreexplotación. De esta manera, irse a otras tierras, a veces con geografías muy diferentes a los territorios de origen, termina siendo la única opción posible.

Asimismo, muchas de estas relocalizaciones generan un efecto adverso adicional, cuando el territorio al que se trasladan es demandado por otra comunidad, ya sea porque se encuentra dentro de su título de merced u otro similar, o es reivindicado como tierra ancestral. Ello genera un conflicto no solo con el Estado, sino también con otra comunidad. Existen muchos casos en que se ha constatado este problema. Así, por ejemplo, relata el informe del Observatorio Ciudadano: “Es preciso recordar los hechos ocurridos el 30 de enero de 2002, cuando murieron cinco mapuche-huilliche en el sector de Rucamañío, en la comuna de San Juan de la Costa, Región de Los Lagos. Estos hechos significaron el fin de un proceso que comenzó cuando CONADI aprobó la adjudicación a la comunidad Choroy-Traiguén de cerca de 5.000 hectáreas a través del artículo 20, letra b), en 1996. Sin embargo, 600 hectáreas de estas tierras pertenecían al territorio ancestral de la familia Lefián, quienes incluso poseían el reconocimiento legal a través de los títulos de comisario. Haciendo caso omiso de esta situación, CONADI las transfirió, pese al reclamo de la comunidad afectada. Posteriormente, la Corporación inició una mediación entre las comunidades, que obviamente no dio frutos, por lo cual la situación derivó a manos de los tribunales. El caso fue sobreesido temporalmente en 1999 por la justicia. En este contexto, sin vislumbrar ninguna solución y frente a la desidia de las instituciones que provocaron el conflicto y que, paradójicamente debían solucionarlo, se produjo el enfrentamiento entre huilliche, resultando cinco personas muertas y veinte heridas a palos, hachazos y balas”.⁵⁵

Lamentablemente, las relocalizaciones que generan conflictos entre comunidades han sido frecuentes. Aparte del caso referido, es posible mencionar los de las comunidades Carimán Sánchez y Gonzalo Marín, Comunidad Manuel Contreras, Comunidad Ahilla Varela y Comunidad Antonio Paillacoí.⁵⁶

Otra dificultad para reconstruir el territorio ancestral, incluso para quienes no han sufrido la relocalización, dice relación con las disímiles situaciones en que se encuentran las comunidades indígenas. Algunas llevan años realizando trabajos de reconstrucción de la memoria histórica territorial, mediante cartografías. Sin perjuicio de ello, otras

⁵⁵ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁶ *Mapuexpress*: “Procedimientos CONADI: Conflictos entre comunidades genera Fondo de Tierras por adquisición de predios”, 25 de febrero de 2012.

comunidades han sufrido graves procesos de desintegración, procesos de subdivisión de sus tierras y conflictos internos, entre otros.

Ello se ve reflejado en la práctica de constituir nuevas comunidades con personalidad jurídica al interior de una comunidad existente. El artículo 10 de la Ley Indígena lo permite al establecer que una comunidad se entenderá constituida si concurre, a lo menos, un tercio de los indígenas mayores de edad con derecho a afiliarse a ella. Ello, en la práctica, ha significado el fraccionamiento de las comunidades culturales en más de una comunidad legal, las que pueden demandar la reparación del mismo territorio por cualquiera de los mecanismos del artículo 20. Como señala el secretario ejecutivo de CorpAraucanía, se trata de una demanda “que no tiene fin, se generan comunidades nuevas todos los días, no hay finalmente un punto final, una acotación de los temas”.⁵⁷

Puede darse la situación que se le aplique el artículo 20 letra b) a una comunidad, restituyéndole el título de merced, la que luego se fragmenta en dos comunidades, una de las cuales vuelve a solicitar tierra por el mismo mecanismo.

En síntesis, la reconstrucción por parte de las comunidades indígenas de sus territorios ancestrales no es una tarea sencilla, lo que no exime al Estado de su obligación de abocarse a la tarea. Sin perjuicio de todas estas dificultades mencionadas para determinar cuál es la demanda total de territorios de los pueblos indígenas, especialmente en el caso del pueblo mapuche, es obligación del Estado procurar los medios para establecerla, de manera de hacer efectivos sus derechos sobre el territorio. Al negar el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales se contraviene el Convenio 169, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Nada hay en la Ley 19.253 que impida aplicar el artículo 20 b) a la restitución de tierras ancestrales cuya existencia se compruebe de acuerdo a estándares internacionales en la materia. Es factible realizar esta modificación, pues no implica cambiar la ley ni sus reglamentos. Más aun, el Convenio 169 obliga a ese cambio en la política de tierras.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que, para lograr esta tarea, el Estado debe trabajar en conjunto con las comunidades indígenas para establecer cuál es la demanda de tierras, incorporando criterios adecuados para lograr hacerla efectiva de un modo que rescate la validez de la memoria de los derechos ancestrales al territorio. Un trabajo donde primara el diálogo, la reconstrucción de la memoria y la historia comunidad por comunidad, el respecto a los mecanismos propios de delimitación de territorios y no la imposición absoluta del modelo

⁵⁷ Entrevista a Diego Benavente, director ejecutivo de CorpAraucanía, Temuco, julio de 2014.

de propiedad de la Constitución de 1980,⁵⁸ podría traer consigo un verdadero nuevo trato entre los pueblos indígenas y el Estado. Debe tratarse de una definición colectiva de los pueblos indígenas, para la cual es crucial que se llegue a un acuerdo dentro de estos acerca de cuáles son las tierras ancestrales, cómo delimitarlas y a cuánto asciende la demanda total.

A los problemas mencionados, se suma, especialmente respecto de los pueblos mapuche y rapanui, el de la titulación individual de tierras promovidas por CONADI, lo que lesiona, sin duda, las formas de propiedad colectiva tradicionales.

3.3. El procedimiento del Fondo de Tierras y Aguas. Irregularidades y denuncias

La operación del FDTA de la CONADI adolece también de deficiencias que vulneran los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios. Se han planteado críticas respecto a la falta de procedimientos transparentes en los mecanismos de restitución y/o entrega de tierras, la inexistencia de criterios preestablecidos, las presiones o injerencias que existirían en el proceso de selección de los predios a adquirir, el uso del mercado como medio principal de restitución de tierras y la falta de acompañamiento productivo a las comunidades a las que se les compra tierra.

La aplicación del artículo 20 letra a), es decir, la entrega de predios mediante subsidios a individuos o comunidades indígenas por tener tierras insuficientes, que se encuentra regulado tanto por la Ley Indígena como por el decreto 395 y enmarcado por lo que establecen las bases anuales del concurso de la CONADI, tiene varios aspectos controversiales.⁵⁹

Se establece como criterio fundamental la situación socioeconómica de los postulantes, dejando de lado el derecho a la reparación y la restitución territorial como fundamento. Ni la Ley 19.253 ni el DS 395 señalan que el programa está dirigido a la población indígena más pobre. Tienen derecho a postular todos los indígenas que consideren tener derecho de uso o usufructo de tierras o aguas sobre las cuales reclamen titularidad y que evalúen sus tierras como insuficientes.

También se critican las amplias facultades del director nacional de la CONADI⁶⁰ para determinar los porcentajes del presupuesto que serán destinados a cada región o comuna.⁶¹

⁵⁸ Entrevista personal a José Aylwin, co director del Observatorio Ciudadano, Temuco, junio de 2014.

⁵⁹ *El Periódico*: "Cartas al Director: CONADI se refiere a pago de sobreprecios en la compra de tierras", 28 de abril de 2014.

⁶⁰ *La Tercera*: "Tres comunas concentran el 33% de la inversión de CONADI en tierras", 17 de marzo de 2013.

⁶¹ Ministerio de Planificación y Cooperación-Corporación Nacional Indígena, op. cit., p.4.

El jefe del FDTA nos señaló que una de las mayores dificultades en este proceso ha sido determinar qué se entiende por tierra insuficiente. Actualmente, como hemos destacado, se determina a partir del factor de 0,3 hectáreas de riego básico por integrante del grupo familiar⁶² y solo en términos de suficiencia productiva.

La búsqueda del predio y su compra imponen una dificultad adicional, puesto que primero se otorga el subsidio y luego se determina el predio a comprar. Como señala el jefe del FDTA, "(...) se trata de que los predios cumplan con ciertas condiciones, sobre todo en el precio. Los vendedores saben que el subsidiado tiene 20 millones, entonces va a querer vender lo que tenga a 20 millones: si tiene 5 hectáreas, a 20; tengo 3, a 20 también; y así. Todo a veinte".⁶³ Ello se presta para acuerdos previos entre comprador y vendedor, dificultades para encontrar predios adecuados y relocalizaciones a otras comunas, entre otras vicisitudes. A pesar de los conflictos surgidos respecto al artículo 20 letra a), sin duda el foco de los problemas se encuentra en la aplicación del artículo 20 letra b).

En numerosas oportunidades, dirigentes indígenas han cuestionado los criterios con que las instancias autorizadas toman la decisión de adquirir un predio u otro.⁶⁴ Los cuestionamientos dicen relación con la falta de imparcialidad de los representantes de organizaciones mapuche en CONADI en procesos de selección que involucran comunidades con las que tienen algún tipo de relación, con las facultades discrecionales del director de la CONADI para definir los predios que tienen aplicabilidad y que son priorizados, con la falta de criterios definidos para la priorización de las comunidades con aplicabilidad y con la mercantilización del sistema, entre otros aspectos. A lo largo de los años, numerosas denuncias acerca de malas prácticas, abusos, corrupción, pérdida de carpetas de comunidades para compra de tierras y mal uso de recursos públicos han sacudido a CONADI.⁶⁵ Al menos en tres ocasiones, desde 1998, la Cámara de Diputados, ha constituido comisiones investigadoras para inspeccionar la legalidad de los mecanismos de entrega de tierras por parte de CONADI. En 2010, se constituyó una Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados destinada analizar el funcionamiento entre 2006 y 2010 del Programa Orígenes; el cumplimiento de sus objetivos; la eficacia en la utilización de sus recursos; el catastro de las comunidades beneficiarias; para determinar la efec-

⁶² Garrido, op. cit.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *El Gong*: "Se tomaron la CONADI. Pero a punta de coimas e irregularidades al por mayor", 9 de mayo de 2014.

⁶⁵ *Liberación*: "Cheques prueban pago de millonarias comisiones por compra de tierras a comunidades", 30 de septiembre de 2009; *Políticaspúblicas*: "Denuncia de funcionarios de CONADI: Se ha pagado con tierras a testigos protegidos, usando Fondo de Tierras", 8 de noviembre de 2009.

tividad de denuncias relativas a irregularidades en la adquisición de terrenos, sobrepagos en sus pagos o, en general, toda posible ilicitud o irregularidad en la ejecución de sus fines. En sus conclusiones, si bien no estableció responsabilidades particulares, instó al gobierno a tomar las medidas pertinentes para asegurar la transparencia y el respeto a la ley en los mecanismos contemplados en el artículo 20 de la Ley Indígena. No existen antecedentes de que estas recomendaciones hayan modificado el modo de operar del FDTA.⁶⁶

No es posible aquí hacer un recuento de las denuncias aludidas. A modo de ejemplo, cabe destacar la denuncia que efectuó el nuevo Director de la CONADI, Alberto Pizarro, sobre posibles irregularidades en licitaciones y compras de terrenos valuadas en más de 10.000 millones de pesos.⁶⁷ Los antecedentes se encuentran actualmente, en etapa de sumario, en la Fiscalía de Delitos de Alta Complejidad de Temuco, que dirige la investigación. Asimismo, se constituyó una Comisión en la Cámara de Diputados que investiga la responsabilidad política y administrativa que le cabe a la CONADI y quien resulte responsable en sobrepagos irregulares pagados en la compra de tierras durante 2010 y 2013.⁶⁸

Es también paradigmático el caso de la comunidad mapuche Carimán Sánchez.⁶⁹ En 1998, las 52 familias que componían esta comunidad iniciaron la solicitud de demanda de las tierras que corresponden en la actualidad al fundo “El Notro”, de 360 hectáreas, en el sector de Huilio, en la Comuna de Freire. Recién en abril de 2005, mediante Resolución 32 de Fiscalía de CONADI, se resolvió la aplicabilidad del artículo 20 letra b) respecto al predio señalado. Luego, durante el proceso de tramitación y cuando la demanda se encontraba en lista de espera, CONADI, el 10 de marzo de 2006, resolvió finalmente comprar el predio a Bernardo Mister Staynner, pagando 650 millones de pesos, pero para asignarlo a la comunidad Agustín Curín, situada a más de 30 kilómetros del lugar, que no lo reivindicaba. La comunidad Carimán Sánchez presentó antecedentes que dieron lugar a dos sumarios dentro de CONADI, que concluyeron sin establecer responsabilidades. También se realizaron acciones de ocupación del fundo,⁷⁰ que había

66 Informe de la Comisión investigadora en la Cámara de Diputados destinada a analizar el funcionamiento, entre los años 2006-2010, del Programa Orígenes; el cumplimiento de sus objetivos; la eficacia en la utilización de sus recursos; un catastro de las comunidades beneficiarias y determinar la efectividad de las denuncias efectuadas relativas a irregularidades en la adquisición de terrenos, sobrepagos en sus pagos y en general toda posible ilicitud o irregularidad en la ejecución de sus fines, Valparaíso, 5 de enero de 2011.

67 *Austral Temuco*: “El Director de CONADI cifra en \$10 mil millones fraude indagado por la FIAC”, 27 de mayo de 2014.

68 *Austral Temuco*: “Comoción en el Congreso por audio que revela irregularidades en la CONADI”, 14 de agosto de 2014.

69 González, Meza-Lopehandía y Sánchez, op. cit., p. 19.

70 Mapuexpress: “El Notro, La primera ‘toma mapuche’ de tierras del gobierno de Michelle

sido arrendado mediante un contrato de medianería al ex propietario. Finalmente, debido a la insistencia de la comunidad, se realizó un nuevo sumario, esta vez en la fiscalía del Ministerio de Desarrollo y Planificación (actualmente Ministerio de Desarrollo Social), en que se constataron diversas irregularidades. Se propuso la destitución del entonces jefe del FDTA, Richard Mancilla, el arbitrio de todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho vulnerado en la compra del fundo El Notro a la comunidad Agustín Curín.⁷¹

Rubén Sánchez Curihuentro, miembro de la comunidad Carimán Sánchez, señala que aún no se ha remediado esta situación por medio de CONADI, que aún siguen reivindicado este predio a pesar de que CONADI les compró terrenos en otro sector, que no pertenecen a su territorio ancestral. Señala: “los abusos han sido muchos, continuos y traumáticos. Nos hicieron enfrentarnos a otra comunidad, nos tramitaron por años con falsas promesas y demoras. La verdad es que no sabemos si es tontera o es siniestro, hay que ser muy malo o muy tonto. No es posible explicarse cómo sucedió lo que sucedió”.⁷²

Como mencionamos, el procedimiento establecido por el artículo 20 letra b) incluye (en la práctica, puesto que no existe procedimiento formal que lo regule en detalle) cuatro etapas fundamentales: la presentación de la comunidad que tiene un problema de tierra, la aplicabilidad, la priorización y la materialización de la compra. En cada una de estas etapas existen espacios que permiten irregularidades, presiones políticas y faltas a la transparencia.

Junto a lo anterior, los gobiernos han elaborado listas de comunidades priorizadas para la entrega de las tierras demandadas, lo que no responde a los criterios establecidos ni por el DS 395 ni por el Consejo Nacional de la CONADI. De este modo, los gobiernos desde la llegada de la democracia han utilizado en la práctica el fondo del artículo 20, letra b) como un mecanismo de solución de conflictos, especialmente para comunidades denominadas como “conflictivas” por la prensa. En el caso particular del pueblo mapuche, durante el primer gobierno de Michelle Bachelet, bajo lo que se conoció como el Pacto Reconocer,⁷³ se priorizaron dos listas de comunidades indígenas para la compra directa de tierras: las llamadas “115” y “307”.⁷⁴ En la actualidad se estaría terminando de comprar tierras a las “115”, encontrándose en espera las comunidades “307” que cuentan con “aplicabilidad” (cerca de

Bachelet”, 28 de septiembre de 2006.

71 Sumario del Ministerio de Planificación, Resolución del 18 de junio de 2009. Facilitado por Rubén Sánchez.

72 Entrevista personal a Rubén Sánchez Curihuentro, Temuco, 8 de julio de 2014.

73 Gobierno de Chile, *Reconocer. Pacto social por la multiculturalidad*, 1 de abril de 2008.

74 *La Segunda*: “Tierras mapuche en conflicto: Gobierno dejará 166 comunidades en ‘lista de espera’”, op. cit.

16o). Estas listas obedecen a criterios reactivos como mecanismos de solución de conflictos ocasionados por ocupaciones reivindicativas de fundos realizadas por comunidades indígenas, lo que pone en cuestionamiento la transparencia de todo el proceso de entrega de tierras. Durante el año final del primer gobierno de Michelle Bachelet, luego de la muerte a manos de carabineros de Jaime Mendoza Collío, el ejecutivo decidió entregar al entonces ministro José Antonio Viera-Gallo facultades especiales como coordinador de asuntos indígenas, papel en el que impulsó variados compromisos con comunidades mapuche que reclamaban tierras. El ex ministro José Antonio Viera Gallo se comprometió a adquirir predios sin que hubiera existido, en muchos casos, contacto previo con los respectivos dueños ni resoluciones de aplicabilidad por parte de CONADI.⁷⁵

Variados actores en el conflicto señalan que se trata de una política que “apaga incendios”, término que se repite en múltiples entrevistas realizadas en La Araucanía. Esta es la opinión del director ejecutivo de la fundación CorpAraucanía, Diego Benavente: “el Estado no ha hecho más que comprar paz con tierras”.⁷⁶ Asimismo, la determinación de la conflictividad de los lugares a adquirir es compleja y existe una gran cantidad de predios reivindicados históricamente por comunidades que pueden ser caracterizados como tierras en conflicto. Especialmente en el caso del pueblo mapuche, la insatisfacción de la demanda de tierras y territorios, y la frustración ante la imposición de proyectos de inversión en sus territorios, en particular la expansión de los monocultivos forestales, han llevado a miembros de las comunidades a manifestarse y a protestar, siendo muchos de ellos encarcelados en recintos penitenciarios del Estado. El ejecutivo, por su parte, ha desarrollado una política contradictoria, que ha incluido, por una parte, el diálogo, la negociación y la compra de tierras y, por otra, la represión policial, la persecución judicial y la criminalización de la demanda indígena.

La actitud asumida por los distintos poderes del Estado frente a los mapuche ha contribuido a criminalizar un conflicto que, dada su naturaleza, debería ser resuelto a través del diálogo político. Así lo señaló el lonko de la comunidad de Temucuicui, Víctor Queipul, sindicada muchas veces como ejemplo de comunidad conflictiva: “todos nuestros peñis han sido apresados, no hay hombre de esta comunidad que no haya estado preso por la demanda nuestra, por nuestros territorios. Nos han tratado de terroristas, nuestras casas allanadas, los niños aterrorizados... Igual, hemos logrado mucho, se nos han devuelto algunas tierras, somos una comunidad organizada que se autogestiona. Al fi-

⁷⁵ Informe de la Comisión Investigadora en la Cámara de Diputados, op. cit., p. 98.

⁷⁶ Benavente, op. cit.

nal, como dicen, guagua que no llora, no mama. La lucha ha valido la pena, pero aún queda mucho más”.⁷⁷

Se trata de un hecho constatado por el Relator de la ONU para los derechos indígenas, en su informe sobre Chile (2003), así como por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su informe sobre estos derechos en Chile (2004), y por muchos otros órganos internacionales, los que recomiendan al Estado abandonar el uso de legislación de excepción para abordar las demandas de tierras de los mapuche. Las ocupaciones de fundos protagonizadas por comunidades mapuche que reivindican sus derechos territoriales deben ser tratadas desde un paradigma de interculturalidad, que reconozca la vigencia de sistemas de propiedad distintos, cuyas superposiciones deben resolverse desde la base que para ello presta el derecho internacional de los derechos humanos. El Relator Anaya observa que, si hubiese existido un mecanismo eficiente para la reivindicación de los derechos sobre tierras ancestrales, los miembros de las comunidades mapuche no habrían tenido que recurrir a la protesta social.

3.4. Mercantilización de la demanda de tierras

Otro problema grave de la política pública de tierras llevada a cabo por la CONADI se relaciona con la creciente mercantilización del proceso de restitución de tierras a indígenas, sobre todo del pueblo mapuche. El presupuesto destinado por el Estado a la compra de tierra ha crecido sostenidamente en el tiempo, mientras que la cantidad de tierra comprada no ha aumentado. Ello se explica porque el valor de las tierras adquiridas por el Estado mediante los mecanismos que contempla la Ley Indígena ha aumentado significativamente desde que se comenzó con este proceso en 1994. Una publicación del Centro de Estudios Libertad y Desarrollo, de 2010, estimó que en las zonas de conflicto que involucran al pueblo mapuche en el período considerado entre 1994 y 2009, los precios aumentaron en un 826%, lo que no corresponde con el alza general de precios en zonas no reivindicadas.⁷⁸ El incremento en los últimos años en los precios de los predios adquiridos a través de este mecanismo hace necesario revisar la estrategia hasta ahora desarrollada por CONADI, a objeto de asegurar que esta sirva para la finalidad para la cual se estableció: dotar de tierras a comunidades o familias indígenas, no beneficiar a particulares inescrupulosos con recursos del Estado. El carácter exclusivamente mercantil del instrumento ha distorsionado las condiciones en la región, dando paso a la especulación y la consiguiente alza de los precios.⁷⁹

⁷⁷ Queipul, op. cit.

⁷⁸ Libertad y Desarrollo, *Temas Públicos* 977, 6 de agosto de 2010.

⁷⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fun-

El Estado ha pagado altos valores especulativos a los propietarios legales de tierras en conflicto (muchas veces usurpadas a las propias comunidades mediante métodos fraudulentos), en vez de preferir otros métodos como la expropiación por causa de utilidad pública o interés nacional.

Esta fue una de las propuestas de la ya mencionada Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato en 2003. Su informe final señala: “Respecto a los mecanismos de restitución de tierras mapuche que actualmente se encuentran en el patrimonio de particulares, la Comisión recomienda que se favorezca la conciliación y, por tanto, se promuevan acuerdos transaccionales entre los interesados. Sin embargo, no habiendo tal acuerdo, es opinión de la Comisión que debe procederse a la expropiación de las tierras correspondientes, para lo cual, una vez concluido el trabajo de la Corporación, deberá redactarse una ley expropiatoria que establezca la expropiación de qué predios –conforme a las averiguaciones de la Corporación– serán consideradas de utilidad pública o de interés nacional”.⁸⁰

La Constitución Política de Chile contempla dichos mecanismos, que permitirían solucionar los graves problemas actuales de escasez de tierras, especulación y sobreprecio. Sin embargo, se aprecia en la opinión pública y por parte del Estado una suerte de veto a la sola mención de la palabra expropiación y una negativa a priori a considerar este mecanismo. Así, si bien el intendente Huenchumilla reconoce que hay que evaluar mecanismos nuevos para lograr la restitución de las tierras ancestrales, y que la CONADI opera con “un traje que le quedó chico para resolver los conflictos actuales”, señala que la expropiación “está vedada, un tema tabú, un tema políticamente incorrecto, pero además sería un error porque generaría más problemas de lo que ya hay”.⁸¹

3.5. Desarrollo productivo

A los problemas antes aludidos se unen las deficiencias de las tierras adquiridas por CONADI para asegurar el desarrollo productivo de las comunidades y personas mapuche beneficiarias, y la ausencia de programas de apoyo al desarrollo productivo en las tierras adquiridas, trasferidas o regularizadas, sobre todo durante los años noventa.⁸²

Durante la primera década de funcionamiento del FTAI, la adquisición y transferencia de tierras indígenas no estuvieron acompañadas

damentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2003/56 de la Comisión, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003, párrs. 20 y 30.

⁸⁰ Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, op. cit., p. 647.

⁸¹ Huenchumilla, op. cit.

⁸² Universidad de Chile, Departamento de Ingeniería Industrial, “Evaluación en profundidad del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas de CONADI”, 2001, inédito.

de programas de desarrollo productivo que permitieran mejorar la sostenibilidad económica de las familias beneficiarias. En 2001, se impulsó el programa Orígenes con recursos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y del Estado de Chile. Uno de los objetivos principales de ese programa fue el apoyo al desarrollo productivo de los pueblos indígenas. De acuerdo a los antecedentes oficiales, entre 2001 y 2006 dicho programa funcionó en 44 comunas con alta densidad de población indígena, beneficiando a un total de 22.609 familias rurales.⁸³ La segunda etapa, iniciada en 2007 y finalizada en 2011, tuvo como objetivo beneficiar a 34.000 familias con un presupuesto total aproximado de 80.000 millones de pesos. La mayor parte de dicho presupuesto fue destinada a la compra de insumos, sin que exista evaluación de su impacto real en beneficio de las familias beneficiadas. El programa Orígenes fue fuertemente cuestionado como instrumento para promover la autogestión y autonomía indígena en materia económica, debido a la “escasa participación de las comunidades indígenas en su proceso de elaboración; la politización partidaria de la institución, el privilegio de las comunidades legales por sobre las organizaciones tradicionales indígenas o las organizaciones territoriales como beneficiarias y la demora en la ejecución de los planes de trabajo acordados con las comunidades participantes”.⁸⁴

3.6. Demanda por recursos naturales en tierras indígenas

A lo anterior se agrega la demanda, aún vigente, por los derechos sobre los recursos naturales “renovables, no renovables, del suelo y del subsuelo”.⁸⁵ Si bien no es el foco de este capítulo, vale la pena mencionarlo por ser una de las demandas más frecuentes y centro de muchos conflictos. Se exige que se reconozcan a los pueblos indígenas derechos sobre las aguas, los que no pueden separarse de las tierras y su utilización; explotación, y administración exclusiva de los recursos del suelo y del subsuelo; así como sobre los recursos lacustres, fluviales y marítimos colindantes con los pueblos indígenas.⁸⁶ Con excepción de los derechos de agua de las comunidades andinas del norte del país, las restantes demandas no han sido reconocidas en la Ley Indígena. Tales derechos siguen siendo regidos por legislación sectorial que no es respetuosa de los derechos de los pueblos indígenas ni de lo establecido en el Convenio 169.

Las tierras traspasadas o adquiridas por CONADI mediante la Ley 19.253 no han asegurado la protección y control indígena sobre el

⁸³ Aylwin y otros, op. cit., pp.305-306.

⁸⁴ *Íd.*

⁸⁵ Comisión Técnica de Pueblos Indígenas, 1991.

⁸⁶ Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas, CEPI, 1991.

territorio. Tampoco se han implementado procedimientos para hacer factible el control de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en tierras y territorios. A ello se suman las insuficiencias de la legislación chilena para asegurar la participación de los pueblos indígenas frente a proyectos de inversión que afectan sus ecosistemas.

4. CASOS ESPECIALES RESPECTO A PUEBLOS INDÍGENAS DISTINTOS AL PUEBLO MAPUCHE

4.1. Pueblos andinos

El título VIII de la Ley 19.253, denominado “Disposiciones particulares”, contiene reglas específicas para cada uno de los pueblos indígenas del país. El párrafo segundo contiene la regulación relativa a los pueblos del norte, que incluye a las comunidades aymara (ubicadas en las regiones de Arica-Parinacota y Tarapacá), atacameña (Región de Antofagasta), quechua y colla. La Ley 20.117 de 2006 hace extensivas estas normas a los diaguitas, siendo reconocidos como etnia.⁸⁷ El artículo 63 de ese párrafo sostiene que “la Corporación, en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades señaladas en este párrafo, deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio: a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas; c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido”. De esta manera, se reconoce el derecho ancestral de las comunidades andinas sobre sus tierras de propiedad individual, comunitaria y patrimonial, régimen que no considera a los demás pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 65 establece: “La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados de las etnias aimara y atacameña”.

En 1998, la CONADI y el Ministerio de Bienes Nacionales realizaron un catastro de los predios de ocupación ancestral de las comunidades atacameña y quechua, incluyendo aquellos de propiedad fiscal, muchos de los cuales son hoy áreas protegidas. Dicho catastro arrojó una superficie de 2,4 millones de hectáreas de ocupación indígena, cuya propiedad debía ser reconocida y traspasada a aquellas comunidades.

⁸⁷ Aylwin y otros, op. cit, p.170.

Sin embargo, se establecieron criterios que restringieron el acceso a sus tierras, considerando finalmente 905 hectáreas como tierras ocupadas, ya que se asimiló este concepto al de tierras de uso productivo. Luego, estas hectáreas fueron fragmentadas en 505 sitios, de los cuales solo 214 pasaron a pertenecer a comunidades. En 1999, se estableció que solo se otorgaría un sitio por comunidad, quedando así solo 14, con una superficie de 256.398 hectáreas. Como consecuencia de esto, en 2010, a las comunidades atacameñas y quechua se les entregó un total de 337.297 hectáreas, equivalente al 14% de los territorios ocupados.⁸⁸ Pero este impulso del Ministerio de Bienes Nacionales para la demarcación, escrituración e inscripción de las propiedades atacameñas durante el primer gobierno de la Concertación se vio frustrado cuando entró en conflicto con otros proyectos de desarrollo –en particular, de la gran minería–, que competían por el acceso y control sobre las aguas, tierras y minerales existentes en los territorios indígenas. De este modo, en los últimos años, especialmente en el período comprendido entre 2010 y 2013, la política del Ministerio de Bienes Nacionales se orientó a avanzar en la licitación pública de los inmuebles fiscales, quedando en desprotección las comunidades y personas indígenas que ocupan y/o demandan los espacios territoriales cuyo propietario es el fisco. Recientemente, el ministro de Bienes Nacionales, Víctor Osorio, ha expresado que se han reanudado los trámites para regularizar la posesión indígena en tierra fiscal, tanto respecto de los pueblos andinos como de los restantes.⁸⁹

4.2. El pueblo rapanui

Isla de Pascua o Rapa Nui abarca una superficie de 16.600 hectáreas, de las cuales unas 2.266 ha se encuentran en uso o tenencia por parte de rapanui, situación originada principalmente en títulos provisorios otorgados por la Armada de Chile durante su administración (1917-1965) y en actas de radicación del Ministerio de Bienes Nacionales, a partir de 1966. Cabe destacar que esta situación se originó en 1933, cuando el Estado de Chile inscribió la propiedad de las tierras de Rapa Nui a nombre del fisco, fundado en lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil (tierras que no tienen dueño), sin que los rapanui pudieran ejercer nunca su derecho a oposición.

La distribución de la tierra en Isla de Pascua está configurada de la siguiente manera: del total de la superficie de la isla, el 13,61% en manos de miembros del pueblo rapanui bajo la forma de títulos de dominio, más del 70% (Parque Nacional Rapa Nui y Fundo Vaitea) bajo

⁸⁸ *Ibid.*, p.303.

⁸⁹ www.bienesnacionales.cl: “Ministro de Bienes Nacionales: ‘Procuramos una respuesta a la demanda histórica de los pueblos indígenas’”, 24 de junio de 2014.

administración fiscal y el 13,59% en posesión o tenencia de naturales rapanui sin título otorgado por el Estado. De la cifra total de títulos, el 9% se ha entregado durante el período 1990-2005, lo que incluye la denominada primera etapa de restitución de tierras agrícolas a la etnia rapanui: 252 títulos de dominio individuales en zonas rurales, otorgados en el proceso de parcelación 1998-2000. El programa solo se cumplió en su primera etapa; a ello se debe que solo el 13% de la Isla esté en manos de los rapanui.

A finales de la década del sesenta, para el establecimiento de los nuevos servicios públicos chilenos, algunos rapanui entregaron, pres-taron o donaron, bajo promesa de futuras compensaciones, terrenos que les habían sido asignados mediante títulos provisorios por la Armada o basados en derechos ancestrales, en el poblado de Hanga Roa. Así se construyó el centro cívico, las oficinas y viviendas para los funcionarios y el Museo Antropológico, entre muchos otros edificios públicos. Cabe consignar que estas asignaciones de la Armada, mediante títulos provisorios, no fueron más que una escrituración (en su mayoría defectuosa y poco prolija) de los territorios que las familias rapanui ya ocupaban en Hanga Roa.

Estos son los hechos fundantes de los conflictos territoriales actuales, en particular, de la toma de terrenos de 2010 y el violento desalojo realizado por fuerzas especiales de Carabineros a principios de 2011.⁹⁰ Los descendientes de quienes participaron en aquellas cesiones de terrenos urbanos solicitan que se les compense por esos traspasos. Algunos casos han sido resueltos; la mayoría aún espera solución por parte del gobierno.⁹¹

El 26 de enero de 2014, el Ministerio de Bienes Nacionales realizó en Rapa Nui una consulta en base al Convenio 169, sobre la posibilidad de restituir al pueblo rapanui parte del fundo Vaitea, hoy administrado por SASIPA Ltda. (Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua), empresa filial de CORFO que maneja todos las prestaciones de servicios básicos en la isla. El informe sobre la consulta publicado por el Ministerio de Bienes Nacionales con fecha 10 de marzo de 2014 contiene los siguientes resultados: una mayoría superior al 84% de

90 IWGIA, Observatorio Ciudadano, “Los derechos del pueblo rapanui en Isla de Pascua: Informe de Misión Internacional”, 2012.

91 Paradigmático es el caso del hotel Hanga Roa, el único territorio de Rapa Nui que pertenece a particulares y que es reivindicado por el clan rapanui Hitorangui. En efecto, los terrenos en los que se encuentra emplazado el lujoso hotel, hasta 1970, pertenecían a la familia Hito. En esa fecha, la matriarca del clan lo cedió al fisco por 20 años a cambio de una casa. Posteriormente, el terreno fue traspasado a la CORFO, que en 1981 –en plena dictadura– lo vendió al chileno Hugo Salas por \$31 millones, situación que contravenía flagrantemente la Ley Pascua de 1966 y el Decreto 2882 de 1979, que impedían las ventas de terrenos. Posteriormente, en 1996, la familia Schiess compró la sociedad inmobiliaria dueña del terreno y las instalaciones. La familia Hitorangui reivindicó ese territorio en 2010, manteniendo ocupado el hotel por largos meses, siendo desalojados dos veces violentamente por Carabineros. Hasta hoy se encuentran litigando en tribunales para que se reconozcan sus derechos territoriales ancestrales sobre ese lugar.

los participantes del proceso de consulta expresó su opinión favorable respecto a la continuidad de los planes de restitución de tierras en favor del pueblo rapanui. La pregunta 1⁹² de la consulta era sumamente capciosa, puesto que un no por respuesta podía ser interpretado como que los rapanui se negaban a la entrega de tierras, no existiendo una alternativa distinta a los “planes de restitución de tierras” del Ministerio de Bienes Nacionales. Por 207 votos contra 159 a favor, se rechazó la entrega de 1.051 hectáreas fiscales a 262 familias isleñas. Según el informe de Bienes Nacionales, las razones del rechazo son la urgente necesidad de tierras habitacionales en el sector urbano y no de tierras agrícolas, el resguardo del patrimonio arqueológico, la posibilidad de entregar territorio en otro sector de la isla y la ineficacia de entregas de tierra mediante títulos de dominio en propiedad individual.

El tema de la propiedad del territorio de Isla de Pascua no se puede agotar con una consulta, sino que es necesario que se genere un acuerdo amplio, a partir de una decisión de los propios rapanui respecto del destino de los territorios de la isla y la manera en que debe ser administrada. Los terrenos son escasos, de mucho valor arqueológico, y es necesario estudiar si la continua entrega de títulos individuales de dominio a perpetuidad es la mejor decisión o si se requieren otros mecanismos más acordes con las prácticas locales. A nuestro juicio, un primer paso sería un reconocimiento legal por parte del Estado de Chile de que los rapanui detentan la soberanía de la isla y que la isla en su totalidad les pertenece de manera colectiva, debiendo ellos determinar la mejor forma de administrar los territorios.

5. CONCLUSIONES

Como se ha señalado en este capítulo, el Estado chileno ha desarrollado una legislación y política pública destinada a la entrega de tierras a los pueblos indígenas que habitan en el territorio chileno basadas fundamentalmente en la compra de tierras y en el traspaso de tierras fiscales. La protección de los derechos de propiedad sobre tierras, territorios y recursos naturales de ocupación tradicional que hoy brinda el derecho internacional, no solo impone a los Estados el deber de identificar, demarcar y titular dichas tierras, territorios y recursos en su favor, teniendo presente para ello sus formas de tenencia comunal, como se ha argumentado; también constituye una oportunidad para revertir los procesos de desposeimiento de los que fueron víctimas en el pasado. Ello con el objeto de garantizar a estos pueblos su sobrevivencia material y cultural, así como la vida digna de sus integrantes

92 Pregunta 1: “¿Está de acuerdo con que el Ministerio de Bienes Nacionales continúe ejecutando Planes de Restitución de Tierras en favor del pueblo Rapa Nui?”.

en el futuro. La acción estatal en este sentido debe buscar, además, reparar las injusticias históricas cometidas para con estos pueblos, y garantizar una convivencia más armónica entre todos los pueblos que conforman nuestro continente.

Lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y en la sociedad chilenos. Las deficiencias de la legislación y la política pública, fundamentalmente en la operación del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI, y la demora en la titulación de las tierras fiscales, son reflejo de una política pública expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas.

Se trata de una política pública reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, carente de un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas.

La sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios, no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. Mientras ello no cambie, lamentablemente, se mantendrá la situación de desprotección de derechos indígenas que ha sido característica de los últimos años en Chile y es muy posible que prosiga la situación de conflicto entre estas comunidades y el Estado.

En definitiva, el Estado Chileno debe propender a una política pública de restitución territorial, que considere no solo la entrega de tierras sino la devolución de territorios, entendiendo que para los pueblos indígenas sus derechos humanos están basados en la protección de su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra en la que habitan ancestralmente.

6. RECOMENDACIONES

1. Generar un proceso participativo, respetando las obligaciones bajo el Convenio 169 e impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios y generar políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales.
2. Incrementar el presupuesto destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar efectivamente la restitución a los

pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados.

3. Adecuar su política pública en materia de tierras indígenas de modo de permitir la restitución a estos pueblos de las tierras de ocupación ancestral de manera compatible con el Convenio 169.
4. Evaluar la práctica de las relocalizaciones de comunidades indígenas, especialmente en el caso del pueblo mapuche, por los efectos que ha tenido en la fragmentación de dichas comunidades.
5. Considerar la utilización de nuevos mecanismos, como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado para hacer restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.
6. Proceder con la mayor celeridad posible y con el acuerdo de los pueblos andinos y rapanui a la restitución de sus territorios que actualmente son tierras fiscales.

**DILIGENCIA DEBIDA:
PROYECTOS DE INVERSIÓN,
PROPIEDAD SOBRE
LOS RECURSOS
NATURALES Y
CONSULTA LIBRE,
PREVIA E INFORMADA
A LOS PUEBLOS Y
COMUNIDADES INDÍGENAS
CONCERNIDOS¹**

¹ Autores: Alonso Barros y Judith Schönsteiner. Agradecemos el apoyo y excelente trabajo de los ayudantes Nicolás Álvarez (egresado de derecho, UDP), Carlos Criollo y Constanza Muñoz (estudiantes de pregrado, UDP). Alonso Barros agradece además las observaciones y citas formuladas por los doctores Laura y Ryan Seelau a trabajos anteriores.

SÍNTESIS

El capítulo analizará, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, Convenio 169) y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, DNUDPI) y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la consulta previa libre e informada en relación a proyectos de inversión mineros en Chile.

Primero, se revisará el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) (en adelante, DS 40), así como en el proceso de la “mesa de consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la consulta previa, libre e informada (en adelante, CPLI) en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN. Segundo, se evaluará en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia.

Tercero, se analizarán algunos proyectos de inversión mineros y su impacto en los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas susceptibles de ser afectados por su autorización, especialmente con respecto al derecho al agua y a la tierra. En este contexto, se tienen en vista las obligaciones del Estado y las responsabilidades de las empresas en el diálogo con los indígenas. Para estos efectos, se aplicarán criterios comunes para todos los proyectos, derivados del Convenio 169 y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI). Especial atención recibirá el marco regulatorio de concesiones y transferencias a terceros de recursos naturales en territorios indígenas, en relación con el deber estatal de consultar cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos concer-

nidos.² También profundizaremos en el rol del Estado como garante de derechos en la negociación entre comunidades y empresas.

PALABRAS CLAVE: Consulta libre previa e informada, Debida diligencia, Empresas y derechos humanos, Negociación

² Víctor Toledo recomienda el uso en castellano de la noción “pueblos concernidos” y no de “pueblos interesados”, como se traduce usualmente, ya que el original es “peoples concerned”- “peuples concernés”. En este texto se preferirá la traducción literal y exacta.

INTRODUCCIÓN

La prensa especializada en Chile señala incansablemente que hay decenas de miles de millones de dólares de inversión detenidos debido a la “excesiva judicialización” de los proyectos de inversión³ por parte de comunidades y pueblos indígenas que se sienten afectados por los mismos, así como por movimientos ecológico-políticos. La opinión pública dominante responsabiliza al Estado por la situación: en efecto, un número considerable de proyectos de inversión fue rechazado o postergado en el período cubierto por este *Informe* por no haber cumplido el Estado con la CPLI estipulada en el Convenio 169.

El Estado de Chile debe ser garante de los derechos humanos universales consagrados en los tratados internacionales que ha ratificado y de los derechos de los pueblos indígenas en particular. También tiene una deuda especial e histórica en materia de derechos indígenas, en relación con su reconocimiento constitucional y sus derechos territoriales, a la cultura y a la autodeterminación.⁴ Este capítulo explorará hasta qué punto el Estado chileno ha cumplido con su rol garante a través de los nuevos reglamentos de consulta que ha dictado, en materia de regulación sectorial de minería,⁵ y en el contexto de relaciones cada vez más intensas entre las comunidades indígenas del norte de Chile y las empresas mineras que invierten en sus territorios.⁶ Para estos efectos, evaluaremos tanto el proceso que resultó en la dictación de los dos reglamentos de consulta previa aplicables en Chile— el DS 40 y el

3 El Pulso: “‘Lomos de toro’ han frenado US\$70.000 millones en inversiones”, 12 de mayo de 2014.

4 Véase, especialmente, Informes 2012 y 2011. También, INDH, *Informes anuales de la situación de derechos humanos en Chile*, 2013-2011; Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, Informe final, 2003.

5 No nos referiremos aquí a la discusión sobre si la consulta debiera ser regulada por una ley. Ver Jaime Anaya, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 1 de julio de 2013, Documento A/HRC/24/41, párr. 44. Véase, además, INDH, *Informe misión de observación Mesa de Consenso Indígena*, agosto de 2013.

6 Sobre el caso de San Pedro de Atacama, y la antigua y característica tensión entre linajes, transporte, minería y pueblos indígenas en la zona, ver Alonso Barros, “Desarrollo y Pachamama: Paisajes conflictivos en el desierto de Atacama”, *Estudios Atacameños*, 13, 1998, pp. 75-94.

Reglamento General de Consulta Indígena (en adelante, DS 66), como el contenido de estos, y si son consistentes con el derecho internacional de los derechos humanos.

Como ejemplos de la relación entre comunidad y empresas, seleccionamos dos pueblos y comunidades indígenas para ilustrar la variedad de situaciones que se producen ante la falta o deficiencias de la CPLI: en la IV Región, el caso de la Comunidad Colla del Río Jorquera; y, en la Región de Antofagasta, el caso de Peine y el Consejo de Pueblos Atacameños (Área de Desarrollo Indígena (en adelante, ADI) Atacama la Grande), ambos en relación con el impacto de la industria extractiva.

Se analizarán estos casos a la luz de: 1) el deber del Estado de consultar las medidas administrativas y legislativas “susceptibles de afectar directamente” a las comunidades; y 2) la responsabilidad internacional de las empresas de actuar con la debida diligencia en materia de derechos humanos, en diálogo y relación con las comunidades.

1. NORMAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES

Uno de los principales derechos humanos afectados por proyectos de inversión y medidas estatales es el de la propiedad territorial indígena (comunitaria y mancomunitaria), consagrado, por ejemplo, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incluye el derecho al agua reconocido por una Declaración de la Asamblea General de la ONU⁷ y derechos sustantivos consagrados en el Convenio 169.⁸ Para la efectiva protección de estos derechos, el Estado asumió la obligación de efectuar un proceso de CPLI con los pueblos indígenas cada vez que prevea adoptar cualquier medida que sea “susceptible de afectar directamente” a los pueblos concernidos (artículos 6 y 7 del Convenio 169, confirmado en la DNUDPI).⁹ Estos derechos se fundan conceptualmente en la libre determinación de los pueblos, que, en los pueblos indígenas, no suele implicar pretensiones de soberanía estatal. Más bien, se trata de definir las prioridades de desarrollo y las medidas a tomar en los territorios, sin que ello ponga en entredicho la soberanía del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra el pueblo concernido. De este modo, que la CPLI sea efectivamente vinculante en casos de protección ambiental,¹⁰ desplazamiento forzo-

⁷ Ver una interpretación autoritativa de su legitimidad y valor jurídico en: Anaya, *Informe a la Asamblea General de la ONU*, 21 de octubre de 2013, A/68/317, párrs. 57-67.

⁸ Para los pueblos del norte de Chile (no así del sur), la Ley Indígena chilena reconoce ese derecho en su art. 64. Varios fallos de la Corte Suprema avalan el derecho preexistente al agua (fallos *Chusmiza Usmagama* y *Toconce ESSAN*). Un fallo reciente reconoce también el derecho indígena preexistente a la tierra (Corte Suprema, Casación en el Fondo, *DGA contra CODELCO* (en favor de Toconce), 2013).

⁹ Ver *Informes* 2012 y 2011.

¹⁰ OIT, Convenio 169, art. 4.2.

so,¹¹ riesgo de supervivencia física o cultural de un pueblo¹² o depósito de desechos peligrosos en un territorio,¹³ no pone en tela de juicio la soberanía del país. En el norte de Chile, los pueblos y comunidades concernidos son dueños de territorios, contando algunos con títulos inscritos en el registro público de propiedad según la ley chilena. Entre las prerrogativas de todo propietario está la de permitir o negar el acceso o el uso de suelo privado.¹⁴ No obstante, según el derecho chileno, el Estado es dueño del subsuelo.

1.1. Normas aplicables a los Estados

El artículo 6 del Convenio 169 establece que, cada vez que se prevea dictar una medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena, el Estado debe efectuar una CPLI con el pueblo concernido. Según las fuentes internacionales –que comprenden los tratados antes citados, y la interpretación auténtica y autoritativa que han proporcionado expertos y tribunales internacionales instaurados por la ONU, la OEA y la OIT–, el derecho a CPLI implica que el Estado actúe con debida diligencia y buena fe en todas sus gestiones al respecto, esto es, con miras a proteger la libre determinación y la propiedad territorial de los pueblos concernidos, entre otros derechos humanos fundamentales.¹⁵

Específicamente, el artículo 15 del Convenio 169 establece que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados (...) antes de emprender o

¹¹ Véase también, Anaya, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 84.

¹² Corte IDH, *Pueblo Saramaka contra Surinam*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 85.

¹³ ONU, Declaración sobre los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, art. 29.2.

¹⁴ Sin perjuicio de la clásica facultad que asiste en general a toda persona para examinar y abrir la tierra con el objeto de buscar sustancias minerales, incluso en terreno ajeno, por ejemplo, cuando la tierra es abierta e inculta (ver José Luis Ossa, *Derecho de minería*, Editorial Jurídica, 1999, p. 57 y ss.), lo que no se ha contrastado judicialmente con la propiedad indígena.

¹⁵ En este sentido, Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit.; ver también Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 2014*, Chile, 4 de junio de 2009, A/HRC/12/10, párr. 66; ibíd., *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 2014*, Chile, 2 de abril de 2014, A/HRC/26/5, párr. 121.169 y ss.; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), CERD/C/CHL/CO/19-21, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones* (12-30 del agosto de 2013), 30 de agosto de 2013, párr. 14b.

autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. A diferencia de la CPLI establecida en el artículo 6 y de la participación establecida en el artículo 7, el artículo 15 no contempla un requisito de “susceptibilidad de afectación directa” o de daño u otro efecto negativo.

Conforme al derecho internacional, no es siquiera necesario que las tierras indígenas estén reconocidas oficialmente para ser consideradas como tales a efectos de aplicar el deber de CPLI.¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) reiteró en el caso Saramaka que la Convención Americana de Derechos Humanos protege a los territorios ocupados por los pueblos indígenas y establece la obligación estatal de consultar acerca de la delimitación, demarcación y titulación de estos. La Corte IDH también examinó las protecciones cuando dichos derechos de propiedad pueden ser restringidos por el otorgamiento de concesiones forestales y de minería. Específicamente, identificó tres protecciones en su artículo 21 que rigen cuando se realiza un proyecto de desarrollo o se otorga una concesión dentro de territorio indígena:¹⁷

- primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [indígena], de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio;
- segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo [indígena] beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y
- tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [indígena] a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.

Cuando un territorio tradicional carece de título inscrito y no se reconoce *de jure* el título ancestral en una jurisdicción nacional, aplica, en todos los casos, el consentimiento previo, libre e informado.¹⁸ El

¹⁶ Ver, por ejemplo, OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil de la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF) Documento GB.304/14/7, párr. 45 y párr. 48; OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), Documento GB.299/6/1

¹⁷ Corte IDH, op. cit., párr. 129.

¹⁸ *Íd.*

Convenio 169 establece además que la información de la que deben disponer las comunidades antes y durante el proceso de consulta es esencial para que puedan pronunciarse fundadamente, y participar en igualdad de condiciones.¹⁹

Con relación al carácter previo, los plazos y la temporalidad de la consulta, específicamente para proyectos de minería, se colige que esta debe ser continua –a lo largo de cada una de las fases del ciclo minero–²⁰ y realizada con anterioridad a la intervención en el territorio. En cuanto a los plazos²¹ para realizar la consulta, “deben respetarse [los] propios ritmos temporales” de los pueblos concernidos.²²

1.1.1. La buena fe

Incluso en los órganos internacionales se ha debatido poco sobre el concepto de “buena fe” que regula la consulta. Cabe recordar que se ha cuestionado ante los tribunales de justicia la buena fe del gobierno en el proceso de consulta de los DS 40 y DS 66. Según el Relator Especial James Anaya, “el principio de buena fe (...) impone conductas de diligencia debida a los órganos del Estado para identificar cuando una medida que se propone adoptar pueda afectar a los pueblos indígenas, y para proporcionar la información necesaria y asistencia técnica de modo proactivo. El reglamento de consulta debe incorporar tales directrices de transparencia activa y diligencia debida. Asimismo, el reglamento de consulta debe contemplar medidas de garantía de cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el proceso de consulta”.²³

Anaya ha hecho hincapié en que, respecto a la consulta, al Estado le corresponde “desplegar esfuerzos para la instauración de un clima de confianza en relación con los pueblos indígenas”.²⁴ Considera, asimismo, que la buena fe también requiere que los pueblos indígenas puedan participar en pie de igualdad en los diálogos y negociaciones sobre medidas administrativas o legislativas. Para ello es necesario que los procesos de

¹⁹ OIT, Convenio 169, op. cit. Especialmente los primeros siete arts., incluyendo el 7.3.

²⁰ Sobre el ciclo minero, véase multimedia sobre el ciclo minero en CIPER Chile, “El itinerario paso a paso del proceso minero a través de los distintos mecanismos del Estado”, sin fecha, sección multimedia. Véase también, por ejemplo, OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Argentina del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Unión de Trabajadores de la Educación de Río Negro (Un.T.E.R.), gremio de base de la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (C.T.E.R.A.), Documento GB.303/19/7, párr. 31.

²¹ OIT, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Documento GB.282/14/3, párr. 79.

²² Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 69.

²³ Anaya, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”*, Chile, noviembre de 2012, párr. 64.

²⁴ *Ibid.*, párr. 65.

consulta incluyan mecanismos estatales para que, sin comprometer su autonomía, los pueblos indígenas puedan contar con los recursos necesarios para asistir a reuniones, acceder a, y compartir, información relacionada a los procesos²⁵ y disponer de apoyos técnicos o profesionales libremente elegidos.²⁶ Ello implica que los pueblos indígenas estén de acuerdo con los procedimientos de consulta que se utilizarán.²⁷

1.1.2. Susceptibilidad de afectación directa y medio ambiente

La “susceptibilidad” de afectación directa apunta al principio de prevención ambiental, esto es, a la necesidad de realizar un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) de manera precautoria. En efecto, no se requiere una afectación profunda o significativa, sino que basta con que esta sea directa (por ejemplo, cavar sin permiso en tierras indígenas). Es suficiente la mera “susceptibilidad” de afectación directa para que, de acuerdo a la ley, necesariamente deba producirse CPLI. En lo que concierne a medidas de protección al medio ambiente, la consulta del Convenio 169 es particularmente exigente. El artículo 4 de ese mismo instrumento establece: “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados; [...] Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”.

Si a lo anterior se suman los artículos 4.2, 7.4, 13.1 y 15.1 del Convenio 169, resulta claro que el Estado tiene el deber especial de respetar y hacer respetar la relación que los pueblos indígenas mantienen con su hábitat y, por lo tanto, con el medio ambiente donde viven. La Corte Suprema ha señalado que diversos tratados internacionales ratificados, especialmente la Convención de Río de 1992, “reconoce[n] la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos”.²⁸ Por eso, el deber de realizar CPLI a los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por una resolución de calificación ambiental, ha sido ratificado en diversos fallos de la Corte Suprema, recaídos incluso sobre meras Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA).²⁹

²⁵ OIT, *Informe Guatemala*, op. cit., párr. 49.

²⁶ Anaya, *Comentarios del Relator Especial*, op. cit., párr. 66.

²⁷ OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párrs. 42 y 72.

²⁸ Corte Suprema, *Machi Francisca Linconao contra Forestal Palermo*, 2009, considerando 6. Ver también Juan Jorge Faúndes, “Primera sentencia que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile. Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comprende el concepto de territorio, hábitat y protección de la cultura de los pueblos indígenas”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 1, 1, 2010, pp. 97-113.

²⁹ *Faumelis Manquepillan contra Comisión Medio Ambiente*, 4 de enero de 2011 (Caso Lanco); *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama); *Comunidad Indígena AntuLafquén de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Am-*

La jurisprudencia de la OIT es clara respecto a que cualquier decisión de un órgano del Estado emitida para permitir algún tipo de inversión o actividad dentro de un territorio indígena se considera una “medida administrativa” y está sujeta a la norma de consulta. Así, los comités revisores han concluido que la norma de consulta se aplica a un “contrato” para la explotación de recursos,³⁰ a una “licencia ambiental” para exploración de recursos,³¹ a una “licencia de exploración” de recursos³² y a una “resolución” para concesiones forestales.³³ Además, en publicaciones oficiales interpretando el derecho de consulta, la OIT ha indicado que la frase “medidas administrativas” incluye “decretos” y otras “disposiciones administrativas”.³⁴ La conclusión de que los decretos de concesión constituyen “medidas administrativas” es consistente además con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile.³⁵

1.1.3. Representación y consentimiento

El principio básico del derecho internacional sobre representatividad requiere que las instituciones representativas sean definidas y establecidas por los mismos pueblos indígenas.³⁶ Anaya destaca que el proceso debe llevarse adelante con una “amplia” representación de los pueblos y comunidades. Aunque ello no está prohibido de manera explícita por el Convenio, los representantes sin respaldo en las comunidades (ya sean rurales o urbanas) difícilmente podrán cumplir con el criterio de representatividad. Existe un sistema formal de acreditación indígena en Chile, al amparo de la Ley Indígena de 1993, que contiene reglas muy claras de reconocimiento, personería y re-

biente Región Los Lagos, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé); *Marcelo Condore y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta).

30 OIT, *Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), Documento GB.282/14/2 (en adelante Informe Ecuador).

31 *Íd.*

32 OIT, *Informe Guatemala* op. cit.; OIT, *Informe Brasil*, op. cit., párr. 50.

33 OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por la Central Obrera de Boliviana (COB), Documento GB.274/16/7 (en adelante Informe Bolivia).

34 OIT, *Convenio Número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un manual*. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 2003, p. 15.

35 Sentencias Corte Suprema, *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama), *Marcelo Condore y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta), 2011; *Comunidad Indígena AntuLafquén de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Los Lagos*, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé).

36 OIT, *Informe Ecuador*, op. cit., párr. 44; OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, 1989 (núm. 169), presentada por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT), Documento GB.289/17/3, párr. 102; OIT, *Informe Argentina*, op. cit., párrs. 73-76.

presentación, en el que la “comunidad indígena” es la organización indígena reconocida, teniendo mayor representatividad territorial en el norte de Chile.

Ante la inexistencia, como en el caso mapuche, de una estructura representativa global, formal o informal, o ante liderazgos plurales, cuestionados o paralelos, el Estado tiene la obligación de convocar a todas las organizaciones indígenas al proceso de consulta. Cuando algunos pueblos o comunidades rehúsan participar, el Estado puede prescindir de su acuerdo explícito, siempre que se haya verificado que no han existido presiones o amenazas de por medio para no participar.

El derecho internacional aún no ha resuelto cómo valorar la participación *parcial* de un grupo o pueblo a consultar. Se plantea la duda de si un grupo relativamente pequeño puede aprobar una medida sobre la que otros grupos importantes del mismo pueblo no fueron escuchados o se han rehusado a participar. El criterio mínimo debe ser que en todo caso el Estado cumpla con su rol de garante, como explicaremos en seguida.

Resulta jurídica y políticamente conflictivo qué deben hacer los Estados (y las empresas, por su parte), si los pueblos concernidos por una medida no le dan su consentimiento, cuando, a pesar de haberse hecho todos los esfuerzos de diálogo, consulta y buena fe posibles, no se llega a una acuerdo sobre la implementación de un proyecto. El Estado podría, conforme a la interpretación más autorizada, prescindir del consentimiento indígena. Anaya sostiene al respecto: “los pueblos indígenas afectados podrían estar justificados en abstenerse de dar su consentimiento en relación con una iniciativa propuesta, y dicha iniciativa no debería ponerse en práctica sin el consentimiento de estos, si el Estado no ha demostrado que los derechos de los pueblos indígenas afectados estarán debidamente protegidos en virtud del proyecto propuesto, o si el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas para mitigar los efectos adversos del proyecto propuesto”.³⁷ Como han declarado la OIT y la Corte Suprema,³⁸ a la luz del Convenio 169, las comunidades deben tener “posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del [proyecto], en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”.³⁹

37 Anaya, *Informe del Relator Especial 2011*, op. cit., párr. 86.

38 OIT, *Informe México*, op. cit., párrs. 94-95; Corte Suprema, *Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Antofagasta*, 13 de julio de 2011 (Caso Plan Regulador San Pedro de Atacama), *Marcelo Condore y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente Región Tarapacá*, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta); *Comunidad Indígena AntuLafquén de Huentetique contra Comisión Regional del Medio Ambiente Región Los Lagos*, 22 de marzo de 2012 (Caso Parque Eólico Chiloé).

39 Corte Suprema, *Marcelo Condore y otros contra Comisión Regional del Medio Ambiente Re-*

2. LA “CONSULTA DE LA CONSULTA” EN CHILE

Aunque es imposible dar cuenta de la situación en su diversidad y hacer justicia a las distintas posturas de los 9 pueblos indígenas en Chile y sus integrantes frente al Estado, se puede afirmar que las relaciones entre ambos están marcadas por un clima de desconfianza: la violencia policial en territorios mapuche,⁴⁰ especialmente contra niños, que ha ocasionado cuatro víctimas fatales a manos de la policía; la falta de implementación de las recomendaciones de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato;⁴¹ la ausencia de reconocimiento constitucional “como un primer paso hacia la resolución concertada de sus reclamos”⁴² y de representación política; la discriminación histórica y actual; las dificultades en la regularización o entrega de tierras comprometidas en la Ley Indígena⁴³ (ver el capítulo de Antonia Rivas en este *Informe*); la inexistencia de una política de reparación⁴⁴ y reconocimiento de la guerra de ocupación en la Araucanía a finales del siglo XIX; la falta de respuesta positiva a las demandas del pueblo rapanui; y las fallas institucionales en la protección de territorios y recursos naturales en el norte; han acrecentado la desconfianza de los pueblos indígenas, especialmente del mapuche. Como reconoció el ex asesor de Asuntos Indígenas del gobierno de Chile, Matías Abogabir, este contexto dificultó naturalmente el proceso de “consulta de la consulta”, tal como la desconfianza del Estado de Chile hacia parte de su población –la indígena– significó que la oficina encargada de la consulta de la consulta tuviera que convencer a distintos actores dentro de los Ministerios que el proceso era necesario y oportuno.⁴⁵ El homicidio del matrimonio Luchsinger-MacKay en enero de 2013,⁴⁶ las actividades de la Coordinadora Arauco Malleco en los años noventa y 2000,⁴⁷ y las quemaduras de propiedad de empresas forestales, han generado desconfianza en el Estado y las elites del país hacia los

gión Tarapacá, 30 de marzo de 2012 (Caso Sondajes de Prospección Paguanta). Véase también OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párr. 90.

⁴⁰ Véase *Informes* 2013, 2012 y 2011; INDH, *Informes anuales*, op. cit.; Fundación ANIDE, *Informe sobre violencia institucional hacia la niñez mapuche en Chile*, presentado ante la CIDH, agosto de 2012.

⁴¹ *Informe* 2003.

⁴² CERD, *Observaciones finales* 2013, op. cit., párr. 13; y, CERD, *Observaciones finales*, Chile, CERD/C/CHL/CO/15-18, 13 de agosto de 2009, párr. 16.

⁴³ CERD, *Observaciones finales* 2013, op. cit., párr. 13; CERD, *Observaciones finales* 2009, op. cit., párr. 16.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 24.

⁴⁵ Entrevista a Matías Abogabir, 2 de junio de 2014.

⁴⁶ Corte Suprema, *Ministerio Público con Celestino Córdoba T.*, sentencia del 12 de mayo de 2014.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Fernando Pairicán y Rolando Álvarez, “La nueva Guerra de Arauco: La Coordinadora Arauco Malleco en el Chile de la Concertación de Partidos por la Democracia (1997- 2009)”, *Revista Izquierdas*, 10, 2011, pp. 66-84. No es posible profundizar en el análisis del tema en el espacio de este capítulo.

pueblos indígenas, especialmente del sur. Es parte de este panorama la incomprensión de las elites políticas y económicas de un modelo económico, cultural y social distinto; y su rechazo al concepto de un Estado pluricultural y plurinacional.

2.1. Fracaso de procesos anteriores

La “Consulta de la Consulta” fue un proceso desarrollado por el poder ejecutivo del Estado chileno para cumplir con su deber de consultar a los pueblos indígenas conforme al Convenio 169; en el caso concreto, se buscaba consultar las medidas reglamentarias que el gobierno de esa época consideraba necesarias para implementar y regular el proceso de consulta en general y, especialmente, el del marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA), con las que se pretendía reemplazar el DS 124 de 2009 de MIDEPLAN.

Tras fracasar la Gran Consulta convocada por el gobierno el 5 de septiembre de 2011⁴⁸ –que debía abarcar temas de institucionalidad indígena, reconocimiento constitucional y procesos de consulta previa–,⁴⁹ se tomó la decisión de avanzar separando los tres temas. Así, las sucesivas modificaciones del reglamento sobre el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) fueron consultadas en forma separada (o no lo fueron), en un proceso de participación sui generis que estuvo lejos de cumplir los estándares internacionales. En agosto de 2012, “luego de un proceso de diálogo con diversas organizaciones indígenas”,⁵⁰ el gobierno envió una propuesta para una nueva regulación solicitando comentarios. A partir de ese documento, se generó un proceso de discusión en la sociedad civil y al interior de las comunidades. En un Gran Encuentro de los Pueblos Indígenas, convocado por el gobierno en diciembre de 2012 (apoyado logísticamente por este y en aspectos técnicos por Naciones Unidas), se recibieron también los comentarios del Relator Especial.⁵¹ Tras fracasar el Gran Encuentro de, críticos en parte, Pueblos Indígenas y tras retirarse del proceso un gran número de consejeros y personeros de pueblos y comunidades indígenas, un grupo de estos de distintos orígenes se organizó en la Coordinadora Nacional Indígena, liderada por el consejero mapuche urbano de la CO-NADI, Marcial Colín. Dicha organización decidió participar, reuniendo a personas de casi todos de los pueblos originarios de Chile, en la Mesa de Consenso levantada tras el fracaso del Gran Encuentro.

48 Radio Universidad de Chile: “Vocero mapuche valora la suspensión de la ‘Gran Consulta Indígena’”, 5 de septiembre de 2011.

49 Ministerio de Desarrollo Social, *Informe final, “Consulta Indígena. Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”*, 29 de octubre de 2013.

50 Ministerio de Desarrollo Social, *Informe de trabajo, “Consulta Indígena. Nueva Normativa de Consulta de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT”*, 6 de agosto de 2013.

51 INDH, *Informe intermedio de observación a la Mesa de Consenso*, 17 de abril de 2013, p. 5.

2.2. Descripción de procesos y resultados de la Mesa de Consenso

Los procedimientos oficiales de la Mesa de Consenso se iniciaron el 12 de marzo de 2013 y terminaron el 29 de julio de 2013. Consistió de 9 sesiones, de tres días cada una. El informe final del gobierno sobre el proceso indica que, “al concluir su trabajo, los representantes de los pueblos indígenas y el gobierno firmaron un protocolo en el que se señala que hay acuerdo en más del 80% de la normativa, entre ellos, la derogación del decreto supremo N°124, el objeto de la consulta, los órganos de la consulta, los sujetos e instituciones representativas, el rol de CONADI, buena fe, procedimientos apropiados, responsable del proceso de consulta, el carácter previo, la pertinencia de la consulta, los plazos y etapas de la consulta, entre otros”. No se alcanzó consenso sobre la definición de “afectación directa”, sobre la exclusión de los proyectos de inversión del reglamento de consulta, y la definición de las “medidas a consultar”.⁵² El informe final del gobierno no menciona que los miembros indígenas de la Mesa de Consenso presentaron una solicitud de revisión inmediata del reglamento nuevo del SEA ante Contraloría (aprobado posteriormente como DS 40 de MMA), pidiendo su retiro hasta que se resolviera el reglamento de consulta.⁵³

2.3. Evaluación de la Mesa de Consenso: Legitimidad y representación

Los considerandos del DS 66 relatan que se desarrolló el proceso de consulta de la consulta “garantizando la participación de los pueblos indígenas, convocando e invitando a todos los pueblos y sus organizaciones representativas, sin discriminación ni restricción alguna”.⁵⁴ Todo proceso de legitimación social de una norma, reglamento o medida tiene mayor o menor representatividad o legitimidad según el quórum y mecanismos de representación y de toma de decisiones para su elaboración. En la Mesa de Consenso hubo carencias y un bajo grado de representación y participación, que los representantes de organismos independientes consideraron insuficiente.⁵⁵ Inicialmente, el gobierno impuso de oficio a los ocho consejeros de CONADI como participantes en el proceso (seis de ellos se retiraron luego),⁵⁶ sin que dicho rol fuera refrendado y validado por las organizaciones territoriales y comunitarias afectadas.

Se podría argumentar que los consejeros indígenas de la CONADI ya estaban validados por elección y que el gobierno tenía razón en

⁵² Ver, en particular, observaciones de los pueblos indígenas en Ministerio de Desarrollo Social, *Informe de trabajo*, op. cit., pp. 77-78.

⁵³ INDH, *Informe misión de observación*, op. cit., pp. 11-13.

⁵⁴ Decreto Supremo 66, Ministerio de Desarrollo Social, publicado en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2014.

⁵⁵ INDH, *Informe misión de observación*, op. cit., pp. 14-18.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 15, nota 27.

integrarlos al proceso. Pero, como parece existir una desconfianza considerable en el mundo mapuche hacia la CONADI (ver capítulo de Antonia Rivas en este *Informe*), ello no garantizaba el respaldo de las comunidades, sobre todo luego de que tres cuartos de los consejeros se restaran del proceso. Además, se hizo visible que no existe un mecanismo de solución de conflictos sobre la representación de los pueblos y comunidades.

El gobierno resolvió “escuchar a todos”.⁵⁷ Es necesario, sin embargo, que existan mecanismos que permitan decidir cuánto peso asociar a cada observación u opinión: personas podrían “representar” opiniones sin respaldo e, incluso, ser susceptibles a influencias indebidas. Algunas comunidades indicaron que no recibieron invitación a participar de la Mesa;⁵⁸ diversas agrupaciones, autoridades e instituciones representativas, fueron expresamente excluidas por parte de los representantes indígenas que ya formaban parte del proceso.⁵⁹ Ello contradice lo informado por el gobierno de la época, que declaró haber invitado a todas las comunidades de manera oportuna.⁶⁰

Además, como se puede apreciar de la tabla de asistencia presentada por el gobierno en su Informe final, así como en el Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH), varios personeros indígenas fueron abandonando la Mesa al ver que el gobierno no se abría al diálogo en materias imprescindibles para ellos.⁶¹

El proceso se fue complicando, concluyendo solo con el respaldo del gobierno y unos pocos representantes.⁶² Desde mayo de 2013, las actas ya no fueron firmadas por todos los asistentes, debido a la falta de acuerdo sobre lo que en ellas constaba.

Asimismo, los representantes de comunidades quechua refieren que sus documentos o contrapropuestas no fueron tomados en cuenta en su parte medular, en relación a los derechos que iban a ser limitados respecto a la consulta sobre concesiones y proyectos de inversión.⁶³ Algunas de estas propuestas, como la de Arica-Parinacota, según las comunidades respectivas, fueron aprobadas de manera irregular, ya

57 Abogabir, op. cit.

58 Entrevista a Ladín Barreda, presidente de la Comunidad Lickanantay de Peine, 9 de julio de 2014.

59 INDH, *Informe misión de observación*, op. cit., p. 15, relativo a las comunidades pertenecientes a la ADI de Ercilla y otros.

60 Véase DS 66, considerando 10.

61 Por ejemplo, la participación de Wilfredo Bacián, presidente de la Comunidad Quechua de Quipisca, en la Mesa de Consulta, se limitó a cuatro de las nueve sesiones reportadas por el gobierno en su Informe final (Sesiones 2ª: 12 y 13 de marzo; 3ª: 25, 26 y 27 de marzo; 4ª: 9 y 10 de abril; 5ª: 24, 25 y 26 de abril; y 6ª: 8, 9 y 10 de mayo); Mauricio Hidalgo, presidente de la Comunidad Quechua de Huatacondo, participó en tres sesiones.

62 Resoluciones del Congreso Nacional de Pueblos Indígenas: “Por el ejercicio del derecho a la consulta y participación”, 7-9 de agosto de 2013, sin firmas ni lista de firmantes. Véase comentario en el periódico mapuche *Mapuexpress*.

63 Ministerio de Desarrollo Social, *Informe final*, op. cit., p. 54 y ss.

que no había sido ratificada por la asamblea de comunidades.⁶⁴ Estos problemas, argumentaron algunos, constituirían evidencia de mala fe de parte del gobierno.⁶⁵

El múltiple rol asignado al asesor de Asuntos Indígenas del Ministerio del Desarrollo Social significó una dificultad adicional en el proceso. Éste debió coordinar el proceso de “consulta de la consulta” y también responder preguntas de todas las otras partes interesadas –incluyendo de empresarios– sobre temas indígenas.⁶⁶ En ese múltiple rol, no logró instalar o mantener la confianza de todos los participantes hacia el Estado o su propia persona. Representantes de una comunidad quechua, por ejemplo, obtuvieron la copia de un correo electrónico de una fuente anónima, que contiene un acta del Consejo Minero o su borrador, según el cual el asesor afirmó que, “de manera excepcional, se pueden hacer reasentamientos de personas indígenas en el caso de proyectos ingresados al SEIA sin que se haya alcanzado el consentimiento de los afectados. Para esto se requiere que el servicio ambiental verifique que se agotaron las instancias para alcanzar el acuerdo (y que haya quedado de manifiesto la buena fe del titular)”.⁶⁷

Esta interpretación es contraria al Convenio 169 y a los estándares de la Corporación Financiera Internacional (IFC, en su sigla en inglés) y del Consejo Internacional de Minerales y Metales (ICMM, en su sigla en inglés), por los cuales se rigen varias empresas transnacionales representadas en el Consejo Minero (ver sección 5). Este documento rompió definitivamente la confianza de algunos personeros en la Mesa.

No se logró consenso sobre el régimen de concesiones y exploraciones en territorio indígena o, en general, sobre la consulta de proyectos de inversión.⁶⁸ El DS 40 se aprobó sin cumplir con los estándares del Convenio 169. La escasa voluntad política del gobierno –más allá de la Oficina de Asuntos Indígenas– para dialogar con sinceridad sobre los temas más importantes para los pueblos concernidos no ayudó a crear las condiciones elementales de la consulta. El mismo ex asesor declaró en una entrevista para este informe que “la pelea no fue fácil también al interior del gobierno, porque había que hacer entender a Ministerios tan lejanos de la realidad indígena”.⁶⁹

64 *Mapuexpress*: “Declaración: Representantes aymara, lickanantai y quechua se retiran de mesa de consenso de consulta indígena”, 30 de mayo de 2013.

65 Marcial Colín, Mirna Cortés, Ana Llao Llao y otros, Informe sometido al Contralor General de la República en relación a la toma de razón del Decreto Supremo 40 del Ministerio de Medio Ambiente. El argumento de mala fe también ha sido presentado en audiencia ante la CIDH, Claudia Paillalef, Pueblos Indígenas Unidos de la Cuenca de Tarapacá, Quebradas de Coscaya, Aroma y Miñe Miñe, el 27 de marzo de 2014, en relación a los reglamentos DS 66 y DS 40.

66 Abogabir, op. cit.

67 Comunidad Quechua de Quipisca, correo electrónico, 9 de mayo de 2013.

68 Colín y otros, op. cit.

69 Abogabir, op. cit.

El inédito esfuerzo que hizo el gobierno por abrir una instancia de diálogo directo y formal con los pueblos indígenas en Chile es de por sí encomiable y cabe reconocer los ingentes esfuerzos realizados en esa dirección. Sin duda, la Mesa de Consenso produjo interesantes jornadas de debate y trabajo, intensas y productivas. Pero, a final de cuentas, además de la falta de representatividad, no hubo verdadero diálogo sobre los temas más complejos. El Comité de Eliminación de la Discriminación Racial (CERD en sus siglas en inglés) reiteró al Estado de Chile su recomendación de “garantizar la consulta de los pueblos indígenas, como una medida de participación efectiva en lo que respecta a toda disposición legislativa o administrativa susceptible de afectar directamente sus derechos a la tierra y a los recursos que poseen o que tradicionalmente han utilizado, consagrado en estándares internacionales” y no ha validado explícitamente el proceso de la Mesa de Consenso como cumplimiento con esta obligación.⁷⁰

Recientemente, el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, expresó preocupación respecto a “que los pueblos indígenas no sean consultados previamente en el proceso de adopción de decisiones respecto de cuestiones que afectan a sus derechos y que todavía no se haya establecido un mecanismo efectivo de consulta y participación indígena, de acuerdo a las normas internacionales [...] pese al contenido de [...] anteriores observaciones finales”, y lamentó “la lentitud en la aprobación de la reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas y la morosidad en la aprobación del proyecto para la creación del Consejo de Pueblos Indígenas. [...] El Comité recomienda a Chile que: a) acelere el proceso de reforma constitucional y que incluya el reconocimiento de los pueblos indígenas; b) realice todos los esfuerzos posibles, consultando a las comunidades indígenas, para la creación del Consejo de Pueblos Indígenas; c) se establezca un mecanismo efectivo de consulta y que este se ajuste a los principios del artículo 27 del Pacto y garantice el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas con respecto a decisiones relativas a proyectos que afecten a sus derechos, en particular debe velar por que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado, de las comunidades indígenas antes de que se adopte cualquier medida que ponga en peligro sus actividades económicas de importancia cultural o interfiera sustancialmente en ellas; y d) redoble sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”. La insistencia del Comité en este sentido ha sido cada vez más enfática e insoslayable.

70 CERD, *Comité reitera sus observaciones finales anteriores*, (2013), párr. 16.

3. LA CONSULTA DEL REGLAMENTO DEL SEA

Varios representantes de pueblos indígenas se restaron del proceso de consulta del reglamento ambiental por no aceptar que se rija por el DS 124, considerado contrario al Convenio 169, y por la falta de garantías procesales y de diálogo sobre puntos cruciales.⁷¹

3.1. Descripción de los elementos claves del proceso

La normativa sobre consulta recogida en el DS 40 no se condice con la normativa internacional. En marzo de 2014, en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el gobierno chileno reconoció las deficiencias y se comprometió a enmendar el reglamento para garantizar su concordancia con el derecho internacional sobre CPLI.⁷² Además, el proceso de participación de los pueblos indígenas que precedió la adopción del reglamento, no estuvo acorde con las obligaciones internacionales de Chile sobre consulta previa.

El proceso fue organizado con el apoyo de algunos consejeros indígenas de la CONADI y contó con la asesoría de expertos indígenas. Pero muchas organizaciones representativas de los pueblos indígenas, de norte a sur, se fueron restando del proceso. En total, según afirma el gobierno, “se hicieron 77 talleres con 531 participantes, presentando la regulación planificada y acogiendo propuestas y consultas”⁷³ Según el Informe final que emitieron el Ministerio de Medio Ambiente (MMA) y el SEA, se acogió un 91% de las opiniones pronunciadas, de las cuales casi un 68% no habría tenido relación con el objeto de la consulta;⁷⁴ la declaración de impertinencia en muchos casos no incluyó expresión de razones o fundamentos jurídicos.⁷⁵ Se alegó también que el proceso fue solamente informativo y que no se buscó llegar a consensos, además de adolecer de falta de legitimidad por la escasa representatividad de quienes se expresaron sobre las medidas propuestas.⁷⁶

El Informe final muestra –directa e indirectamente– los problemas del proceso. Aunque el SEA respondió explícitamente a cada una de

⁷¹ Véase Ministerio de Medio Ambiente/Servicio de Evaluación Ambiental, *Informe final: Proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA. Guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios*, sin fecha.

⁷² CIDH, audiencia del 27 de marzo de 2014; intervienen Claudia Pailalef, Nancy Yáñez, Sergio Campusano.

⁷³ MMA/SEA, *Informe final: Proceso de consulta indígena sobre el reglamento del SEIA. Guías de procedimientos de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de alteraciones significativas sobre pueblos originarios*, sin fecha.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 34.

⁷⁵ CIDH, audiencia del 27 de marzo de 2014, *op. cit.*

⁷⁶ INDH, *El deber de consulta previa en la propuesta de Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental*. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 2013, Sesión Extraordinaria 152.

las observaciones recogidas en el proceso de socialización y en los talleres, la categorización y en parte también las respuestas demuestran una actitud formalista y orgánicamente rígida, que se explica desde la lógica del derecho administrativo, pero que genera una serie de inconsistencias entre el proceso y el derecho internacional.

Así, el informe rechazó de manera sistemática, como “no pertinentes”, las observaciones, críticas o sugerencias indígenas sobre el mismo proceso. Descartó por ilegalidad temas fundamentales para los pueblos y las comunidades: como la exclusión de la geotermia de las consultas,⁷⁷ temas de agua,⁷⁸ la petición de que todo proyecto en territorio indígena se consulte⁷⁹ y la solicitud que sea el Estado y no las empresas quien ejecute el proceso de consulta.⁸⁰ Si el SEA hubiera consultado la temática y no solamente la formulación del reglamento, no hubiera tenido que descartar estas observaciones. Una consulta *previa* debiera haber dado esta opción. Por lo menos, hubiera debido indicar, tal como lo hizo para dos de las observaciones, el órgano al que se reenvió la observación.⁸¹

Además, toda sugerencia sobre participación de representantes indígenas en la decisión sobre proyectos o en su fiscalización fue descartada.⁸² Propuestas interesantes y que corresponden a buenas prácticas internacionales de las industrias, como el requisito de proporcionar un “currículum de daños ambientales” para garantizar una decisión informada, fueron declaradas “no relacionados con la materia”,⁸³ con el efecto de no ser contabilizadas en el porcentaje de propuestas rechazadas, según la metodología usada por el SEA.⁸⁴

Sorprende que requisitos *explícitos* del derecho internacional sobre CPLI, tales como la solicitud de que se incluya la participación en beneficios en el reglamento, sean descartados como no pertinentes.⁸⁵ Se declaró no pertinente por ilegalidad la observación en torno a que el reglamento debía incorporar el consentimiento por desechos peligrosos en territorios indígenas,⁸⁶ lo que es obligatorio bajo el Convenio 169.

Asimismo, se rechazó acoger toda observación tendiente a hacer vinculante a la CPLI o a otorgarle, en ciertos casos, poder de veto. Según el derecho internacional, es necesario obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en ciertos casos.

77 MMA/SEA, op. cit., observación 4.2.1.6.

78 *Ibid.*, observación 4.2.1.7.

79 *Ibid.*, observación 4.2.2.10.

80 *Ibid.*, observación 4.2.1.2.

81 *Ibid.*, observaciones 4.7.2.5 y 4.8.2.19. En esta última, sobre el mandato del mismo SEA.

82 *Ibid.*, observaciones 4.4.2.14, 4.5.1.1 y 4.12.2.26.

83 *Ibid.*, observación 4.2.1.11.

84 *Ibid.*, p. 194.

85 *Ibid.*, observación 4.11.2.4.

86 *Ibid.*, observación 5.1.1.6.

El INDH criticó el reglamento por no cumplir con los estándares del Convenio 169, especialmente en lo relativo a la definición de medidas “susceptibles de afectación directa” y la exclusión de las DIA de la consulta.⁸⁷ Además, la consulta debiera ser regulada a nivel legal y no solamente en un reglamento de ejecución.⁸⁸ El SEA descartó estas observaciones.⁸⁹

Una consulta *informada* hubiera debido resultar en un menor número de observaciones que constituyeran preguntas sobre el proceso mismo y el alcance y significado de la norma consultada. Es indicativo de un proceso no conforme con el Convenio 169 la reiterada observación, por parte de pueblos indígenas de todo Chile, que no tuvieron suficiente tiempo,⁹⁰ financiamiento⁹¹ ni herramientas para comprender el lenguaje técnico.⁹² La observación más frecuentemente declarada “no pertinente” fue que el proceso de consulta sería inválido mientras siguiera vigente el DS 124 de MIDEPLAN,⁹³ argumento válido según los estándares internacionales.

Con respecto a la necesidad de consultar todas las fases de un proyecto de ley o reglamento, generan serias preocupaciones en los pueblos indígenas los cambios introducidos al proyecto de reglamento después del proceso de consulta. El borrador fue ingresado varias veces a la Contraloría General de la República para que tomara razón, siendo devuelto para enmiendas y nuevamente presentado.⁹⁴ No hay claridad ni transparencia sobre cuáles fueron las razones que llevaron al gobierno y a la Contraloría a introducir cambios, ni si estos respondieron en alguna medida a las observaciones introducidas por los representantes indígenas. Ni el gobierno anterior ni el actual han cumplido con su compromiso de revisar el DS 40 una vez que se adoptara el Reglamento General sobre consulta consagrado en el DS 66.⁹⁵

87 INDH, *El deber de consulta previa*, op. cit.

88 Íd.

89 SEA, Declaración pública, sin fecha.

90 MMA/SEA, op. cit., observaciones 4.2.2.7, 4.11.1.1, 4.14.1.2, 4.14.1.4, 4.14.1.7 y 4.12.2.19.

91 Íbid., observaciones 4.2.2.8, 4.3.1.1, 4.3.1.2 y 4.12.1.14.

92 Íbid., observaciones 4.2.1.19 y 4.5.1.7. Ilustran la falta de comprensión de lo que el Estado debiera asegurar, por ejemplo, las observaciones 4.2.2.5 y 4.12.1.46.

93 Íbid., observaciones 4.3.1.5, 4.4.1.11, 4.8.1.1, 4.9.11.1.2, 4.12.1.3, 4.12.1.41, 4.12.1.19, 4.17.1.1 y 4.12.1.50.

94 Abogabir, op. cit.

95 El gobierno anterior había propuesto dos alternativas: a) la “incorporación del nuevo mecanismo al reglamento del SEIA” o b) la “afinación del mecanismo [...] mediante una nueva consulta de acuerdo al [DS 66]” (MMA/SEA, *Informe final*, op. cit., p. 18). El nuevo gobierno aseguró que iba a retomar la consulta sobre institucionalidad indígena en la audiencia ante el CIDH (27 de marzo de 2014); la presidenta Bachelet anunció que iba a convocar una consulta para los efectos de asegurar la representación indígena en el Congreso y crear un Consejo Indígena (24 de junio de 2014), a lo que también insta el CDH de la ONU en sus recomendaciones más recientes a Chile (op. cit.).

4. EL DS 66 Y EL DS 40. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LOS REGLAMENTOS

En la discusión sobre el DS 66 está en juego el deber del Estado de proteger la propiedad ancestral de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, es decir, la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan o han ocupado tradicionalmente. El derecho internacional reconoce los títulos ancestrales como base de la protección debida a los pueblos indígenas, los que en muchos Estados, incluyendo Chile, no están formalmente reconocidos y/o demarcados. El principal defecto de la nueva reglamentación radica en que excluye de la consulta medidas que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas; la obligación estatal queda sujeta a la calificación arbitraria y a priori de la supuesta “afectación” o “pertinencia de la consulta”, dejada al arbitrio del SEA, o de manera “reglada”, lo que contraviene el Convenio 169, según el cual basta la “susceptibilidad de afectación directa” para que deba realizarse CPLI. Tampoco existe la obligación del SEA de convocar CPLI ex officio en casos de DIA. El DS 66 y el DS 40 exigen de consulta a los organismos responsables de ciertos tipos de medidas e intervenciones estatales en territorio indígena.⁹⁶ Ello obligará, en la práctica, a los pueblos concernidos a recurrir, primero, a la justicia chilena y, en último término, a los órganos internacionales, para obtener el cumplimiento de sus derechos por parte del Estado.

4.1. Disposiciones de los DS 40 y DS 66 contrarias al derecho internacional

La técnica regulatoria es deficitaria en relación a los plazos aplicables para la consulta de proyectos de inversión e impacto ambiental: no se sabe, por ejemplo, si como Reglamento General debe aplicarse el DS 66 en subsidio del procedimiento especial de consulta previa contemplado en el DS 40, tanto respecto del artículo 10 de la Ley 19.300 como respecto de la Consulta Indígena en relación con los EIA. En casos de proyectos de inversión que someten meras DIA al SEA, los plazos para exigir y desarrollar un proceso de participación ciudadana son inaceptablemente breves y contemplan mecanismos de comunicación y diálogo inadecuados, vulnerando el Convenio 169, de jure. La práctica interpretativa y de aplicación por parte de los servicios públicos concernidos, mostrará si los plazos fijados de facto cumplen con el derecho internacional.⁹⁷ Pensamos que el DS 40 tampoco cumple con

⁹⁶ Conforme al DS 66, existe la posibilidad de que los pueblos concernidos y sus integrantes soliciten ser consultados en cualquier momento del proceso de dictación de una medida administrativa. No ocurre lo mismo con el DS 40 en el caso de las DIA: este prevé brevísimos plazos para solicitar la participación ciudadana (y, por extensión, la consulta).

⁹⁷ OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párr. 79.

la norma del Convenio 169, por cuanto establece plazos, facultades y condicionamientos a la CPLI que son del todo contrarios a éste e incluso contrarios al DS 66.⁹⁸

4.2. Lo que quedó afuera: Régimen de concesiones, regulación de aguas, DIAs y proyectos que no ingresan al SEA

Conforme a lo expuesto, cualquier particular en Chile podría realizar una serie de actividades jurídicas y económicas en territorio indígena (no inscrito), sin que sea exigible al Estado la realización de un proceso de CPLI o le sea obligatorio a dicho particular entablar un proceso de diálogo con el pueblo o comunidad susceptibles de ser afectados. Al eximir de consulta a una serie de actividades regladas y concesiones, el DS 66 y DS 40 incumplen el Convenio 169.

4.2.1. Actos reglados y concesiones

El Relator Anaya describe y expone el problema general: “en muchos casos, se llevan a cabo actividades de exploración, y las empresas y los Estados sostienen que no están obligados a celebrar consultas para la fase de exploración y que no necesitan obtener el consentimiento, en todo caso, hasta que se otorgue una licencia para la extracción de los recursos... [pero] esa postura es sencillamente incompatible con el principio del consentimiento libre, previo e informado o con el respeto de los derechos de propiedad, culturales y de otra índole de los pueblos indígenas”.⁹⁹

Una interpretación del DS 66 según normas de derecho administrativo interno indicaría que no existe la obligación de consultar los actos “reglados”, o sea, donde la autoridad administrativa no tiene discrecionalidad.¹⁰⁰ Esta lógica se adoptó al omitir de la regulación el deber de consulta para el otorgamiento de concesiones eléctricas, que constituyen un “derecho”, a saber, no pueden ser rechazadas por la autoridad una vez que ciertos criterios se cumplen.¹⁰¹ El nuevo e igualmente inconsulto DS 203 del Ministerio de Obras Públicas, que establece el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de Aguas Subterráneas,¹⁰² y que restringe la discrecionalidad que tenían la DGA

⁹⁸ Véase arriba, nota 29.

⁹⁹ Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 68.

¹⁰⁰ Minería Chilena: “Reglamento obligaría a más de una consulta”, 28 de enero de 2014, disponible en <http://www.mch.cl/reportajes/reglamento-obligaria-mas-de-una-consulta/>.

¹⁰¹ Federación Minera de Chile: “Gobierno suprimirá Consulta Indígena de Proyecto de Ley de Concesiones Eléctricas, sin fecha.

¹⁰² DS 203 del MOP, promulgado el 20 de mayo de 2013, publicado el 7 de marzo de 2014. El régimen o estatuto especial de las tierras y de las aguas indígenas en el Norte de Chile es tratado en detalle en Barros, “El consentimiento previo, libre e informado como requisito para la exploración de aguas subterráneas en humedales indígenas: Una etnografía jurídica de la discriminación de grupos sociales definidos por adscripción étnica y sus efectos ambientales

y el Ministerio de Bienes Nacionales para decidir el otorgamiento de concesiones de exploración y explotación de aguas subterráneas, tiene el mismo efecto.

Puesto que el Tribunal Constitucional falló que no es competencia del ejecutivo consultar leyes generales y que el Congreso aún no aprueba el reglamento para la consulta previa libre e informada de las mociones¹⁰³ para asuntos reglados (no discrecionales), no habrá consulta en ningún caso, ni a nivel general sobre el impacto diferenciado¹⁰⁴ ni a nivel particular. Solamente se podrían impugnar las concesiones a través de inscripciones, oposiciones y objeciones, en casos limitados, dentro de plazos muy cortos, insuficientes sobre todo si se considera el estilo de vida de los indígenas, por ejemplo, en el norte, los que muchas veces residen y pastorean en el altiplano, sin acceso a los medios de comunicación o diarios donde se publican las medidas (sin perjuicio de poder intentarse las acciones de amparo o de nulidad de actos públicos, de carácter general). Además, la administración chilena insiste en no reconocer *ipso facto* los títulos tradicionales o ancestrales indígenas en sus catastros fiscales, con lo cual se tiende a perder el interés de los concernidos para oponer sus derechos territoriales a las concesiones. Semejante régimen es contrario a los derechos humanos de los pueblos indígenas, al igual que el régimen de concesiones de exploración de recursos mineros.¹⁰⁵ Así, en sus evaluaciones de las obligaciones chilenas, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, tomando como estándar de revisión los artículos 6, 15 y 16 del Convenio 169, advirtió al Estado de Chile que el Código de Minería, la Ley sobre Concesiones de Energía Geotérmica y el Código de Aguas no contenían disposiciones sobre consulta a los pueblos indígenas de concesiones de explotación o desarrollo de proyectos de inversión.¹⁰⁶ En el caso de Ecuador, el Comité de la OIT también ha señalado con fuerza que “Los artículos 2, 6, 7 y 15 implican la obligación de desarrollar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas del país antes de tomar medidas susceptibles de afectarles directamente, tales como la firma de un contrato

en Chile, en Milka Castro y Lucas Fernández (comp.), *Gestión sostenible de humedales*, Santiago, CYTED-U. de Chile-CASALAZ, Lom, 2013, pp. 259-272, y Barros, “Agua subterránea: Autonomía, discriminación y justicia ambiental en el salar de Atacama”, en Alvaro Bello y José Aylwin (comps.), *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Santiago, Fundación Ford, Observatorio Ciudadano e IWGIA, 2008, pp. 347-372, y en Barros, “Titularidad y subjetividad de las aguas nativas chilenas en el marco del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los pueblos indígenas”, *Actas de Derecho de Aguas*, 1, (2011 [2009]), pp. 197-218.

103 Tribunal Constitucional, sentencia del 23 de enero de 2013, control constitucional preventivo del proyecto “Ley de Pesca”, especialmente, considerandos 22 y 23.

104 Anaya, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

105 Véase, para un argumento en ese sentido, OIT, *Informe Colombia*, op. cit., párrs. 85-86

106 OIT, *Informe de observaciones*, 2013.

autorizando actividades relacionadas con la exploración o explotación de recursos naturales en su territorio ancestral”.¹⁰⁷

La situación normativa de los pueblos indígenas en Chile está claramente por debajo de los estándares internacionales en esta materia.¹⁰⁸

4.2.2. DIA y otras medidas que no requerirían consulta previa

El artículo 7 del DS 66 establece que solo quedarán sujetas a consulta las medidas que “sean causa directa de un impacto *significativo y específico* sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales”.¹⁰⁹ Al agregar condiciones adicionales no contempladas en el Convenio 169, el DS 66 se aleja de las obligaciones internacionales de Chile. Además, al remitirse en materia de inversión al DS 40, el DS 66 sustrae de la consulta previa todas aquellas medidas que el SEA a priori considera que no deberían ingresar al Sistema de Evaluación: las autorizaciones de actividades exploratorias bajo cierta cantidad de pozos o sondeos y los permisos o autorizaciones de la Dirección General de Aguas (DGA), Sernageomin o el Ministerio de Minería, en el caso de la industria geotérmica.

El DS 40 da cabida a la prospección, exploración y realización de proyectos sometidos al sistema como meras DIA, aunque se encuentren cerca de áreas, poblaciones y/o recursos protegidos. El SEA puede decidir a priori que determinado proyecto no produce los “efectos” o impactos reseñados en el artículo 11 de la Ley 19.300 (por lo cuales es obligatorio ingresar el proyecto como EIA), aunque la ley no exige “efecto” alguno, bastando, por ejemplo, la sola “circunstancia” de existir un Área Protegida para hacer necesaria la realización de un EIA y, de conformidad a la movediza jurisprudencia, la apertura de un proceso de consulta previa. En el caso Paguanta, la misma Corte Suprema decidió que un proyecto de exploración minera cerca de un ADI no debió autorizarse, por inconsulto, ni debió haberse sometido a evaluación ambiental mediante una simple DIA, sino que a través de un EIA. La DIA, en la práctica constante de los órganos administrativos, ha ido quedando eximida de CPLI.¹¹⁰

Como el DS 66 y el DS 40 no introducen cambios significativos en esta materia, es probable que no se altere la práctica de omitir la consulta respecto de las DIA en las ADI y áreas protegidas en general, conforme nos lo confirmaron la DGA, el Ministerio de Obras Públicas, Bienes Nacionales y Sernageomin, en respuesta a nuestras solicitudes de información, al señalar que no habían consultado nunca por tales medidas administrativas.

¹⁰⁷ OIT, *Informe Ecuador*, op. cit., párr. 39.

¹⁰⁸ Por ejemplo, CERD, Observaciones finales 2013, op. cit., párrs. 22 y 23.

¹⁰⁹ Énfasis añadido.

¹¹⁰ Corte Suprema, sentencia caso *Paguanta*, 2011.

Las DGA regionales nos informaron que no se han ordenado consultas a las comunidades indígenas relativas a constituciones de derechos de aprovechamiento relacionadas con proyectos mineros en las Regiones I,¹¹¹ II¹¹² y XV.¹¹³ Para la comunidad Colla del Río Jorquera, la situación es la misma, respecto a todas las DIA y EIA relacionadas con proyectos en el territorio. La DGA de la Región de Antofagasta informó que no se han realizado consultas a comunidades indígenas relativas a constitución de derechos de aprovechamiento de aguas ni se ha solicitado efectuar consultas sobre constituciones de derechos de agua en cuencas indígenas.¹¹⁴ Los presidentes de las comunidades confirman que nunca han sido convocados a consulta previa por este tipo de otorgamientos.¹¹⁵

El Sernageomin señaló que se limita a participar como organismo técnico supervisor, emitiendo informes en tal carácter, a solicitud del tribunal en que se encuentre en trámite la respectiva solicitud, por lo que no tendría competencia para realizar consultas a comunidades indígenas.¹¹⁶ Sernageomin Antofagasta respondió, además, que no se han presentado planes de exploración en los sectores de demanda indígena indicados. Por ende, no se realizaron procesos de consulta indígena.¹¹⁷ Sernageomin Tarapacá no respondió a nuestra solicitud.¹¹⁸ En todas las consultas sobre solicitudes de uso de predio superficial que incluían al Convenio 169, las respectivas Seremis de Bienes Nacionales justificaron el no deber consultar en el artículo 21 letra c) de la Ley 20.285: “Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habitua-

111 Solicitud de información por Ley de Transparencia 5.832, a través del Sistema de Atención Ciudadana del MOP. Respondida el 30 de abril de 2014.

112 Solicitud de información por Ley de Transparencia 5.831, a través del Sistema de Atención Ciudadana del MOP. Respondida el 23 de abril de 2014.

113 Solicitud de información por Ley de Transparencia 5.833, a través del Sistema de Atención Ciudadana del MOP. Respondida el 30 de abril de 2014.

114 Solicitud de información 5.831, op. cit.

115 Barreda, op. cit. Entrevistas a: Rolando Humire, presidente del Consejo de Pueblos Atacameños del Salar de Atacama, por vía telefónica, 4 de julio de 2014; Roberto Salinas, presidente de la Comunidad Colla del Río Jorquera, por correo electrónico, 4 de julio de 2014. No obtuvimos información de la DGA Antofagasta a la siguiente pregunta: “¿Cuántas de las solicitudes de exploración y explotación de aguas subterráneas que han recibido desde el 14 de septiembre de 2009 a la fecha han recaído en sectores que forman parte de la demanda ancestral lickantai o atacameña, o en el ADI Atacama La Grande o Alto Loa? De las solicitudes concedidas, ¿fueron consultados dichos decretos de concesión con los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida?” Solicitud 8.308 a la DGA Antofagasta, del 24 de mayo de 2014.

116 Solicitud de Acceso a Información, Sernageomin, Dirección Regional Antofagasta, Folio AS004W-0000640. Respondida el 30 de abril de 2014, Arica Parinacota, Folio AS004W-0000641. Respondida el 30 de abril de 2014 (respuesta tipo).

117 Solicitud de Acceso a Información, Sernageomin Antofagasta, AS004W-0000675. Respondida el 20 de junio de 2014.

118 Solicitud de Acceso a Información, Sernageomin Tarapacá Folio, AS004W-0000642. Solicitada el 11 de abril de 2014.

les”.¹¹⁹ El Seremi de Bienes Nacionales de Antofagasta respondió que la consulta no se realizó porque fueron las mismas comunidades las que solicitaron las tramitaciones, antes de la entrada en vigencia del Convenio 169.¹²⁰

Según la OIT y otros órganos internacionales, todas estas medidas, son “susceptibles de afectar directamente” a los pueblos indígenas y debieran, por lo tanto, ser consultadas previamente. Con los nuevos reglamentos, sin embargo, tales medidas sectoriales seguirían quedando fuera de la órbita de la consulta, como lo declaran, por lo demás, los organismos públicos contactados que no consideran parte de sus respectivas competencias y obligaciones ordenar una consulta, y menos hacerlo de *propio motu*. El haber regulado (algunos) proyectos de inversión en el DS 40 y no en el DS 66 (y no incluir el otorgamiento de derechos y concesiones en ninguno) resulta contrario al Convenio 169, además de incumplir el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos (artículo 1, incisos 2 y 27) y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 1, incisos 2 y 11).

5. CPLI, DIÁLOGO, DEBIDA DILIGENCIA Y NEGOCIACIÓN ENTRE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y LAS EMPRESAS

Las empresas, incluidas las del rubro extractivo, a menudo operan asumiendo que basta con cumplir la ley del Estado en que realizan sus operaciones para respetar las normas internacionales de los derechos indígenas. Muy por el contrario, es responsabilidad de las empresas ir más allá, en la medida que la regulación sea insuficiente, y actuar con la diligencia necesaria para impedir que sus actos violen o sean cómplices en la violación de los derechos de los pueblos indígenas por parte del Estado. Por ello es necesario dialogar con las comunidades para permitirles participar de una manera significativa en la evaluación de impactos, riesgos y beneficios de las actividades extractivas.¹²¹ Revisaremos los estándares internacionales para empresas que operan cerca o en territorios indígenas, para luego analizar la situación de algunas comunidades y sus convenios con empresas aledañas.

¹¹⁹ De las respondidas, las identificaciones son: Solicitud de Acceso a Información, MO-PAQ-001W0002810, respondida el 30 de abril de 2014, AQ-001W0002811, respondida el 30 de abril de 2014. Respuesta en el mismo sentido de parte del Seremi Bienes Nacionales de Tarapacá, Resolución Exenta No. 530, 25 de julio de 2014, a solicitud AQ-001W0002812, del 11 de abril de 2014.

¹²⁰ Solicitud de Acceso a Información, Seremi de Bienes Nacionales Antofagasta, AQ-001W0002983. Respondida el 20 de junio de 2014.

¹²¹ John Ruggie, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, Principio 11.

5.1. Normas y estándares para las empresas

La CLPI es un deber del Estado que este no puede delegar en ningún actor privado. Esto implica que debe asegurar, en virtud de su propia debida diligencia en la consulta, que los acuerdos privados entre los pueblos y comunidades indígenas y los inversionistas cumplan con los requisitos de buena fe y equidad.¹²² Con todo, existen estándares internacionales directamente aplicables a las empresas, que las hacen responsables de respetar “todos los derechos humanos” en sus operaciones y relaciones con las comunidades afectadas por la inversión, incluso cuando los Estados en los que desarrollan sus operaciones no lo hacen.¹²³

El Representante Especial de las Naciones Unidas para empresas y derechos humanos, John Ruggie, definió las responsabilidades de las empresas en relación con los derechos indígenas en los Principios Rectores:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. [...] Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.¹²⁴

El deber de la debida diligencia se aplica transversalmente a las empresas.¹²⁵

122 Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 62.

123 *Ibid.*, párrs. 61-78. Señala oportunamente: “Tal como lo expresaron representantes de las industrias extractivas al Relator Especial Anaya, [...] los marcos regulatorios deficientes que existen en los países constituyen barreras para la realización de sus operaciones, de modo que se respeten los derechos e intereses de los pueblos indígenas. [...] Además, las empresas consideraban que [la] falta de certidumbre jurídica era fuente de costosos conflictos con las comunidades indígenas locales”, párr. 48.

124 Ruggie, *Principios rectores*, op. cit., Principios 13 y 15.

125 *Ibid.*, Principio 17.

Como las empresas deben respetar todos los derechos reconocidos los derechos indígenas deben ser leídos a la luz del Convenio 169 y de la DNUDPI. Anaya señala que “la debida diligencia entraña también velar por que la empresa no esté contribuyendo o beneficiándose del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales para con los pueblos indígenas. Por ejemplo, las empresas extractivas deberían evitar aceptar permisos o concesiones de los Estados cuando no se hayan cumplido los requisitos de consulta previa y consentimiento, como se ha señalado anteriormente”.¹²⁶ También enfatiza que la “condición previa para lograr acuerdos sostenibles y justos con los pueblos indígenas sobre la obtención de los recursos de sus territorios [es que] los desequilibrios de poder deben identificarse sistemáticamente y deben adoptarse medidas deliberadas para corregirlos”.¹²⁷

Tal como indica Anaya, sería ideal que los propios pueblos concernidos fueran los dueños de los recursos en sus territorios y que los explotaran como tales. También existen valiosos acuerdos asociativos entre pueblos indígenas y los titulares de proyectos extractivos (sean del sector estatal o del privado), en que, a pesar de no ser los indígenas dueños de los recursos, se respetan plenamente sus derechos, asegurándoles participación en la toma de decisiones, en la gestión y/o en los beneficios. Anaya observa y alienta el desarrollo de modelos de desarrollo asociativos en que se garantiza a los pueblos concernidos un porcentaje de las ganancias procedentes de la extracción minera u otros ingresos, así como grados de participación en las decisiones de gestión. En cualquier caso, agrega Anaya, es razonable que los pueblos indígenas obtengan asistencia técnica independiente para fortalecer su organización, fomentar su capacidad financiera y de gestión ante esas oportunidades.¹²⁸

Estos recursos debiesen provenir desde el Estado y ser asignados de modo tal que se garantice la participación genuina de los pueblos concernidos y la imparcialidad de los expertos y consultores contratados. Pero en Chile el Estado carece de presupuesto fijo asignado para cubrir fiscalizaciones y asesorías técnicas y jurídicas independientes, aunque cuenta con un ítem de alrededor de \$19,3 millones.¹²⁹ En algunos casos, las empresas titulares de proyectos ponen a disposición de la comunidad medios financieros suficientes para que contrate a profesionales independientes de su confianza. Lo más común es que sean los propios titulares de proyectos quienes seleccionen y contraten

126 Anaya, *Las industrias extractivas*, op. cit., párr. 55.

127 *Ibid.*, párr. 63.

128 *Ibid.*, párr. 77.

129 Solicitud de Acceso a la Información Pública, SEA y Ministerio de Desarrollo Social. Respondida el 20 de agosto de 2014, Carta D.E. 141455/14.

a consultores externos y profesionales, de manera directa y sin la participación de los pueblos concernidos.

Algunos gremios internacionales de la industria minera han adoptado estándares en la materia. Así, el ICMM declara que sus miembros deben buscar desarrollar sus proyectos con el consentimiento de pueblos indígenas en cuyos territorios se instalan las actividades. Pero, cuando la regulación del Estado no confiera un derecho a veto a los pueblos, el propio Estado decide si el proyecto procede y bajo qué condiciones o garantías.¹³⁰ Además, si el Estado provee un procedimiento para obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades concernidos, la empresa no se vería obligada a impulsar un proceso de diálogo o relacionamiento paralelo (aunque corresponde realmente a los pueblos y comunidades en cuestión decidir, en el ejercicio de su libre determinación, el grado de participación que han de tener en los procesos de diálogo privado y de consulta pública, pudiendo incluso negarse a participar y dialogar).¹³¹

La *position statement* del ICMM es una iniciativa de autoregulación sin precedentes en la industria y constituye –a pesar de algunas definiciones cuestionables– un paso hacia el reconocimiento formal, por parte de las empresas mineras más importantes del mundo, de los derechos de los pueblos indígenas. Con todo, dada la discrecionalidad interpretativa conferida a sus gremios,¹³² esos estándares parecen destinados a quedar por debajo de los del Convenio 169. Por eso, aunque lo hagan de buena fe, empresas que se rijan solo por el texto del ICMM arriesgan incurrir en responsabilidades internacionales. Más acertados son los estándares del IFC sobre la materia.¹³³

5.2. Diálogo, convenios y empresas: Los casos

Durante años, en el ejercicio de su libre determinación, distintas comunidades de los cinco pueblos indígenas del norte de Chile han dialogado y/o entablado diversos procesos judiciales y extrajudiciales con empresas mineras u otras que operan en sus territorios y cuyos proyectos se encuentran en diferentes fases de operación (exploración, diseño, construcción, operación o cierre). Los procesos judiciales usualmente empiezan cuando la o las comunidades se oponen formalmente a ampliaciones o a nuevos proyectos y/o cuando las empresas no quieren dialogar, sea respecto de la evaluación de los

¹³⁰ ICMM, *Position Statement*, mayo de 2013, párrs. 4 y 6.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 5.

¹³² Por ejemplo, la empresa puede definir unilateralmente qué significa consentimiento por parte de los pueblos indígenas, no es necesario que use el “consentimiento previo, libre e informado”, aunque el documento lo recomiende. *Ibid.*, párr. 3.

¹³³ Corporación Financiera Internacional, *Marco de sustentabilidad 2012. Estándares de desempeño (Performance Standards)*.

impactos socioambientales o sobre las posibilidades de participación directa e indirecta en los beneficios de la empresa. Parece existir un más alto grado de judicialización cuando hay ONGs involucradas y si la comunidad ha tomado la decisión de no permitir inversión ajena o de alto impacto en su territorio.

Con todo, en mayor o menor medida, las comunidades de los cinco pueblos indígenas que habitan el norte de Chile han gozado de una autonomía territorial de hecho y de derecho que les ha permitido celebrar, juntas o separadamente, convenios de diversa índole con las empresas que realizan o pretenden realizar proyectos que puedan generar algún impacto o beneficio en sus territorios, en empleo, educación, salud, emprendimiento, medio ambiente, agricultura, etc. Convenios semejantes son comunes, existen también entre empresas y comunidades no indígenas, incluso con personas naturales; esto sin contar los “planes de relacionamiento comunitario” con que las empresas transfieren recursos a las comunidades, a menudo asociados a proyectos de desarrollo familiar y comunitario.¹³⁴

Parece razonable, entonces, que, en ausencia de asistencia y estudios del Estado en coordinación con los pueblos indígenas concernidos, sean las propias empresas quienes pongan fondos a disposición de los pueblos y comunidades concernidos, para que éstos elijan y contraten libremente las asesorías técnicas y jurídicas independientes que le den garantías de confianza y satisfacción. Ello no solamente es razonable, sino que, como hemos señalado, constituye una verdadera responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos, en el marco de la debida diligencia socioambiental. En experiencia de los autores, algunas empresas, por lo general, transnacionales, proclaman estándares de gran rigurosidad y efectividad,¹³⁵ lo que no necesariamente significa su cumplimiento en la práctica. En definitiva, aunque los Estados debieran garantizar la implementación de las normas y estándares internacionales sobre debida diligencia y diálogo intercultural –y mientras no lo hagan–, los pueblos indígenas y comunidades concernidos utilizan, para la consecución de sus fines propios, los recursos transferidos por el sector privado.

Las empresas que más daño han hecho tradicionalmente en Chile a los pueblos indígenas son, por lo general, las que tienen operaciones más antiguas¹³⁶ o integraron la minería estatal: en las Regiones de Antofagasta y Tarapacá ha habido muchos casos de judicialización y confrontación entre comunidades y empresas como Codelco

134 Hemos criticado esta aproximación asistencialista o filantrópica en *Informes* 2010 y 2012.

135 Véase *Informe* 2010.

136 Véase el argumento sobre daños históricos en Dominique Hervé y Judith Schönsteiner, “Violaciones a los derechos humanos y medioambiente en Puchuncaví-Ventanas”, en *Informe* 2012.

y SQM. Existe el caso de dos oasis indígenas milenarios en el río Loa, de las comunidades indígenas Chiu-Chiu y Quillagua, cuyos territorios fueron catastrados hace años por el Estado, pero que están pendientes de regularización. Una de las situaciones más graves ha sido la contaminación reiterada de la cuenca del río Loa y sus suelos con elementos tóxicos provenientes del salar de Talabre, que fuera transformado en depósito o tranque de relaves de CODELCO hace medio siglo y que sigue operando, sin la protección de membranas aislantes, formando una laguna de barros contaminados de más de 60 km² en el corazón de la actividad cuprífera estatal. El proyecto RT Sulfuros de CODELCO, que está actualmente en evaluación ambiental y consulta por parte del Estado, pretende prolongar la vida de este depósito por unas décadas más.¹³⁷ Ninguna de estas comunidades ha podido entablar un diálogo formal respecto de los impactos pasados, presentes y futuros en sus territorios. Ello contrasta con la proclamación de los estándares que se adecúan a la normativa internacional, entre las empresas que conforman el Consejo Minero de Chile.¹³⁸

La mayoría de las comunidades de los pueblos indígenas en el norte de Chile mantiene tradicionalmente una estrecha vinculación con el medio ambiente desértico, de salares, quebradas, oasis y altiplano, mediante el control vertical de diversos pisos ecológicos integrados por actividades agropecuarias, de recolección y explotación de vegetales y minerales, metálicos y no metálicos, así como el aprovechamiento racional del recurso hídrico, y en actividades de arreo y/o pastoreo en zonas de vegas y bofedales dispersas a lo largo y ancho de un vasto territorio, todas las cuales son esenciales a su cultura y supervivencia como pueblos indígenas.¹³⁹ Por eso, ellos procuran mantener y proteger las propiedades patrimoniales, comunitarias e individuales que les reconoce la Ley Indígena (artículos 63 y 64), las que han venido a ser reforzadas con la entrada en vigencia del Convenio 169. El Estado se comprometió a “realizar un plan de saneamiento” dentro de un plazo de tres años desde la dictación de la Ley Indígena y a tomar pasos concretos para la protección y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de esas comunidades (artículo 3° transitorio de la Ley 19.253). Esto aún no se cumple.

137 El caso de Chiu-Chiu puede conocerse en Barros, *Forensic Architecture*, disponible en www.forensic-architecture.org, 2013. Para el caso de Quillagua ver Raúl Molina, *El río Loa: Usos y conflictos por el agua en el desierto de Atacama. Comunidades indígenas, mineras, ciudades y pueblos*, disponible en www.infoandina.org, 2006. Observaciones de la Comunidad Aymara de Quillagua al Proyecto Pampa Hermosa de SQM (2008), disponible en https://www.e-seia.cl/archivos/Comunidad_Aymara_de_Quillagua.pdf. Ver Barros y otros, “El ADI Atacama la Grande y Quillagua, el último oasis del Loa”, en Informe de la Comisión Nacional de Riego (2008), “Diagnóstico y propuestas de fomento al riego y drenaje para la pequeña agricultura y etnias originales”, disponible en www.ciren.cl.

138 Véase *Informe* 2010.

139 Para el concepto de supervivencia física y cultural, véase Corte IDH, op. cit., párr. 85.

5.2.1. Comunidad Lickanantay de Peine (Antofagasta)

La comunidad Lickanantay de Peine está ubicada al sur del salar de Atacama y forma parte del Consejo de los Pueblos Atacameños. En su territorio (en mínima parte inscrito y titulado según la normativa chilena) y utilizando las aguas que se encuentran en él, mantienen actividades las mineras Escondida, SQM, Rockwood y Zaldívar (Barrick). En seguida, revisaremos someramente las relaciones que la comunidad tiene con cada una de ellas.

La relación entre Peine y Escondida (la minera de cobre más grande del mundo, la mayor contribuyente privada del país) ha pasado por diversas etapas y acuerdos, comenzando en 1997 con un primer convenio de cooperación que enmarcó inversiones hechas a lo largo de 10 años en la comunidad. Este convenio fue luego revisado con ocasión de la oposición de Peine al proyecto de suministro de Agua Pampa Colorada presentado por Escondida al SEIA (para extraer 1.027 litros por segundo desde el altiplano de Socaire, transportarlos hasta la mina por 100km y luego alimentar el mineroducto hasta el mar). La acción coordinada de las comunidades del salar logró detener la realización de este proyecto de USD 300 millones por la vía administrativa en 2007 (antes de la entrada en vigencia del Convenio 169), mediante el rechazo unánime de la COREMA de Antofagasta.¹⁴⁰ En parte producto de este proceso, y luego de que Escondida optara por desalar y bombear agua de mar en reemplazo del proyecto anterior, en 2008, Peine y la Fundación Educacional Minera Escondida firmaron un nuevo convenio, el que, además de aumentar los montos de aporte, estableció una serie de obligaciones y actividades, permitiendo el financiamiento y realización autónoma de un plan de desarrollo de Peine con asesoría de la Universidad de Chile. Dicho plan fue puesto en marcha en 2010, pero no se ha implementado hasta la fecha por diversas dificultades financieras y políticas. La comunidad de Peine está hoy procurando ajustar sus relaciones de información y diálogo con Minera Escondida a los estándares del Convenio 169, para disponer más libremente de los recursos aportados anualmente por la minera y fortalecer su plan de gerencia e inversiones territoriales en el marco del plan de desarrollo.

La primera negociación formal entre la comunidad de Peine y la empresa Rockwood Litio comenzó en 2007, mediante reuniones en-

140 COREMA Antofagasta, RCA 366/2007 del 19 de noviembre de 2007 Ver noticiero en TVN sobre el caso en <https://www.youtube.com/watch?v=9AM9UlhJPD4> .Ver Barros, "La declaración práctica: *ius et praxis* de los pueblos indígenas en el Norte de Chile", en Natalia Álvarez Molinero y otros (eds.), *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Editorial Catarata - Ensayos UNESCO Etxea / Investigación y debate, 2008, pp. 325-347. También, el capítulo "Pampa Colorada: Intento de mayor extracción de aguas por Minera Escondida", en Programa Chile Sustentable (2012): Conflictos por el agua en Chile: Urgen cambios legales y constitucionales en las políticas de agua, disponible en www.chilesustentable.net

tre los representantes y gerentes de la empresa y la directiva de la comunidad, en las que no se logró un acuerdo definitivo. El 15 de mayo de 2009, antes de que entrara en vigencia el Convenio 169 en Chile, la empresa presentó el EIA del proyecto denominado “Modificaciones y mejoramiento del sistema de pozas de evaporación solar en el salar de Atacama”, en el que Peine presentó sus observaciones en agosto del mismo año.¹⁴¹ La autoridad ambiental rechazó el proyecto de ampliación, tomando en cuenta y ponderando especialmente las observaciones de Peine.¹⁴² (El proyecto Secador Planta Potasa, ingresado vía DIA y con RCA del 23 de diciembre de 2013, es la única DIA revisada para las tres comunidades / asociaciones indígenas que menciona una comunidad indígena (Peine), aunque sin referirse a la CPLI, el Convenio 169, la calidad de indígena de la comunidad o un proceso de participación ciudadana).¹⁴³

La empresa reclamó la RCA negativa ante el Comité de Ministros e intentó entablar negociaciones con Peine a lo largo de 2009, sin éxito. Las conversaciones se retomaron en agosto de 2012, por iniciativa del entonces presidente de la comunidad y del abogado Herman Chadwick en representación de la empresa, y se llevaron a cabo en forma ininterrumpida hasta noviembre del mismo año, firmándose un convenio días antes de la sesión prevista del Comité de Ministros, al que la empresa presentó una copia del convenio al filo del plazo. Al rechazar el reclamo, el Comité no tomó en cuenta el acuerdo entre particulares y se limitó a devolver el proyecto, “retrotrayendo la evaluación para los efectos de elaborar un ICSARA N°4”, exigiendo estudios adicionales a ser evaluados nuevamente por el SEA de la Región, cuyos servicios luego plantearon numerosos reparos al proyecto.¹⁴⁴ Al cierre de este *Informe*, el proyecto aún se encontraba en evaluación.

El Estado es garante del cumplimiento de la normativa ambiental en armonía con el Convenio 169, por lo que, en principio, la autoridad responsable no debiera aprobar un proyecto *solo* en base a un acuerdo de impacto beneficio entre comunidad y empresa, sobre todo si este conlleva efectos ambientales irreversibles. Ello no obsta a que el Estado deba también respetar el derecho de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas propietarios de territorios, en aras del bien común y de los derechos humanos en general, tomando en consideración tales acuerdos al tomar decisiones de largo plazo.

141 Comunidad de Peine, *Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de desarrollo minero modificaciones y mejoramiento del sistema de pozas de evaporación solar en el salar de Atacama, presentado por Sociedad Chilena del Litio Ltda. (SCL)*.

142 CEA de Antofagasta, RCA 156 del 12 de septiembre de 2011. Véase especialmente el apartado 5.2.

143 Base de datos sobre todas las DIA en territorio Colla, lickenantay de Peine y del CPA, elaborada por los autores.

144 Comité de Ministros del SEA, 2012, Acuerdo 15 en Acta 3.

El Convenio entre comunidad y empresa de 2012 establece la fiscalización de los permisos ambientales de la empresa por parte de la comunidad, aportes anuales a la comunidad durante toda la vida útil del proyecto, becas, el traspaso de la propiedad del campamento (ex CORFO) a la comunidad una vez terminadas las operaciones y otras medidas.¹⁴⁵ Al mismo tiempo, constata que no hay acuerdo sobre la titularidad de los territorios sobre los cuales se desarrollan las actividades de Rockwood.¹⁴⁶ Además, incluye una cláusula que protege el derecho a la imagen de la comunidad y sus integrantes, requiriendo autorización explícita para usarlas en publicaciones de la empresa.¹⁴⁷ Involucra el Estado solamente como receptor de los informes semestrales de auditoría ambiental independiente.¹⁴⁸

SQM mantiene una compleja historia de vecindad con la comunidad de Toconao, donde posee un campamento (ex CORFO) que se superpone a la quebrada de Jere. La empresa tiene una fuerte presencia económica y política como actor regional en Antofagasta, que incluye diversos acuerdos con servicios públicos como la CONADI y municipios como el de San Pedro de Atacama y María Elena.¹⁴⁹ En 2013, la Corte Suprema revirtió la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que había amparado a las comunidades atacameñas, anulando por inconsulta la RCA otorgada por el SEA a la ampliación de la planta de secado destinada a casi doblar la producción de SQM en el Salar.¹⁵⁰

Ladín Barreda, presidente de la comunidad, lamenta que la comunidad de Peine “no [tenga] buena relación con SQM, no [conozca] sus actividades ni lo que tratan de hacer”. En especial, considera “complejo” que la empresa no esté dispuesta a establecer un diálogo o acuerdo con la directiva de la comunidad, sino que más bien busque establecer relaciones con la Municipalidad o con personas particulares.¹⁵¹

La comunidad sostuvo durante un tiempo un diálogo estrecho con la empresa, pero este se suspendió hace unos años y no ha sido retomado. Ocurre que, cuando no hay nuevos proyecto en miras, las empresas mineras con operaciones antiguas y relativamente aisladas no se sienten obligadas a dialogar con sus vecinos. Dado que la empresa mantiene un campo de pozos en territorio atacameño, es probable que en algún momento se retome el diálogo.

145 SEA, Evaluación del EIA presentado por Rockwood Lithium para su proyecto “Modificaciones y mejoramiento del sistema de pozas de evaporación solar en el salar de Atacama” Expediente: Recurso Administrativo, Documentos 11 y 14.

146 Convenio Comunidad Peine con Rockwood Litio, cláusulas 3.3 y 3.4.

147 *Ibíd.*, cláusula 6.6.

148 *Ibíd.*, cláusula 7.5.

149 Ver especialmente, Municipalidad San Pedro de Atacama, Exento 1756/2013, del 3 de junio de 2013.

150 Corte Suprema, 2013.

151 Barreda, *op. cit.*

En resumen, la comunidad de Peine evalúa sus relaciones con las empresas de manera muy distinta. Con Rockwood, la relación es “cercana”; “con Escondida est[án] empezando a trabajar”. En general, el presidente de la comunidad indica que están contentos con la relación con Rockwood y Escondida, aunque los recursos podrían ser mayores.¹⁵²

5.2.2. El Consejo de Pueblos Atacameños¹⁵³

Instituida en 1996, de conformidad con los artículos 36 y 37 de la Ley Indígena, la Asociación Indígena Consejo de Pueblos Atacameños (en adelante, CPA) coordina a las 17 comunidades indígenas que, como Peine, integran el ADI Atacama la Grande y la cuenca del salar de Atacama.¹⁵⁴ Tiene años de experiencia en litigios, diálogos, negociaciones y convenios relacionados con empresas extractivas, de infraestructura, turísticas u otras, que le efectúan aportes, los que son por lo general destinados al financiamiento del Internado Andino.¹⁵⁵ El CPA tiene hoy cierta visibilidad política como institución representativa del pueblo lickanantay que trabaja en defensa del territorio patrimonial ancestral de las comunidades del salar. Gestiona actualmente la titulación e inscripción del territorio atacameño conforme a la ley; mientras ello no se resuelva, mantiene una serie de acciones judiciales en contra de concesiones que distintas reparticiones de Estado realizan en beneficio de terceros (aguas, geotermia y suelo).¹⁵⁶ El Consejo también interpuso una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por supuesta violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por falta de CPLI en la exploración de geotermia.¹⁵⁷

152 Íd.

153 Lo integran, Río Grande, Machuca, Catarpe, Quito, San Pedro de Atacama, Solcor, Larache, Yaye, Séquitur, Cúcuter, Coyo, Toconao, Talabre, Camar, Socaire, Peine y Solor. Ver, para más información, Barros, “Reseña histórico-jurídica de la territorialidad atacameña: De leyes y titulaciones interculturales (s. XVI - s. XXI)”, *Cuadernos Interculturales*, 4, 6, 2006, pp. 9-35.

154 La CONADI, Bienes Nacionales, ONGs y la CEPAL, han realizado estudios y catastros que reconocen millones de hectáreas en propiedad patrimonial ancestral a los atacameños, de las cuales se han regularizado entre el 5% y 10%. Ver CINPRO-MBN, “Ordenamiento catastral de las comunidades del altiplano de la II Región, Provincia de El Loa”; Barros, “De las castas y la pobreza indígena en Chile”, *Anales del Instituto de Chile*, 27, La pobreza en Chile II, Santiago, 2008, pp. 213-262; véase también: CONADI, *Informe estado de tramitación de tierras y aguas indígenas Región de Antofagasta*, 2008; Bernardo Muñoz, *Derechos de propiedad y pueblos indígenas en Chile*, Serie de Desarrollo Productivo, 60 CEPAL, 1999; Raul Molina y Jorge Rowlands - Observatorio Ciudadano, *Comunidades indígenas en la cuenca del Loa y el salar de Atacama: Territorio y demanda de tierras al Estado de Chile*, Documento de Trabajo s/n, 2010.

155 El Consejo se reúne una vez al mes y lleva cumplidas actas de sus trabajos (la toma de decisiones es por consenso o voto de la mayoría). El CPA administra el Internado Andino en la ciudad de Calama, al cual asisten las niñas y niños atacameños provenientes de los pueblos más aislados de la región.

156 Por ejemplo, el recurso de protección contra el Ministerio de Bienes Nacionales por haber otorgado a CONICYT una concesión de tierras en territorio reclamado por Toconao. Corte de Apelaciones de Santiago 2013.

157 Consejo de Pueblos Atacameños del ADI Atacama La Grande, denuncia a la CIDH, 17 de julio de 2013.

Fue una práctica común, donde existen municipalidades en territorios ancestrales indígenas, que las empresas trataran directamente con los alcaldes electos, aunque no fueran indígenas, y no con los representantes legales de las comunidades, incluso cuando se trata de temáticas indígenas. Desde la entrada en vigencia del Convenio 169, puesto que los municipios no son instituciones indígenas y que el diálogo de estos con empresas no puede sustituir legalmente a la consulta, se ha hecho más frecuente que las comunidades celebren acuerdos territoriales con empresas, que ya no recurren a las alcaldías para obtener la licencia social para operar.

El CPA ha proseguido el diálogo con la empresa Rockwood Litio, en el marco del EIA referido más arriba, que llevó al acuerdo con Peine. Su intención ha sido avanzar en la celebración de un convenio similar, pero con énfasis en la constitución de un organismo de aguas subterráneas y de cuenca, para proteger el salar y sus afluentes.

En la actualidad no existe diálogo alguno entre la empresa SQM, el CPA y la mayoría de las comunidades que habitan la comuna. De los documentos administrativos y judiciales disponibles se desprende que SQM desconoce los derechos de las comunidades e individuos indígenas afectados sobre las tierras, aguas y sales que estos ocupan tradicionalmente, desde tiempo inmemorial, en la región de Antofagasta. No obstante, el CPA no ha interpuesto (aún) una denuncia internacional ante la negativa de consulta por el proyecto de SQM antes descrito.

5.2.3. Comunidad Colla del Río Jorquera

La Comunidad Colla del Río Jorquera y sus Afluentes, cuyo territorio ancestral se encuentra al sureste de Copiapó, obtuvo derechos de aguas y títulos por 1,5% de las casi 452.000 hectáreas que reclamó como su territorio ancestral, correspondientes a parte de los ríos, sus afluentes y riberas.¹⁵⁸ Tradicionalmente, se han dedicado a la transhumancia, pastoreando el ganado en vegas y bofedales del altiplano; en menor medida, algunos de sus miembros practican la pequeña minería artesanal. En su territorio ancestral, operan varias mineras: en fase de explotación, minera Maricunga; en fase de construcción (aunque suspendida), Cerro Casale / Aldebarán (Barrick Gold / Kinross) y Caserones (Lumina Copper); en fase de exploración, proyecto Luciano (Casale); y en fase de prospección, Caspiche, Cerro Matta (Antofagasta Minerals), Cerro del Medio y Vale. Además, Green Minings (BHP Billiton) tiene otras concesiones a pesar de no avanzar en los proyectos Chuminga y Vega. La comunidad mantiene convenios sobre distintas materias con cuatro de las empresas, incluyendo un acuerdo de cooperación (conve-

158 Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, op. cit.

nio sobre medidas de desarrollo y responsabilidad social empresarial), un acuerdo de mitigación del tránsito (Vale) y un protocolo de cooperación sobre el retrasado de un tendido eléctrico (medidas de mitigación de impacto y desarrollo comunitario) con Lumina Copper en el marco del proyecto Caserones. Además, tiene dos convenios con la empresa ETÓN, que ejecuta el proyecto Caspiche, y un convenio de cooperación con Antofagasta Minerals en relación al proyecto Cerro Matta. Todos los acuerdos hacen referencia a los derechos indígenas y, en su gran mayoría, al Convenio 169. Establecen reglas para el diálogo, con resguardos de equilibrio de poderes, como la decisión en consenso, la posibilidad de contratar expertos y la libre disposición de los recursos entregados.¹⁵⁹ La comunidad estableció una mesa de diálogo en común con todas las empresas que realizan actividades en su territorio, además de sostener relaciones bilaterales con cada una.

El proyecto Cerro Casale¹⁶⁰ financió un estudio de impacto ambiental, social y cultural alternativo, elaborado por un experto independiente, en el marco de una CPLI. El diálogo que llevó la empresa con la comunidad antes del ingreso del proyecto al SEA fue convalidado en la RCA¹⁶¹ como proceso de “consulta previa”, incorporación en principio contraria al derecho internacional e interno. Varios de los temas que habían sido planteados en 2001/2002, a través de observaciones ciudadanas al proyecto Aldebarán, han resurgido en el proyecto Cerro Casale. Los puntos más conflictivos han sido la instalación de un tranque de relave (Aldebarán), el tratamiento de desechos tóxicos de cianuro (se recomendó la exportación a países que cuentan con plantas de tratamiento) y la instalación de un aeródromo para el transporte de concentrado de metales con avionetas (Cerro Casale). La comunidad se opuso especialmente a la construcción del aeródromo en una vega de pastoreo tradicional y no otorgó su consentimiento al proyecto Cerro Casale.¹⁶² Arguyó que el proyecto, tal como fue aprobado por el SEA regional el 3 de enero de 2013, no cumplía con los estándares mínimos del Convenio 169 y dedujo recurso administrativo contra la resolución.¹⁶³ En la actualidad, el proyecto se encuentra suspendido, a pesar del otorgamiento del permiso ambiental, por la paralización de toda la actividad de Barrick Gold en Chile.¹⁶⁴

159 Salinas, op. cit.; DIAs y EIAs sobre proyectos en territorio de la Comunidad Colla del Río Jorquera; convenios proporcionados por la comunidad.

160 Prospección ingresada por DIA en 2008, RCA 2009; Proyecto de explotación ingresado como EIA en 2011, con resolución SEA favorable del 3 de enero de 2013.

161 Véase Ordinario 075/2014 del 4 de marzo de 2014.

162 Salinas, op. cit.

163 Ordinario 064/2013 del SEA, Región de Atacama. Recurso de Reclamación presentado por Roberto Salinas contra Resolución Exenta 4 del 3 de enero de 2013 que califica favorablemente el proyecto denominado “Optimización Proyecto Minero Cerro Casale”. Admitido a trámite el 4 de marzo de 2014, pendiente.

164 Nueva Minera: “La totalidad de la cartera de Barrick en Chile se paraliza tras suspensión de

Las prospecciones y exploraciones en territorio de la comunidad, ingresadas a través de DIAs, no requieren, según el SEA, de CPLI. En todos los casos, la CONADI señaló que debía haber consulta previa a la comunidad Colla.¹⁶⁵

5.3. Cuadro resumen

Durante todo el ciclo minero debiera existir un proceso de diálogo, remediación y monitoreo permanente. La prospección es posible sin ningún permiso en terrenos abiertos e incultos. Solo para constituir servidumbres mineras sobre las tierras se requiere una concesión de exploración. Es imprescindible que las comunidades tengan información completa y correcta sobre estos procesos para poder negociar y conversar en igualdad procesal con las mineras.

La mayoría de las comunidades y organizaciones entrevistadas, han celebrado algún tipo de convenio con empresas mineras: memoranda de información y comunicación (reglas procesales), permisos de acceso, convenios de preexploración, convenios de exploración, acuerdos de impacto y beneficio, acuerdos de mitigación, acuerdos de cierre, acuerdos sobre el manejo común de los recursos o acuerdos de fiscalización común. Mediante ese tipo de convenios, generalmente para cada etapa, se establecen de común acuerdo medidas específicas de compensación, mitigación, monitoreo, remediación y/o seguimiento.

Los convenios examinados no mencionan la debida diligencia –la mayoría data de antes del uso corriente del término en el derecho internacional–; aquellos que están en proceso de negociación debieran contener referencias a esta responsabilidad empresarial y estatal.¹⁶⁶ Además, todos los convenios (menos uno) contienen cláusulas que mencionan y resguardan los derechos indígenas; ninguno impide la judicialización de conflictos con la empresa vinculados al impacto de las actividades mismas (y no solamente el impacto de los proyectos de desarrollo comunitario). Las empresas y comunidades que no han implementado diálogos ni convenios tienden a estar más involucradas en procesos judiciales: así como la relación entre el CPA y SQM se reduce al ámbito administrativo y judicial, la comunidad Colla solamente tiene relaciones judicializadas con la empresa Cerro del Medio.

Hemos evaluado las relaciones entre comunidad y empresa en distintos contextos, según los estándares antes expuestos, en función de:

Pascua Lama”, 4 de noviembre de 2013.

165 Prospección Luciano de Compañía Minera Casale, para la cual el SEIA no acoge el informe alternativo que la comunidad preparó; Prospección Maricunga; Prospección Cerro Matta; Prospección Casale. En los últimos dos casos, el Convenio 169 aún no había entrado en vigencia (aunque había sido ratificado).

166 Entrevista telefónica a un dirigente indígena del norte de Chile, 9 de julio de 2014.

si existe algún mecanismo de queja o solución de conflictos; si hay una instancia que promueva el equilibrio de poderes (posibilidad de contratar expertos, acuerdos en unanimidad, libre disposición de los aportes de la empresa por parte de la comunidad); si se desarrolla un diálogo formal o informal; si se firmaron algunos de los siguientes tipos de convenios: acuerdos precursores, acuerdos de impacto beneficio o acuerdos de seguimiento y fiscalización común; si estos acuerdos hacen referencia a estándares internacionales; si permiten la posible judicialización del convenio y de otras materias que pueden surgir en la relación; si mencionan la obligación de debida diligencia de la empresa; si la comunidad tiene acceso a la información íntegra sobre el proyecto; y si existe un plan de cierre participativo. También levantamos datos sobre judicialización y consulta previa (estatal).¹⁶⁷

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Estado no ha cumplido con regularizar las tierras de los pueblos indígenas en el norte de Chile (y en otros lugares a lo largo del territorio nacional), lo que los deja en la indefensión mientras carezcan de los títulos materiales oponibles a terceros. El derecho internacional requiere que, mientras los territorios y recursos ancestrales no estén titulados, proceda el consentimiento previo, libre e informado para desarrollar proyectos o medidas en dichos territorios. La normativa chilena no reconoce ese estándar sobre consentimiento y, por lo tanto, genera responsabilidad internacional del Estado al respecto.

Como hemos desarrollado a lo largo de este capítulo, la consulta del ahora DS 40 incumple con los estándares internacionales de manera mucho más significativa que el proceso de la Mesa de Consenso que llevó a la aprobación del DS 66. No obstante, ambos contienen deficiencias considerables respecto a las obligaciones internacionales de Chile, las que pueden explicar el rechazo del DS 40 y el DS 66 por parte de la mayoría de los pueblos y comunidades indígenas en Chile.

Chile no cumple, en lo sustantivo y procesal, con sus obligaciones bajo el Convenio 169, y otros tratados internacionales de derechos humanos, aunque el DS 66, que establece el Reglamento sobre Consulta de los Pueblos Indígenas (no así el DS 40, que adopta el Reglamento del SEIA), constituya un avance en relación a la anterior regulación (DS 124). El Estado de Chile no ha garantizado la representatividad de quienes participaron en los procesos de consulta (de

¹⁶⁷ Los autores proporcionan en la página del Centro de Derechos Humanos, una tabla que resume las características de los convenios que las comunidades pusieron a su disposición, basada en las siguientes fuentes: entrevistas con dirigentes indígenas; acceso a algunos convenios (por una sola vez, sin reproducción). Ver www.derechoshumanos.udp.cl.

manera flagrante, en el caso del DS 40) ni ha tomado en cuenta las observaciones de los pueblos y comunidades indígenas, descartando su crítica fundamentada sobre el proceso mismo y sus observaciones sobre aspectos cruciales como: la exclusión de la geotermia de las consultas, temas de agua, que todo proyecto en territorio indígena se consulte y la solicitud de que el Estado (y no las empresas) ejecute los procesos de consulta. En el texto del DS 66 preocupa especialmente la regulación de los plazos y la exclusión de actos municipales. La nueva regulación aplica un régimen distinto para las inversiones, con múltiples excepciones, especialmente los actos reglados como concesiones u otorgamientos de derechos de agua, que no están sujetos a la consulta. Ello es, según la interpretación de órganos internacionales, contrario a las obligaciones del Estado de Chile en la materia. En general, el Estado ha faltado al deber de debida diligencia en la CPLI.

Las empresas transnacionales y nacionales muestran un respeto muy dispar por los estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas. Este capítulo no ha evaluado los impactos específicos de las empresas en territorios indígenas. Más bien, se ha analizado en qué medida los convenios entre empresas y comunidades pueden contribuir a que estas últimas exijan el cumplimiento con los estándares internacionales, y en qué medida el diálogo y negociación se ajustan a las responsabilidades empresariales en este ámbito.

Los convenios que hemos estudiado mencionan estándares internacionales de protección a los pueblos indígenas; dependiendo de su fecha de celebración y la disponibilidad de asesoría experta para las comunidades, el balance de poder en estos es más o menos equilibrado, garantizando la toma de decisiones en común acuerdo, permitiendo la judicialización en caso de conflictos. Los convenios vigentes no aluden a la prevención de daños (en vez de mitigación o reparación) o al concepto de debida diligencia.

Los casos seleccionados para este capítulo se refieren preponderantemente a comunidades que han optado por un camino del diálogo con las empresas que invierten en su territorio. No obstante, hay comunidades a lo largo de Chile que, legítimamente, se oponen a cualquier inversión minera en su territorio y usan la vía judicial para hacer valer sus derechos (por ejemplo, la Comunidad Diaguita de los Huascoaltinos, que interpuso, con el Observatorio Ciudadano, una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que fue declarada admisible).¹⁶⁸ No siempre logran hacer valer sus derechos, pero no cabe duda que, para otorgar una concesión o cualquier otro permiso de inversión en territorio ancestral o inscrito,

168 CIDH, Comunidad Diaguita de los Huascoaltinos contra Chile, Petición 415-07, Informe de admisibilidad 141/09, y Audiencia, 25 de octubre de 2011.

se debe efectuar una CPLI. La normativa internacional permite que se invierta en esos territorios a pesar de la falta de consentimiento, siempre que estos estén debidamente titulados, que la inversión no implique desplazamiento, que no ponga en peligro la supervivencia de la comunidad, que no se acopien desechos peligrosos en estos territorios y que se hayan cumplido todos los requisitos de la CPLI.

Se recomienda al Estado:

- 1 Asegurar que los reglamentos que rigen temas de consulta cumplan con los estándares internacionales y convocar a un proceso de CPLI conforme al derecho internacional; especialmente, que el Reglamento sobre el SEIA sea consultado conforme a los estándares internacionales.
- 2 Dar prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que obligue a la CPLI de todos los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, incluyendo medidas que ingresen por declaración de impacto ambiental, otorgamiento de derechos de agua, concesiones, declaraciones de impacto ambiental u otros actos reglados; que los plazos establecidos para la CPLI cumplan estándares internacionales.
- 3 Asegurar la transparencia de todas las actividades de lobby en relación a proyectos de inversión y la regulación de las actividades de inversión.
- 4 Construir la confianza necesaria para los próximos procesos de consulta.

Se recomienda a las empresas, según los estándares internacionales aplicables:

- 5 Cumplir con la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, tal como es definida por las Naciones Unidas; especialmente, prevenir y, si ello no es posible, mitigar los impactos negativos de las actividades empresariales en los derechos humanos de las comunidades indígenas.
- 6 Entablar diálogo y negociación solamente con los órganos representativos de las comunidades, respetando todas las normas del derecho internacional sobre estos procesos, incluyéndolas además en los convenios que se celebren.
- 7 Cumplir con los estándares internacionales sobre diálogo, negociación, consulta y participación en los beneficios, aunque el Estado no lo requiera, especialmente en relación con actividades como prospección, concesiones y otorgamiento de derechos de aguas u otros recursos naturales en territorios ancestrales.

**EL IMPACTO DEL
SISTEMA
PENITENCIARIO EN
LOS DERECHOS
HUMANOS:
LA PERCEPCIÓN DE
LAS PERSONAS
PRIVADAS DE
LIBERTAD¹**

¹ Capítulo preparado por Olga Espinoza Mavila, Fernando Martínez Mercado y Guillermo Sanhueza Olivares.

SÍNTESIS

Este capítulo aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. Se contrasta el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de autorreporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones.

PALABRAS CLAVE: Política penitenciaria, Derechos humanos, Estándares internacionales, Encuesta de percepción

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de este trabajo se describen los elementos de política pública que han estado presentes en la acción del Ministerio de Justicia durante el último lustro en materia penitenciaria, con particular énfasis en las recomendaciones y diagnóstico formulados por el Consejo Para la Reforma Penitenciaria, en marzo de 2010. El trabajo de dicho Consejo se efectuó bajo convocatoria del Ministerio de Justicia, con la participación de diversos especialistas y con una perspectiva amplia, tanto en lo político como en lo técnico. A partir de ese marco, durante el período 2010-2013 las acciones desarrolladas por el Sector Justicia continuaron, en medida importante, las propuestas del Consejo. De ahí la importancia del análisis que se realiza en la primera parte del capítulo, cuyo propósito es aportar elementos para contribuir a determinar su impacto en los derechos humanos de las personas reclusas.

En la segunda parte se revisan los principales estándares internacionales sobre ciertos aspectos críticos de las prisiones, particularmente aquellos relacionados con las condiciones de habitabilidad de estas y su impacto en la vida de los internos. El objeto de seleccionar los referidos estándares dice relación con la posibilidad de analizarlos a la luz de los datos proporcionados por la *Primera encuesta de percepción de calidad de vida penitenciaria*, realizada durante 2013 por la Unidad de Derechos Humanos de Gendarmería de Chile, los que se encuentran publicados en su página institucional.

La importancia de dicha información salta a la vista, toda vez que se trata de un ejercicio inédito en Chile y que reviste toda la riqueza propia de las fuentes primarias. Sin perjuicio de ello, la elaboración de conclusiones, en la tercera parte y final del texto, toma en consideración la existencia de realidades distintas (al observar diferentes unidades penales, regiones y sistemas de administración) y no siempre comparables.

1. LA POLÍTICA PENITENCIARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Durante el año 2009 el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC) participó, junto con otras instituciones, en el Consejo Para la Reforma Penitenciaria convocado por el Ministerio de Justicia. En su informe final,² presentado en marzo de 2010, el Consejo entregó un diagnóstico sobre la situación del sistema penitenciario y propuestas para enfrentar los problemas detectados. Entre estos se mencionan el hacinamiento y la sobrepoblación, el aumento explosivo de la población penal, la insuficiente inversión en infraestructura, una estructura organizacional que privilegia el criterio de seguridad, una inadecuada oferta de reinserción, el aumento de presupuesto sin resultados demostrables, la falta de perspectiva intersectorial en la gestión institucional, problemas en la eliminación de antecedentes penales, falta de enfoque territorial en los programas postpenitenciarios, el aumento de penas privativas de libertad y el escaso control de la ejecución penal.

Parte importante de estos problemas resultan de la falta de una política criminal coordinada -a veces contradictoria- entre los distintos organismos del sector Justicia. Históricamente, puede encontrarse un ejemplo de ello en la utilización amplia de penas privativas de libertad por parte de los Tribunales de Justicia, a la vez que restrictiva del principio de progresividad por el lado del sistema penitenciario, con el consiguiente aumento de la población penal por sobre las plazas disponibles y el respectivo hacinamiento. Asimismo, la priorización del gasto en seguridad ha implicado menor inversión en infraestructura, así como en programas de reinserción y de soporte al egreso, estos últimos como principales instrumentos de prevención de la reincidencia criminal y de un eventual reingreso al sistema judicial y penitenciario.

Ante esto, el Consejo Para la Reforma Penitenciaria hizo siete propuestas que consistieron en fortalecer la institucionalidad del sistema penitenciario, el sistema alternativo a la privación de libertad y la oferta programática de reinserción social intra y post penitenciaria, racionalizar el uso de la privación de libertad, fomentar la existencia de controles externos de la ejecución penal y dar continuidad a las intervenciones realizadas en el sistema penal adolescente cuando se produce el paso al sistema adulto.³ Por su naturaleza, tales propuestas podían constituir un programa de trabajo en la perspectiva de una política penitenciaria integral, cuya vigencia en general se mantiene, sin perjuicio de los avances que se indicarán más adelante.

² Consejo Para la Reforma Penitenciaria, Ministerio de Justicia, *Recomendaciones para una nueva política penitenciaria*, Documento de trabajo, 2010.

³ Consejo Para la Reforma Penitenciaria, Ministerio de Justicia, *Recomendaciones para una nueva política penitenciaria*, Documento de trabajo, 2010, pág. 7 y ss.

Debido a que el diagnóstico del Consejo no estaba enfocado en la situación de los derechos humanos, no se aludió a la falta de respeto y garantía de los derechos a la vida e integridad física y psíquica, como parte de los problemas más importantes del sistema penitenciario. Al respecto, baste recordar que las denuncias por torturas y malos tratos tienen larga data. De hecho, existe amplio consenso en que el principal problema del sistema penitenciario, desde hace décadas, es la sobrepoblación y el consecuente hacinamiento. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el hacinamiento puede ser constitutivo de tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁴ El hacinamiento de los internos deteriora sus condiciones de vida, tanto en aspectos materiales como en la precariedad del respeto de sus derechos a la vida e integridad física y psíquica, disminuyendo a la vez sus posibilidades de acceder a beneficios penitenciarios y sus probabilidades de reintegrarse socialmente,⁵ debido a las dificultades que implica para la adecuada implementación de programas de reinserción social. En consecuencia, la finalidad de prevención especial positiva de la pena privativa de libertad, resulta disminuida o sencillamente no se cumple. Otro aspecto importante dice relación con el hecho de que, hasta hace poco tiempo, el régimen disciplinario ocupaba en forma prioritaria la sanción de aislamiento en celda solitaria. Por último, la inexistencia de una ley de ejecución penitenciaria vulnera el principio de legalidad al momento de aplicarse las sanciones, por cuanto la Constitución Política señala que las penas deberán ser aplicadas en la forma que indique una ley,⁶ en circunstancias que en Chile la fase de ejecución penal se encuentra normada solo por la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.⁷

Las actuaciones del Ministerio de Justicia durante el período 2010-2013, indican que las propuestas del Consejo para la Reforma Penitenciaria contribuyeron en medida importante a delinear la política sectorial, traducida inicialmente en el Plan de 11 medidas,⁸ como un primer paso dirigido a mejorar las condiciones de habitabilidad, higiene, alimentación y seguridad en las cárceles, para luego confi-

4 CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. OEA/Ser.LV/II. Doc.64. Washington, 2011.

5 Así lo ha señalado la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, Mónica Maldonado, en su informe al Senado del 1 de junio de 2009.

6 Constitución Política, Art. 19 N° 5 letra b).

7 Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto 518 de 1998).

8 Ministerio de Justicia. "Plan de 11 medidas". Las 11 medidas consistieron en: 1ª, colchones, frazadas, literas; 2ª, mejoras en la alimentación de condenados e imputados; 3ª, mejoramiento en materia sanitaria y sistema de luminarias; 4ª, aumento en las horas de desencierro; 5ª, cuidado y salud en situaciones de emergencia; 6ª, mejoras en registro corporal a internos; 7ª, mejoras al sistema de visitas; 8ª, fortalecimiento de asesoría espiritual; 9ª, mejorar condiciones de liberación; 10ª, potenciamiento centros de educación y trabajo (CET); y 11ª, seguridad al interior de los penales.

gurar -a partir del trabajo del Consejo de Política Penitenciaria,⁹ en el que participó el CESC y otras organizaciones especializadas en temas penitenciarios- lo que el Ministerio de Justicia denominó “Nueva Política Penitenciaria”.

En efecto, con anterioridad, desde el año 2000 al 2010, la principal política del Ministerio de Justicia en el ámbito de ejecución de penas había estado focalizada en la concesión de infraestructura penitenciaria, como forma de solucionar la sobrepoblación carcelaria. Sin embargo, el programa de infraestructura concesionada, ejecutado mediante un mandato suscrito el año 2000 entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Obras Públicas, presentó diversos problemas para su concreción, lo que ha llevado a que, hasta la fecha, no se complete la edificación de las cuatro etapas consideradas en el programa original. En definitiva, la política de concesiones no llegó a constituir la solución esperada para el problema de sobrepoblación carcelaria, dentro de los plazos previstos.

Dada la importancia del problema del hacinamiento, entre 2010 y 2013 se decidió impulsar un conjunto de otras medidas para descongestionar las cárceles, entre ellas el mayor uso del indulto conmutativo, para lo cual se dictó en mayo de 2012 la Ley 20.588 con el objeto de aplicar la conmutación a condenados de baja peligrosidad y el extrañamiento a extranjeros condenados, así como el incremento de los beneficios intrapenitenciarios y de la libertad condicional. Así, respecto de beneficios intrapenitenciarios, cifras de Gendarmería de Chile muestran que, por ejemplo, en el CDP Santiago Sur aumentaron de 78 en el primer trimestre de 2012 a 168 en igual período de 2013; de 77 a 289 en el segundo trimestre de los mismos años; y de 143 a 287 en el tercer trimestre.¹⁰

Por otro lado, entre las adecuaciones normativas, la Ley 20.587 modificó el Decreto Ley 321 de 1925 sobre libertad condicional, disponiendo que ésta sea concedida por resolución de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones respectiva. Con ello se opta por la consideración de argumentos técnicos para decidir sobre el otorgamiento de este beneficio y se simplifica el trámite, al descartar la intervención de la autoridad política representada por el SEREMI de Justicia.¹¹ La misma ley estableció la pena alternativa de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, en caso de no pago de la sanción de multa, evitando una posible privación de libertad ante tal incumplimiento.¹²

9 Convocado por el Ministerio de Justicia en 2013.

10 Ricardo Quintana, “Gestión Penitenciaria. Gendarmería de Chile. CDP Santiago Sur”. Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos y Buenas Prácticas Penitenciarias, Gendarmería de Chile, Santiago, 2013.

11 Ley 20.587, Art. 1 N° 1) letra a) y ss.

12 Ley 20.587, Art. 2.

Adicionalmente, Gendarmería de Chile modificó la forma de cálculo de la cantidad de plazas existentes en el sistema carcelario, lo que, sumado a las medidas antes descritas, hizo que las cifras de sobrepoblación experimentaran una importante disminución. El 20 de marzo de 2013 se dictó la Resolución Exenta 2430 que estandarizó, a nivel nacional, una metodología para medir la “capacidad de diseño”¹³ de los establecimientos del sistema cerrado. El cálculo efectuado por Gendarmería de Chile, a partir de la redefinición de la capacidad de los recintos y la población penitenciaria existente, se tradujo en un “índice de uso de capacidad” que, al 31 de mayo de 2014, era de 113,7% a nivel nacional (118,2% en hombres y 77,2% en mujeres).¹⁴ Aunque dichos índices se encuentran bajo los estándares internacionales,¹⁵ que hablan de hacinamiento crítico cuando éste supera el 120%, en 7 cárceles de mujeres el índice es cercano o superior a 150%, entre ellas el Centro de Detención Preventiva (CDP) de Vallenar (143%), los Centros de Cumplimiento Penitenciario (CCP) de Los Andes (172%) y San Antonio (196%), el Centro Penitenciario Femenino (CPF) de Talca (211%) y el CCP de Chañaral (300%).¹⁶ Otro tanto sucede en 34 cárceles de hombres, destacando los CDP de Calama (193%) y Taltal (295%), el CCP de Copiapó (277%), el CDP de Ovalle (191%), los CCP de Los Andes (172%), San Antonio (197%), Limache (297%) y, CCP de Curicó (167%), y los CDP de Yungay (166%), Villarrica (164%) y Santiago Sur (202%).¹⁷

Pese a que estas cifras revelan que el problema del hacinamiento dista mucho de estar superado, el indicador global de prisionización en Chile ha disminuido ostensiblemente, registrándose un descenso sostenido de la tasa de presos por cien mil habitantes, desde 318 en el año 2008 a 267 en 2014.¹⁸ A su vez, en términos numéricos, durante el último lustro, la población penitenciaria en el sistema cerrado se ha mantenido o disminuido ligeramente, tal como muestra la Tabla N° 1, lo que modifica la tendencia registrada en los 20 años anteriores.

13 Resolución Exenta 4247, de 10 de mayo de 2013.

14 [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/indice_plazas\(may\).pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/indice_plazas(may).pdf)

15 Al respecto, ver Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Informe (92) 3 [EN], Second General Report, 13 de abril de 1992.

16 [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/indice_plazas\(may\).pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/indice_plazas(may).pdf)

17 A modo de comparación, en el año 2009 el informe para la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, realizado por la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, Mónica Maldonado, indicó que algunos de los centros con mayor sobrepoblación eran: Centro de Detención Preventiva Santiago Sur (111%), Centro de Cumplimiento Penitenciario de Arica (97%), Centro Penitenciario de Antofagasta (167%), Centro de Detención Preventiva de Puente Alto (131%), Centro Penitenciario Femenino de Santiago (101%), Centro Penitenciario de Buin (600%), Centro Penitenciario de Valparaíso (141%), Centro Penitenciario de San Antonio (145%), Centro de Detención Preventiva de San Miguel (108%), Centro Penitenciario de Concepción (110%), Centro de Detención Preventiva de Lebu (306%), Centro de Detención Preventiva de Quillota (130%) y Centro de Cumplimiento Penitenciario de Coronel (95%).

18 International Centre for Prison Studies (ICPS), World Prison Brief (CIEP Extracto del Mundo de la Prisión).

Tabla 1: **Población penitenciaria en Chile (al 31 de mayo de 2014)**

| Tipo de población | Hombres | Mujeres | Total | % |
|------------------------------|---------|---------|---------|-------|
| Total de atendidos | 107.725 | 13.393 | 121.118 | 100 |
| Subsistema cerrado | 39.654 | 3.197 | 42.851 | 35,38 |
| Subsistema semiabierto | 630 | 99 | 729 | 0,60 |
| Subsistema abierto | 43.149 | 7.071 | 50.220 | 41,46 |
| Subsistema postpenitenciario | 24.292 | 3.026 | 27.318 | 22,55 |

Fuente: Gendarmería de Chile, <http://www.gendarmeria.gob.cl/>

No obstante esta tendencia, la sobrepoblación y el consecuente hacinamiento siguen siendo identificados como los problemas más acuciantes del sistema carcelario chileno, particularmente porque, respecto de los internos, inciden al menos en las condiciones de habitabilidad, violencia delictiva y posibilidades de reinserción social. Aun cuando se trata de un problema que también afecta a los funcionarios penitenciarios, toda vez que deteriora seriamente sus condiciones de trabajo, tanto en aspectos físicos como psicológicos, solo se dispone de datos respecto de la población penitenciaria. En relación a esta última, el hacinamiento afecta tanto a condenados (en CCP) como a detenidos (en CDP).

Como una forma de prevenir las violaciones de derechos humanos y la violencia delictiva que se produce en las cárceles, el Consejo para la Reforma Penitenciaria recomendó “Fortalecer el sistema alternativo a la privación de libertad”,¹⁹ ya sea que dicha privación emane de condenas o de medidas cautelares.²⁰ En esta línea, el año 2012 se dictó la Ley 20.603 que amplió el catálogo de medidas contenido en la Ley 18.216 de 1983, introduciendo nuevas sanciones con carácter de penas sustitutivas y el monitoreo telemático de algunas de éstas, como medio de control de las mismas.²¹ Las modificaciones a la Ley 18.216 debían entrar en vigencia a partir del 28 de diciembre de 2013, contemplando-

¹⁹ Consejo Para la Reforma Penitenciaria, Ministerio de Justicia, *Recomendaciones para una nueva política penitenciaria*, 2010, p. 15.

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

²¹ *Ibid.*, p. 20.

se una implementación gradual de las penas controladas por medios telemáticos (reclusión parcial, libertad vigilada intensiva y pena mixta). Así, en el primer año de vigencia de la nueva ley, estaba prevista la aplicación de la reclusión parcial y de la libertad vigilada intensiva en condenas desde 4 a 5 años de presidio; para el segundo año se ampliaba la libertad vigilada intensiva a todas aquellas condenas desde 541 días de prisión; y para el tercer año la ley disponía la aplicación total del sistema, incluyendo la pena mixta. Sin embargo, problemas en la licitación y puesta en marcha del sistema de monitoreo telemático retrasaron el cronograma de implementación gradual. Como consecuencia, en junio de 2014, Gendarmería de Chile finalizó un período de pruebas del sistema de monitoreo electrónico y remitió los antecedentes al Ministro de Justicia, el cual los envió, a su vez, al Consejo de Defensa del Estado.²² Finalmente en agosto de 2014, se informó la disponibilidad del sistema, pero solo para el control de la pena de reclusión parcial.

No obstante, desde comienzos de 2014, el Poder Judicial aplicó aquellas penas sustitutivas que no requerían monitoreo telemático o que admitían una modalidad distinta de control. Según cifras de Gendarmería de Chile, hasta el 1º de agosto de 2014, los tribunales habían impuesto la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad en 1.414 casos. Por otro lado, para aplicar reclusión parcial, en su modalidad de reclusión domiciliaria nocturna, al menos un juzgado de garantía estableció un protocolo con Carabineros de Chile, a efectos de generar un sistema de control “aleatorio”, sobre la base de una determinada cantidad de visitas semanales. Hasta abril de 2014, fuentes judiciales²³ señalaban que, si bien se habían detectado incumplimientos de penas sustitutivas, este era menor que el incumplimiento que se verifica en medidas cautelares y que, en el caso de la reclusión domiciliaria nocturna, la proporción de condenados que no llegaba a dormir en su domicilio era similar a la que, antes de la modificación de la ley, no acudía a cumplir la medida alternativa de reclusión nocturna, contemplada en la Ley 18.216 antes de su modificación.

Como una forma de enfrentar “la serie de problemas relativos tanto al encierro como al medio libre”, el Consejo para la Reforma Penitenciaria había recomendado “potenciar la perspectiva de reinserción”, a través de una “política integral” en esta materia.²⁴ En relación a ello, la “Nueva Política Penitenciaria”²⁵ impulsada en el período 2010-2013, buscó plasmar “un nuevo enfoque de los procesos de reinserción e intervención”, a través de la reformulación de los progra-

²² Radio Cooperativa: “Gendarmería acude al CDE para definir licitaciones de brazaletes electrónicos”, 7 de julio de 2014.

²³ Juzgado de Garantía de la Región Metropolitana.

²⁴ Consejo Para la Reforma Penitenciaria, op. cit. p. 7.

²⁵ Ministerio de Justicia, *Balance y desafíos de la Nueva Política Penitenciaria*, Santiago, 2014.

mas de reinserción y de la implementación de las modificaciones a la Ley 18.216.²⁶ Entre las principales acciones desarrolladas en dicho lapso, se continuó la implementación y expansión del ‘Programa de Reinserción Social de Personas Condenadas por Infracción a la Ley Penal’, dirigido por el Ministerio del Interior,²⁷ en base a los principios de riesgo, necesidad y capacidad de respuesta (conocido como RNR, por sus siglas en inglés) que conforman un modelo de evaluación y tratamiento de infractores de ley que prioriza la intervención en personas privadas de libertad con alto a mediano riesgo delictivo.²⁸ Adicionalmente, se formuló un nuevo modelo de intervención para las penas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva en el contexto del subsistema abierto.²⁹

Finalmente, la formulación de una “política penitenciaria en el contexto de los derechos humanos”³⁰ condujo, en lo orgánico institucional, a la creación de la Unidad de Derechos Humanos,³¹ bajo dependencia de la Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile. A esta Unidad correspondió impulsar diversas acciones de capacitación y monitoreo interno del cumplimiento de los principales estándares nacionales e internacionales de derechos humanos, así como la realización de la Primera encuesta de percepción de calidad de vida penitenciaria, aplicada en la mayoría de las cárceles del país a más de 2.000 personas privadas de libertad. En lo que concierne a régimen disciplinario, a partir del trabajo promovido por esta Unidad se realizaron importantes modificaciones a la política de aplicación de sanciones. Por ejemplo, habida cuenta de que la sanción más utilizada era el aislamiento o internación en celda solitaria y que, en algunos recintos, este tipo de castigo se aplicaba a todas las infracciones

26 *Ibíd.*, p. 59.

27 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Manual de Procedimientos Programa de Reinserción Laboral*, 2013.

28 El concepto de “riesgo” refiere que la conducta criminal puede predecirse confiablemente a través de estrategias de medición basadas en evidencia (instrumentos de evaluación debidamente validados), y que en relación a esto, la reincidencia delictiva podría reducirse si el nivel de tratamiento que se entrega es proporcional al riesgo de reincidencia de cada persona. El concepto de “necesidad” indica que el tratamiento penal debe estar orientado hacia las ‘necesidades criminógenas’ de los individuos, cuya modificación deberá ser comprendida como objetivos intermedios del tratamiento. La “capacidad de respuesta” establece que el tratamiento debe adaptarse a las características de los sujetos, considerando tanto las fortalezas como las debilidades de los factores bio-psicosociales que podrían facilitar u obstaculizar su proceso de cambio. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC) y Fundación Paz Ciudadana, *Estudio de diagnóstico y propuesta de rediseño del Departamento Postpenitenciario de Gendarmería de Chile, Volumen II: Propuesta de rediseño e implementación del Departamento Postpenitenciario*, Santiago, Ministerio de Justicia, División de Reinserción Social, informe de investigación, 2014, pag.45-46.

29 Gendarmería de Chile, *Normas técnicas de Libertad vigilada y Libertad vigilada intensiva*, 2013.

30 Ministerio de Justicia *Balace y desafíos de la Nueva Política Penitenciaria*, 2014, p. 83.

31 Creada por Resolución Exenta 5712, de 11 de junio de 2012.

—como ocurría en el CDP Santiago Sur en octubre de 2012—,³² Gendarmería de Chile dictó la Resolución Exenta 4247, de 10 de mayo de 2013, que determinó criterios de excepcionalidad para su imposición. Como resultado de esta, la aplicación de celda solitaria disminuyó de 80% de los casos a nivel nacional, en diciembre de 2012, a 28% en septiembre de 2013.³³ ³⁴ De esta forma, la sanción más utilizada en septiembre de 2013 pasó a ser la privación de visitas (poco más del 60%). Durante el primer semestre de 2014 la Unidad de Derechos Humanos pasó a depender de la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile, después de lo cual se ha observado una menor actividad en esta materia, al tiempo que se han recibido informaciones que señalan que nuevamente se estaría utilizando la celda solitaria como castigo, en algunos recintos en los que se había dejado de usar.

En suma, los problemas de hacinamiento siguen afectando los derechos de los presos en una cantidad importante de recintos carcelarios. Asimismo, las modificaciones introducidas a la Ley 18.216 continúan pendientes de plena aplicación, por lo que debe entenderse que el proceso de fortalecimiento del sistema abierto sigue en desarrollo. Asimismo, en el Consejo de Nueva Política Penitenciaria se trabajó un nuevo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, el cual moderniza los conceptos bajo los cuales se organiza el régimen disciplinario, pero esta propuesta de nuevo Reglamento no ha sido sancionada.

2. LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CÁRCELES

En esta sección se presentan los principales resultados de la *Primera encuesta de percepción de calidad de vida penitenciaria*, realizada por la Unidad de Derechos Humanos de Gendarmería de Chile.³⁵ La importancia de la encuesta radica en que se trata de un esfuerzo pionero en el país, a través del cual se da cuenta de una metodología de auto observación del sistema penitenciario.

Antes de la descripción de los resultados de la encuesta y con el objeto de proporcionar un marco normativo para su análisis, se da cuenta de los principales estándares internacionales de derechos humanos aplicables en la materia. Como se sabe, Chile ha suscrito la mayoría de

³² Ricardo Quintana, “Gestión Penitenciaria. Gendarmería de Chile. CDP Santiago Sur”, Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos y Buenas Prácticas Penitenciarias, 2013.

³³ Alejandro Arévalo, “Avances y desafíos en el marco de los derechos humanos”, Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos y Buenas Prácticas Penitenciarias, 2013.

³⁴ Christian Alveal y otros, “Implementación de políticas penitenciarias”, Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos y Buenas Prácticas Penitenciarias, 2013.

³⁵ La Unidad de Derechos Humanos de Gendarmería de Chile fue creada en 2012 con la finalidad de promover una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos al interior de la institución. Con el cambio de gobierno la estructura de la Unidad fue modificada, pasando a depender directamente del Director Nacional, por Resolución Exenta N° 2825, del 17 de marzo de 2014.

tratados, tanto de envergadura universal (en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas) como regional (en la Organización de Estados Americanos), que resguardan los derechos humanos, los que también son aplicables para aquellas personas que se encuentran privadas de libertad. Junto a los tratados internacionales ratificados por el país,³⁶ existe una serie de instrumentos internacionales de naturaleza jurídica no convencional, que también forman parte del marco de protección de los derechos humanos, cuyo propósito es resguardar derechos en ámbitos más específicos, como la privación de libertad. Entre estas normas se puede identificar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,³⁷ los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos,³⁸ el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión,³⁹ y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.⁴⁰

Un instrumento del ámbito penitenciario de más reciente definición son las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como Reglas de Bangkok.⁴¹ Diversos antecedentes⁴² apoyaron el interés de la comunidad internacional en elaborar un conjunto de normas que adaptasen los principios establecidos en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (conocidas como Reglas de Tokio), con una focalización en la situación de las mujeres privadas de libertad. Esta preocupación se ha basado en el reconocimiento de las mujeres como un grupo vulnerable que posee necesidades específicas, el que muchas veces ha estado ausente o invisibilizado en las políticas públicas destinadas a regular el sistema criminal y penitenciario.⁴³

36 Como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales o la Convención Americana de Derechos Humanos. En materia de tortura se puede identificar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, y su protocolo facultativo, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

37 Adoptadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

38 Adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990.

39 Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

40 CIDH, Resolución 01/08.

41 Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 65/229 del 21 de diciembre de 2010.

42 *Ibid.*, Observaciones preliminares.

43 A ello se suma la constatación generalizada del considerable aumento del número de mujeres privadas de libertad en las últimas décadas, adquiriendo importancia y urgencia la necesidad de entregar más claridad a las consideraciones relativas al tratamiento de este grupo, más aun si los delitos por los que se les sanciona con mayor frecuencia (hurtos y tráfico de drogas) no suelen constituir un riesgo para la sociedad. En Olga Espinoza, Diego Piñol y Fernando Sala-

Para materializar esta norma, se produjo un conjunto de declaraciones y resoluciones⁴⁴ que alimentaron lo que hoy se presenta como Reglas de Bangkok. Estas son complementarias a las Reglas Mínimas sobre tratamiento de los reclusos y a las Reglas de Tokio, y buscan aclarar las disposiciones contenidas en las normas indicadas, así como regular aspectos nuevos que no son abordados en ellas, para mejorar la situación de las mujeres, sus hijos y sus comunidades.

2.1. Metodología de la encuesta

La encuesta, aplicada entre abril y septiembre de 2013 en 75 cárceles del país,⁴⁵ fue contestada por 2.093 personas privadas de libertad –695 mujeres y 1.398 hombres–, con una tasa de respuesta de 79% y más de 2.000 encuestas válidas para la mayoría de las preguntas. El instrumento fue aplicado en bibliotecas, salas de clases, capillas, oficinas administrativas, patios y varios otros lugares dentro de cada unidad penal (el único requisito era que hubiese espacio suficiente para resguardar la privacidad). Durante la aplicación del cuestionario, nunca hubo funcionarios uniformados presentes, a fin de minimizar sesgos. La encuesta fue anónima y confidencial (los identificadores fueron removidos para proteger a los encuestados). El método para llenar el cuestionario fue autorreporte, con asistencia del investigador para el caso de reclusos(as) que no sabían leer o escribir.⁴⁶

Los datos generados a partir de esta encuesta constituyen una contribución empírica sobre el estado de deterioro del sistema carcelario y la necesidad de avanzar hacia el mejoramiento del mismo, especificando los aspectos a nivel nacional, regional y local que requieren soluciones de mayor urgencia.

La encuesta incluyó preguntas sobre distintos ámbitos de la vida carcelaria. Así, se consultó la percepción de internos e internas respecto a condiciones de vida e infraestructura, trato y relaciones interpersonales (maltrato de otros internos y de funcionarios), acceso a programas de reinserción, confinamiento solitario, torturas, allanamientos, patrones de visitas y trato hacia ellas, accesibilidad y cali-

manca. *Demandas y características de capacitación laboral que fomente una reinserción social, laboral y familiar en mujeres privadas de libertad en cárceles chilenas*. Santiago, Sernam, 2014.

⁴⁴ Desde 1980, en los diversos Congresos de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del delincuyente, se han elaborado resoluciones sobre las necesidades específicas de las mujeres y sobre la urgencia de erradicar la violencia contra las mujeres presas.

⁴⁵ Las cárceles no incluidas fueron: Limache (problemas logísticos), Cochrane y Chile Chico (por razones geográficas), Santiago I (por la naturaleza de su población en tránsito), Cárcel de Alta Seguridad CAS (por el perfil de reclusos que alberga, muy distinto al común de la población penal del país), Cordillera (cerrado por decisión administrativa poco antes de la realización de la encuesta) y Punta Peuco (condiciones y población penal distinta al común del país).

⁴⁶ Los datos presentados en este *Informe* se encuentran tanto publicados en la página web de Gendarmería como en manos de los autores de éste capítulo uno de los cuales participó en la confección y desarrollo de la encuesta.

dad de la atención de salud, y modificaciones al funcionamiento de la cárcel donde actualmente se encuentran.

En el presente informe se presentan datos desagregados a nivel regional para varias de las dimensiones incluidas en el cuestionario. También se presentan algunas variaciones por género y por tipo de cárcel (concesionadas y tradicionales).

Es importante destacar que, como generalmente ocurre en estudios sociales, los promedios siempre esconden variaciones importantes y este trabajo no fue la excepción. Se debe tener en mente que, para cada dimensión e indicador, pueden existir importantes variaciones por género, tipo de cárcel, región y establecimiento, por lo que deben evitarse las generalizaciones.

2.2. Problemas de infraestructura y hacinamiento

2.2.1. Los estándares internacionales

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.⁴⁷ Las personas privadas de libertad serán tratadas con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano.⁴⁸ Este derecho no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados partes.⁴⁹ Los “Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente al ser humano”.⁵⁰

En cuanto al hacinamiento, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (en adelante, CPT) indica que “una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las [instalaciones] sanitarias, reducidas actividades fuera de la celda [...], servicios de salud sobrecargados, aumento de tensión en el ambiente y, por consiguiente, más violencia entre prisioneros y el personal penitenciario”. En esa misma línea, el CPT estableció que una celda debería tener aproximadamente 7 metros cuadrados por cada interno.⁵¹

En términos generales, los espacios destinados a los reclusos, especialmente los que se destinan al alojamiento nocturno, “deberán

47 La integridad personal se encuentra protegida tanto en los instrumentos del sistema universal como en los del sistema interamericano de derechos humanos. Ver Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 5 numeral 1.

48 *Ibid.*, art. 5, numeral 2.

49 *Ibid.*, art. 27, numeral 2.

50 Álvaro Castro, Miguel Cillero y Jorge Mera, *Derechos fundamentales de los privados de libertad*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, p. 89.

51 Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, *op. cit.*, párr. 43.

satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación”.⁵² Respecto de las mujeres, estos recintos “deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higienes propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación”.⁵³

2.2.2. La percepción de las personas privadas de libertad

La encuesta incluyó 9 ítems sobre condiciones de vida e infraestructura. En esta sección, la pregunta fue formulada siempre en “positivo”. Por ejemplo: “¿En esta unidad, cuenta con un baño en *buenas* condiciones?”, para lo cual había una alternativa binaria con dos posibles respuestas (“sí” o “no”). Así, para estas preguntas, los porcentajes más bajos indican los problemas más graves. La tabla 2 muestra los resultados sobre infraestructura y condiciones carcelarias a nivel nacional.

⁵² ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, op. cit., regla 10.

⁵³ Reglas de Bangkok, op. cit., regla 5.

Tabla 2: Percepción acerca de las condiciones de vida e infraestructura. Datos nacionales, desagregados por sexo

| Ítem | % total | % mujeres | % hombres | Sig. ¹ (*) | Total de respuestas |
|--------------------------------|---------|-----------|-----------|-----------------------|---------------------|
| Temperatura adecuada de celdas | 33,2 | 30,4 | 34,6 | * | 2.035 |
| Espacio suficiente | 41,9 | 37,4 | 44,1 | * | 2.029 |
| Baño en buenas condiciones | 48,5 | 43,5 | 51,0 | * | 2.049 |
| Ventilación adecuada | 51,0 | 45,2 | 53,9 | * | 2.043 |
| Duerme en un lugar limpio | 60,3 | 56,3 | 62,3 | * | 2.045 |
| Calidad de comida adecuada | 66,4 | 58,2 | 78,5 | * | 2.035 |
| Luz suficiente | 72,3 | 70,1 | 73,4 | | 2.055 |
| Cantidad de comida suficiente | 73,4 | 74,5 | 72,8 | | 2.044 |
| Acceso a ducha diaria | 89,7 | 88,1 | 90,5 | * | 2.012 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

¹ Sig es la abreviatura para “diferencia estadísticamente significativa”. Cuando se trabaja con muestras de una población, se debe realizar un test estadístico para determinar si la diferencia de porcentaje entre los grupos de interés es más o menos “real” o podría deberse simplemente a factores del muestreo. El asterisco () indica que la diferencia de porcentajes entre las muestras de hombre y mujeres (en este caso) debe interpretarse como una “diferencia real” entre los grupos. Cuando el asterisco no está presente, aun cuando hay diferencias aparentes entre hombres y mujeres, estas deben interpretarse solo como diferencias asociadas al muestreo.*

Los mayores problemas reportados a nivel nacional tienen que ver con temperaturas inadecuadas en las celdas o módulos (los internos muchas veces pasan frío), con el hacinamiento y la falta de espacio, con el mal estado de los baños (y/o con la escasez de estos) y con la inadecuada ventilación de las celdas o módulos.

En general, aunque hombres y mujeres tienden a rankear en el mismo orden los problemas. Existen diferencias estadísticamente significativas en la percepción para casi todas las variables, las cuales están marcadas con asterisco. En general, las mujeres tienden a tener a una percepción más crítica que los hombres, lo cual quizás refleje que están siendo tratadas bajo la misma lógica que los hombres.

La tabla 3 presenta la percepción de condiciones de vida por región. Por razones de espacio se incluyen solo el total nacional y las dos regiones con peores indicadores relativos para cada ítem.

Tabla 3: Percepción acerca de las condiciones de vida e infraestructura. Datos regionales²

| Ítem | % total | % Región más crítica | Región | % 2da Región crítica | Región |
|--------------------------------|---------|----------------------|-------------|----------------------|-------------|
| Temperatura adecuada de celdas | 33,2 | 11,7 | Aysén | 13,3 | Los Lagos |
| Espacio suficiente | 41,9 | 23,0 | Antofagasta | 31,2 | Valparaíso |
| Baño en buenas condiciones | 48,5 | 21,2 | Arica | 23,9 | Antofagasta |
| Ventilación adecuada | 51,0 | 31,5 | Los Lagos | 35,4 | Antofagasta |
| Duerme en un lugar limpio | 60,3 | 23,0 | Arica | 24,1 | Antofagasta |
| Calidad de comida adecuada | 66,4 | 30,7 | Arica | 56,9 | Antofagasta |
| Luz suficiente | 72,3 | 54,1 | Antofagasta | 59,0 | Valparaíso |
| Cantidad de comida suficiente | 73,4 | 53,2 | Arica | 58,1 | Tarapacá |
| Acceso a ducha diaria | 89,7 | 61,6 | Arica | 61,7 | Aysén |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

² *La encuesta fue realizada durante 2013, antes de la puesta en operación de la cárcel concesionada de Antofagasta.*

Los resultados muestran que la percepción de temperatura inadecuada es más prevalente en dos Regiones del sur del país, Aysén y Los Lagos, donde solo un poco más del 10% de los encuestados señala que la temperatura de las celdas (o módulos) es adecuada. Asimismo, los problemas de hacinamiento y falta de iluminación fueron percibidos con mayor fuerza en la II Región de Antofagasta y en la V de Valparaíso. La XV Región de Arica y la II de Antofagasta aparecieron como las dos más complicadas para tres variables: deterioro de los baños, escasa limpieza del lugar donde se duerme y mala calidad de la comida. En cuanto a las condiciones de ventilación, la Región de los Lagos y la de Antofagasta lideraron las percepciones negativas a nivel nacional. La cantidad insuficiente de comida fue un reclamo percibido con mayor fuerza en las Regiones XV de Arica y II de Tarapacá y el acceso a una ducha diaria fue más problemático en Arica y Aysén.

Con todo, es importante tener en cuenta que, dentro de una misma región, pueden coexistir realidades penitenciarias muy distintas en cuanto a infraestructura: cárceles concesionadas y tradicionales, cárceles de distinto tamaño, antigüedad, perfiles de internos que albergan,

etc. Por lo tanto, los datos de cada región deben ser interpretados en el conjunto de la situación de las distintas unidades penales que la forman.

La tabla 4 presenta un análisis de percepción de los internos sobre las variables de condiciones de vida e infraestructura de acuerdo al tipo de cárcel (tradicional o concesionada). Con un asterisco aparecen aquellas variables donde existen diferencias estadísticamente significativas en las respuestas en cárceles tradicionales respecto a los recintos concesionados. Los datos son a nivel nacional.

Tabla 4: Percepción acerca de las condiciones de vida e infraestructura. Datos nacionales, por tipo de cárcel

| Ítem | % Total | % cárcel tradicional | % cárcel concesionada | Sig. | Total de respuestas |
|-------------------------------|---------|----------------------|-----------------------|------|---------------------|
| Temperatura adecuada | 33,2 | 34,7 | 20,6 | * | 2.035 |
| Espacio suficiente en celda | 41,9 | 41,4 | 46,7 | | 2.029 |
| Baño en buen estado | 48,5 | 45,9 | 69,6 | * | 2.049 |
| Ventilación adecuada | 51,0 | 50,6 | 54,2 | | 2.043 |
| Duerme en lugar limpio | 60,3 | 57,7 | 82,0 | * | 2.041 |
| Buena calidad de comida | 66,4 | 68,8 | 46,8 | * | 2.035 |
| Luz suficiente | 72,3 | 71,8 | 76,8 | | 2.055 |
| Cantidad suficiente de comida | 73,4 | 77,3 | 41,7 | * | 2.044 |
| Acceso a ducha diaria | 89,7 | 88,9 | 95,9 | * | 2.012 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Las cárceles concesionadas aparecen mejor percibidas que las tradicionales en cuanto al estado de los baños (69,6% contra 45,9%), dormir en un lugar limpio (82,0% contra 57,7%) y acceso a una ducha diaria (95,9% contra 88,9%). Por su parte, las cárceles tradicionales aparecen mejor evaluadas en cuanto a la temperatura de las celdas (34,7% contra 20,6%), cantidad de comida suficiente (77,3% contra 41,7%) y calidad de la misma (68,8 contra 46,8%). En cuanto al espacio suficiente en la celda o módulo y a iluminación suficiente, los resultados no arrojaron diferencias significativas.

2.3. Maltrato físico y/o psicológico entre internos, y de funcionarios hacia internos

2.3.1. Los estándares internacionales

Los estándares internacionales disponen que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”⁵⁴ y que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”⁵⁵. Tal como fue indicado, el derecho a la integridad personal no permite excepciones en su aplicación, es decir, no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia.

En concordancia con lo anterior, las normas de carácter específico indican que “se protegerá a las personas privadas de libertad contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona”⁵⁶.

En cuanto a los maltratos entre reclusos, las normas indican que “no se permitirá que las personas privadas de libertad tengan bajo su responsabilidad la ejecución de medidas disciplinarias, o la realización de actividades de custodia y vigilancia [...]”⁵⁷.

2.3.2. La percepción de las personas privadas de libertad

La encuesta incluyó varios ítems relativos al maltrato físico, psicológico y sexual por parte de otros/as internos/as y funcionarios/as. Para este set de preguntas habían también dos posibles respuestas (“sí” o “no”); a diferencia del set de preguntas anterior, aquí los porcentajes más altos reflejan situaciones más problemáticas. La figura 1 incluye los resultados desagregados por regiones de dos preguntas relativas a haber sufrido algún tipo de maltrato psicológico (en la unidad en que se aplicaba la encuesta) por parte de otros internos o de funcionarios. Como referencia, cabe señalar que el promedio nacional de percepción de maltrato psicológico por parte de otros internos fue de 33,7% y el promedio de internos que reportó haber sufrido maltrato psicológico por parte de funcionarios alcanzó a 44,4%.

⁵⁴ La integridad personal se encuentra protegida tanto en los instrumentos del sistema universal como en los del sistema interamericano de derechos humanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5° numeral 1.

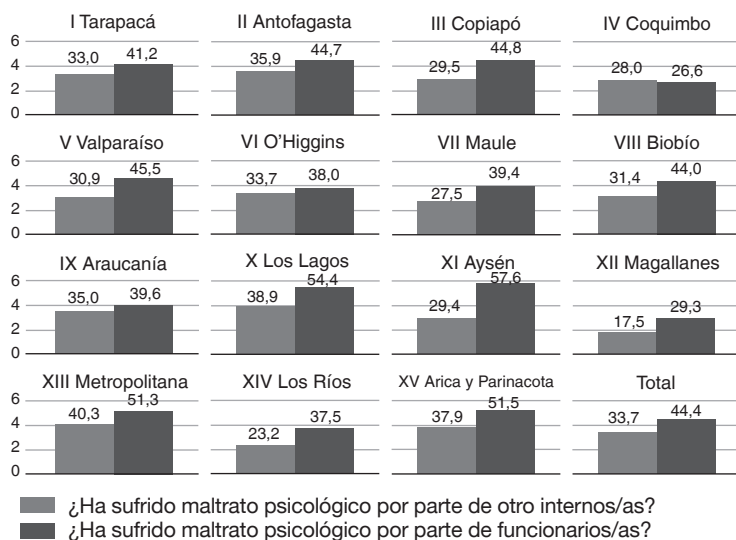
⁵⁵ *Ibid.*, art. 5, numeral 2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en su art. 7 la prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que es complementado en el art. 10.

⁵⁶ CIDH, Principios y buenas prácticas, op. cit., principio I.

⁵⁷ *Ibid.*, XXII.5; y ONU, Reglas mínimas, op. cit., regla 28.

Como muestra la figura 1, las Regiones que reportaron mayores porcentajes de maltrato psicológico por parte de funcionarios fueron la XI de Aysén (57,6%), X de Los Lagos (54,4%), XV de Arica y Parinacota (51,5%) y Metropolitana (51,3%), todas las cuales se ubicaron muy por sobre el promedio nacional de 44,4%. Las Regiones de Coquimbo y Magallanes presentaron los porcentajes relativos más bajos: 26,6% y 29,3%, respectivamente. No están claras las razones por las que estas regiones figuran con una percepción relativa más negativa, en cuanto a maltrato psicológico por parte del personal, ya que se trata de regiones muy distintas en cuanto, por ejemplo, a sus niveles de hacinamiento, proporción de gendarmes e internos, cantidad de población penal, condiciones climáticas y proporción de internos/as extranjeros/as. Estudios más detallados que aborden este fenómeno en mayor profundidad son necesarios.

Figura 1: Maltrato psicológico por otros internos y por funcionarios, por región (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Asimismo, las Regiones que más reportaron maltrato psicológico por parte de otros internos fueron la Metropolitana (40,3%), Los Lagos (38,9%), Arica y Parinacota (37,9%) y Antofagasta (35,9%). Las Regio-

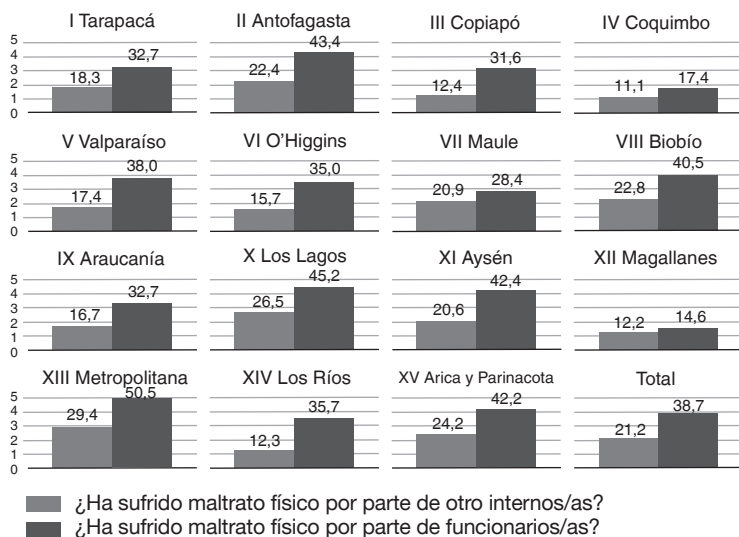
nes con menor maltrato psicológico entre internos fueron Magallanes (17,5%) y Los Ríos (23,2%). Las hipótesis para explicar los mayores niveles de maltrato psicológico entre internos en estas regiones varían según el caso: en la Región Metropolitana podría estar relacionado con las subculturas carcelarias y grupos rivales asociados a territorios diversos (comunas de origen);⁵⁸ en Arica, en tanto, es sabido que la coexistencia entre internos/as nacionales y extranjeros/as no es fácil y que suelen presentarse tensiones entre ambos grupos; en Antofagasta, a su vez, los niveles de hacinamiento en 2013 (con internos durmiendo en los baños), antes de la apertura del penal concesionado, pueden explicar parte de las tensiones.

Cabe señalar que, en todas las regiones, los niveles de maltrato psicológico reportados son siempre inferiores cuando se trata de aquel producido por otros internos, en relación al causado por funcionarios. Esto podría tener que ver con códigos subculturales propios de la cárcel, donde se enfatiza una lógica oposicional a la administración y de reciedumbre, “hombría” o incluso violencia frente a otros reclusos.

En cuanto al maltrato físico, el promedio nacional de quienes declaran haber sufrido (en la cárcel en que se aplicaba la encuesta) maltrato físico por parte de otros internos fue de 21,1%, en tanto que el mismo problema por parte de funcionarios alcanzó a un 38,7%. Al igual que para el maltrato psicológico, dado que las preguntas se formularon describiendo una situación negativa (“En esta unidad, ¿ha sufrido algún tipo de maltrato físico por parte de otros internos?”), mayores porcentajes de “sí” reflejan situaciones de mayor maltrato. La figura 2 muestra las variaciones a nivel regional para el maltrato físico por parte de otros internos y funcionarios.

58 En este sentido, existe un estudio sin publicar dirigido por el sociólogo de Gendarmería de Chile Patricio Marchant en el que se analiza el fenómeno de la violencia en la ex Penitenciaría de Santiago.

Figura 2: Maltrato físico por otros internos y por funcionarios, por región (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Las Regiones que reportaron mayores porcentajes de maltrato físico por parte de funcionarios fueron la Metropolitana (50,5%), Los Lagos (45,2%), Antofagasta (43,4%), Arica y Parinacota (42,2%), y Aysén (42,4%), todas las cuales se ubicaron muy por sobre el promedio de 38,7% a nivel nacional. Las Regiones de Coquimbo y Magallanes presentaron los porcentajes relativos más bajos: 17,4% y 14,6%, respectivamente.

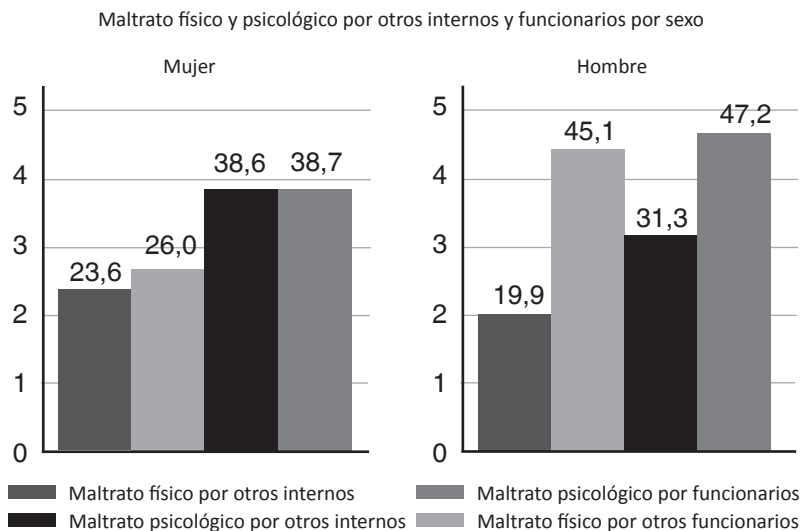
Los datos de la encuesta no permiten inferir las causas de estas variaciones regionales en la victimización física. La literatura sobre violencia carcelaria de otros países sugiere distintas teorías que podrían explicar (no justificar) la violencia en las cárceles. Algunos señalan que las propias características de los reclusos y sus trayectorias de vida causarían la violencia (teoría de la importación de la violencia); otros sostienen que sería responsabilidad de la administración penitenciaria (teoría de la gestión/control penitenciario) y/o de la cultura organizacional existente; y hay quienes ven la raíz del problema en las precarias condiciones de vida y habitabilidad existentes en los penales (teoría de la privación).

En cuanto a situaciones de maltrato por sexo, la figura 3 infra muestra el detalle del maltrato físico y psicológico por parte de otros internos y gendarmes, de acuerdo a la percepción de internas e internos.

Las Regiones que más reportaron maltrato físico por parte de otros internos fueron la Metropolitana (29,4%), Los Lagos (26,5%), Arica y Parinacota (24,2%) y Biobío (22,8%). Las Regiones con menor maltrato físico de otros internos fueron Coquimbo (11,1%), Magallanes (12,2%), Los Ríos (12,3%) y Atacama (12,4%). La cantidad de población penal y/o los niveles de hacinamiento podrían explicar parte de la violencia física entre internos para la RM y Biobío; en Arica y Los Lagos las causas podrían tener que ver con la coexistencia de nacionales y extranjeros (en la cárcel de Arica) o con la llegada de reclusos trasladados desde otras regiones (hacia el Complejo Penitenciario Alto Bonito en Puerto Montt). Mayor evidencia empírica, sin embargo, es necesaria para arribar a conclusiones más robustas.

En cuanto a variaciones en la percepción de maltrato por sexo, la figura 3 muestra la percepción de las mujeres (gráfico de la izquierda) y de los hombres (gráfico de la derecha) respecto del maltrato físico (barras azul y celeste) y/o psicológico (barras negra y gris).

Figura 3: Maltrato físico y psicológico por otros internos y por funcionarios, desagregados por sexo (%)

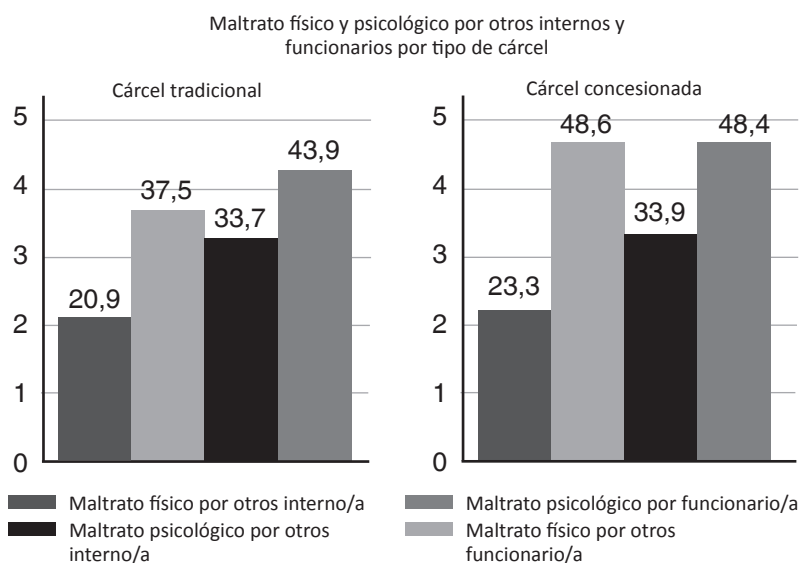


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Los datos a nivel nacional sugieren que hombres y mujeres perciben el maltrato de forma diferente. Entre las mujeres (gráfico izquierdo), cerca de un 39% señaló que ha recibido maltrato psicológico, tanto de otras internas como de funcionarias. Entre los hombres, 45,1% señala haber sufrido maltrato físico por parte de funcionarios y 47,2% reportó haber sufrido maltrato psicológico de estos.

La figura 4 muestra los resultados de la percepción de malos tratos por tipo de cárcel. El gráfico de la izquierda ilustra las respuestas de las cárceles tradicionales; el gráfico izquierdo, las de las cárceles concesionadas.

Figura 4: Maltrato físico y psicológico por otros internos y por funcionarios, según tipo de cárcel (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

En las cárceles concesionadas, los internos reportaron mayor maltrato físico (48,6%) y psicológico (48,4%) por parte de los funcionarios que en las cárceles tradicionales, en las cuales tanto el maltrato físico (37,5%) como el psicológico (43,9%) fueron inferiores. Las teorías sobre deprivación, importación o gestión penitenciaria antes mencionadas también podrían ser relevantes en este aspecto. Con todo, sería posible

plantear otra hipótesis: algunos gendarmes tendrían mayores espacios de discrecionalidad en el uso de la fuerza en las cárceles concesionadas, lo que se uniría a una arquitectura penitenciaria que ha fragmentado y en cierta forma aislado a los gendarmes entre sí. Asimismo, las cárceles concesionadas, al ser más nuevas y tener estándares de seguridad superiores a muchas de sus contrapartes tradicionales, podrían estar albergando a internos con características más proclives a la violencia y resistentes a la autoridad. De todos modos, se necesita mayor información para corroborar estas hipótesis. La victimización por parte de otros internos aparece relativamente similar para ambos tipos de cárceles.

2.4. Uso de celda de castigo, tortura y allanamientos

2.4.1. Los estándares internacionales

Los estándares disponen que “Se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinja a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.⁵⁹

Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante están completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.⁶⁰ Quedan así prohibidas las medidas o sanciones de aislamiento en celda de castigo, salvo como medida estrictamente limitada en el tiempo y como último recurso, cuando “se demuestre que sea necesaria para salvaguardar intereses legítimos relativos a la seguridad interna de los establecimientos, y para proteger derechos fundamentales como la vida e integridad de las mismas personas privadas de libertad y del personal de dichas instituciones”.⁶¹

Respecto de las mujeres, las normas indican que se prohíbe la aplicación de sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, a las mujeres con hijos o a las madres en periodo de lactancia. Estas sanciones no podrán comprender la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños.⁶²

⁵⁹ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2.

⁶⁰ ONU, Reglas mínimas, op. cit., regla 31.

⁶¹ CIDH, Principios y buenas prácticas, op. cit., principio XXII, numeral 3.

⁶² Reglas de Bangkok, op. cit., reglas 22 y 23; CIDH, Principios y buenas prácticas, op. cit., principio XXII, numeral 3.

Por su parte, el personal responsable de los centros de privación de libertad no empleará la fuerza u otros medios coercitivos en la gestión regular del establecimiento, “salvo excepcionalmente, de manera proporcionada, en casos de gravedad, urgencia y necesidad, como último recurso después de haber agotado previamente las demás vías disponibles...”.⁶³

2.4.2. La percepción de las personas privadas de libertad

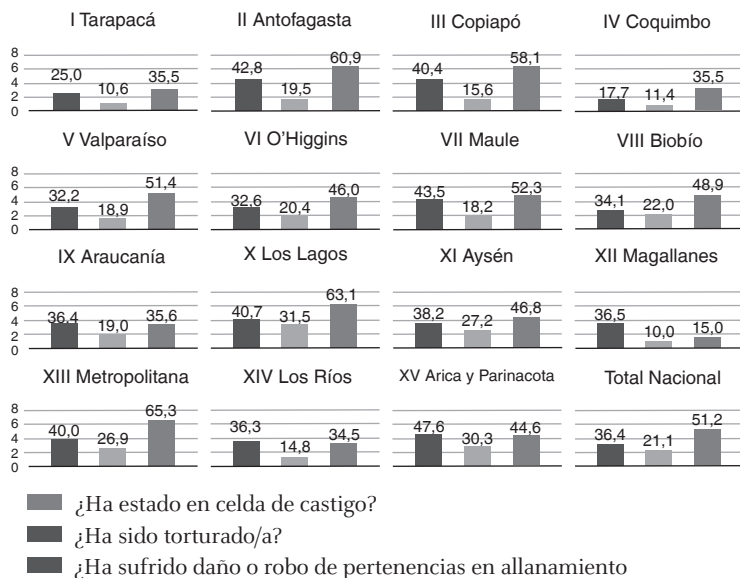
Como muestra la figura 5, hubo importantes variaciones regionales en el uso de la celda de castigo, en el porcentaje de internos que señaló haber sufrido torturas y en la proporción que reportó haber sufrido robo o daño en sus pertenencias personales durante allanamientos.

En cuanto al uso de la celda de castigo, mientras el promedio nacional alcanzó 36,4%, las Regiones con mayor uso de esta sanción fueron la XV de Arica y Parinacota (47,6%), la VII del Maule (43,5%), la II de Antofagasta (42,8%) y la X de los Lagos (40,7%). Queda abierta la pregunta de por qué se produce esta alta concentración en dichas regiones, ya que, contrario a las expectativas, se esperaba encontrar un mayor uso en Regiones como la Metropolitana, Valparaíso o Biobío, dado que éstas usualmente alojan más internos.

En cuanto al porcentaje de internos que reportó haber sufrido torturas, es importante destacar dos puntos: el concepto que los propios internos tienen de lo que es tortura y las variaciones regionales en este sentido. Cabe destacar que los reclusos distinguen claramente entre “simples maltratos” y torturas, siendo capaces de dar varios ejemplos de esta última: uso de gas pimienta estando ya reducido, golpizas “gratuitas” o sin razón, y desnudez forzada, entre otros. Mientras el promedio nacional de internos que reportó haber sufrido tortura fue de 21,1%, el análisis a nivel regional muestra varias Regiones donde el porcentaje se dispara sobre la media de manera preocupante, según se observa en la figura 5 tal es el caso de las regiones X de Los Lagos (31,5%), XV de Arica y Parinacota (30,3%), XI de Aysén (27,2%) y Metropolitana (26,9%). Las razones de estas variaciones regionales requieren de mayor estudio y podrían tener que ver, nuevamente, con características de los internos, de los recintos penales de las respectivas regiones y/o con características organizacionales o de los gendarmes u oficiales a cargo.

⁶³ *Ibíd.*, principio XXIII, numeral 2; ONU, Reglas mínimas, op. cit., reglas 33, 34 y 54.

Figura 5: Celda de castigo, tortura y robo/daño de pertenencias personales durante allanamientos (%)

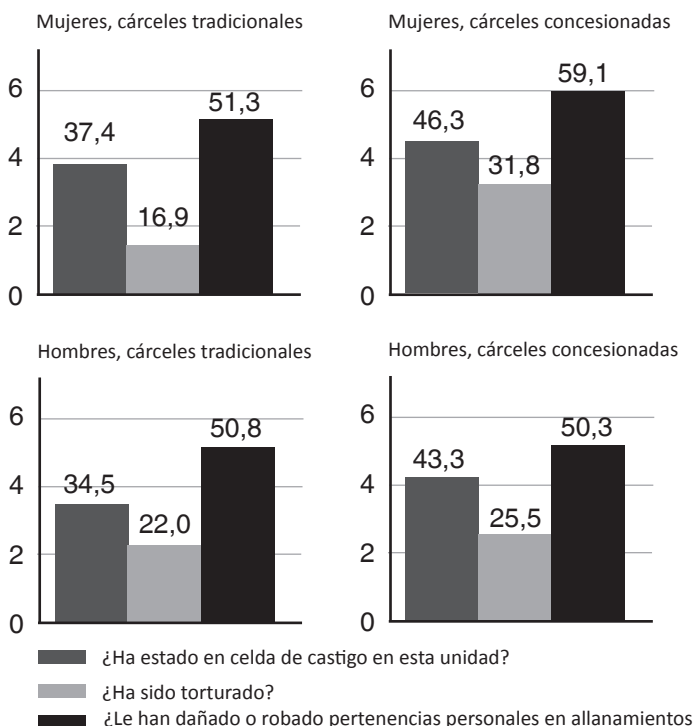


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Con relación al porcentaje de internos reportando haber sufrido daños o robo en alguna de sus pertenencias personales durante allanamientos, mientras el promedio nacional fue de 51,2%, las Regiones con mayor reporte de estas situaciones fueron la Metropolitana (65,3%), la X de Los Lagos (63,1%), la II de Antofagasta (60,9%) y la III de Atacama (58,1%). Aunque las preguntas de la encuesta no permitían que los reclusos diesen mayores detalles, en varias conversaciones informales se señaló que, cuando los allanamientos son realizados por personal de Gendarmería de Chile que no trabaja habitualmente en el penal respectivo, los problemas aumentan.

La figura 6 muestra las variaciones por sexo y tipo de cárcel en los reportes de estadía en celda de castigo, torturas y robo/daño de pertenencias personales en allanamientos.

Figura 6: Estadía en celda de castigo, haber sufrido tortura y daño/robo de pertenencias en allanamientos, por sexo y tipo de cárcel (% respuestas afirmativas)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Los gráficos de arriba muestran los reportes de las mujeres en cárceles tradicionales (izquierda) y en cárceles concesionadas (derecha). Los gráficos de abajo, en tanto, presentan los reportes de los hombres en cárceles tradicionales (izquierda) y en cárceles concesionadas (derecha). Ambos ilustran las tres preguntas relacionadas con celda de castigo, torturas y robos/daños de pertenencias personales.

En cuanto a la estadía en celda de castigo, hombres y mujeres señalan haber estado más tiempo en cárceles concesionadas que en tradicionales (las barras azules son más altas en los dos gráficos de la derecha). Asimismo, el porcentaje de mujeres que declaran haber estado en celda de castigo es siempre mayor que el de los hombres, para el mismo tipo de cárcel.

En cuanto a haber sufrido torturas, hombres y mujeres declararon mayores porcentajes de torturas en cárceles concesionadas, por sobre las tradicionales (las barras burdeos son más altas en los dos gráficos de la derecha). Llama la atención, en particular, la gran diferencia que existe entre las mujeres que reportan haber sufrido torturas en cárceles concesionadas en relación a las tradicionales (31,8% contra 16,9%, respectivamente), pero se desconocen las razones de esta diferencia.

En cuanto a daños o robo de pertenencias personales en allanamientos, llama la atención que al menos la mitad de los encuestados (tanto hombres como mujeres) señala haberlos sufrido. Con una incidencia algo más elevada en cárceles concesionadas para mujeres, este dato quizá refleje en parte el celo con el cual la administración penitenciaria constantemente busca elementos prohibidos dentro de celdas, módulos y colectivos. Al mismo tiempo, parece necesaria la revisión de algunos procedimientos y la formación de quienes los realizan, para evitar abusos.

2.5. Acceso a programas de reinserción y servicios de salud

2.5.1. Los estándares internacionales

El tratamiento a los condenados a una pena privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, promoviendo la reforma, rehabilitación y readaptación social. Para alcanzar estos fines, los Estados promoverán, de forma progresiva y según la máxima disponibilidad de sus recursos, la orientación vocacional y el desarrollo de proyectos de capacitación técnico profesional, de manera suficiente, permanente y adecuada, fomentando la participación y la cooperación de la sociedad.⁶⁴

La privación de libertad “debe tener objetivos bien determinados, que no pueden ser excedidos por la actividad de las autoridades penitenciarias ni aun bajo el manto del poder disciplinario que les compete, y, por tanto, el recluso no deberá ser marginado ni discriminado sino reinsertado en la sociedad. En otras palabras, la práctica penitenciaria deberá cumplir un principio básico: no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta representa”.⁶⁵

Respecto de las mujeres, se indica que “las reclusas tendrán acceso a un programa de actividades amplio y equilibrado en el que se tendrá en cuenta las necesidades propias de su sexo [...]. Se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos”.⁶⁶ Además, “se procurará,

⁶⁴ CIDH, Principios y buenas prácticas, op. cit., principio XIV; ONU, Reglas mínimas, op. cit., regla 65.

⁶⁵ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, op. cit., p. 131.

⁶⁶ Reglas de Bangkok, op. cit., regla 42, numerales 1 y 3.

especialmente, establecer servicios apropiados para las reclusas con necesidades de apoyo psicológico, especialmente para las que hayan sido víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual”.⁶⁷

En cuanto a la salud, este derecho está reconocido en las normas internacionales en relación a la población privada de libertad, entendiéndose por tal “el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo [...]”.⁶⁸ En cuanto a las mujeres las normas indican que se les brindarán “servicios de atención de salud orientados expresamente a este grupo y como mínimo equivalentes a los que se prestan en la comunidad a las mujeres”.⁶⁹

2.5.2. La percepción de las personas privadas de libertad

Se consultó a los/as internos/as si habían participado (durante su estadía en esa cárcel) de seis distintos tipos de programas de reinserción: deportivos, educativos, artístico culturales, talleres psicosociales, capacitación laboral o trabajo remunerado. Para este set de preguntas también habían respuestas dicotómicas (“sí”, “no”), en que porcentajes más altos de “sí” reflejan una situación deseable: mayor acceso a programa de reinserción. La tabla 4 muestra los resultados a nivel nacional, desagregados por sexo.

Tabla 4: Acceso a programas. Datos nacionales, desagregados por sexo (% “sí”)

| Ítem: ¿(En esta unidad) ha participado en ... | Total país | Mujeres | Hombres | Sig. | Total respuestas |
|---|------------|---------|---------|------|------------------|
| capacitación laboral? | 29,1 | 29,3 | 29,1 | | 2.031 |
| trabajo remunerado? | 30,4 | 24,4 | 33,4 | * | 2.009 |
| escuela penal? | 32,4 | 35,5 | 30,9 | * | 2.011 |

⁶⁷ *Ibíd.*, regla 42, numeral 4.

⁶⁸ CIDH, Principios y buenas prácticas, op. cit., principio X; ONU, Reglas mínimas, op. cit., reglas 22 y 23.

⁶⁹ Reglas de Bangkok, op. cit., regla 10, numeral 1; CIDH, Principios y buenas prácticas, op. cit., principio X.

| | | | | | |
|---------------------------------|------|------|------|---|-------|
| taller psicológico o social? | 22,9 | 27,4 | 20,7 | * | 2.028 |
| actividad deportiva? | 44,5 | 38,9 | 47,3 | * | 2.035 |
| actividad artística o cultural? | 19,7 | 23,6 | 17,7 | * | 2.030 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

El programa con mayor proporción de participación a nivel nacional fue el de actividades deportivas (44,5%), ya sea que se organicen por Gendarmería de Chile (u otra entidad) o por los/as propios/as internos/as. La escuela o liceo penal constituiría el segundo programa con mayor participación (32,4%) y luego la participación en alguna iniciativa de trabajo remunerado durante su tiempo de estadía en esta cárcel⁷⁰ (30,4%) y el programa de capacitación laboral⁷¹ (29,1%). Preocupa el escaso acceso a talleres de intervención psicosocial, que no llega a un cuarto de los encuestados (22,9%), ya que dichos talleres, cuando están anclados en un modelo de intervención coherente y consistente, son claves para generar cambios en los factores criminógenos.⁷²

Los datos muestran diferencias significativas por sexo en el acceso a todos los programas, salvo a capacitación laboral. Las mujeres participarían proporcionalmente menos que los hombres en actividades deportivas y remuneradas; y participarían más en intervenciones psicosociales, actividades artístico culturales y escuelas penales.

Los resultados sobre participación en programas por tipo de cárcel (tradicional o concesionada) se ilustran en la tabla 5. Con asterisco (*) se indican las diferencias estadísticamente significativas.

Tabla 5: Acceso a programas. Datos nacionales por tipo de cárcel (% "sí")

| Ítem: ¿(En esta unidad) ha participado en... | Total país | Cárcel tradicional | Cárcel concesionada | Sig. | Total respuestas |
|--|------------|--------------------|---------------------|------|------------------|
| capacitación laboral? | 29,1 | 29,3 | 27,9 | | 2.031 |
| trabajo remunerado? | 30,4 | 31,5 | 21,5 | * | 2.009 |

70 Cabe destacar que esta última variable no necesariamente indica un *trabajo permanente* sino más bien que la persona ha participado en alguna iniciativa generadora de ingresos en *algún momento* de su estadía en el penal.

71 Misma observación anterior, sumado al hecho de que muchas veces son actividades más escasamente diseñadas y con el propósito fundamental de "matar el tiempo".

72 Donald A. Andrews, James Bonta, and J. Stephen Wormith. "The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention?", *Criminal Justice and Behavior* 38.7, 2011, p. 735-755.

| | | | | | |
|---------------------------------|------|------|------|---|-------|
| escuela penal? | 32,4 | 32,9 | 28,6 | | 2.011 |
| taller psicológico o social? | 22,9 | 22,9 | 23,3 | | 2.028 |
| actividad deportiva? | 44,5 | 45,5 | 36,7 | | 2.035 |
| actividad artística o cultural? | 19,7 | 20,4 | 13,9 | * | 2.030 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Los resultados de la tabla 5 muestran las diferencias en la participación en programas. Los asteriscos indican cuándo las diferencias entre cárceles tradicionales y concesionadas son significativas (y debería interpretarse, por tanto, como una diferencia real entre los grupos). De acuerdo a los datos recogidos, solo hubo dos variables con diferencias estadísticamente significativas: la proporción de internos/as que ha trabajado remuneradamente en la unidad (31,5% en cárceles tradicionales contra 21,5% en cárceles concesionadas) y la que ha participado en actividades artístico culturales (20,4% en cárceles tradicionales contra 13,9% en cárceles concesionadas). Así, de acuerdo a los datos de la encuesta, las cárceles tradicionales y las concesionadas *no muestran* diferencias significativas en cuanto al acceso a varios programas: capacitación laboral, asistencia a la escuela penal, programas psicológicos o sociales y actividades deportivas.

Teniendo presentes las características de esta encuesta, en que los datos recogidos son *cross-seccionales* o *transversales* (se han recogido solo en un momento del tiempo y no dan cuenta de una perspectiva temporal), y las limitaciones propias del autorreporte, resulta preocupante el desempeño de las cárceles concesionadas en cuanto a la intervención psicosocial, el acceso a capacitación laboral y a programas educativos. Los datos brindan evidencia preliminar en relación a la necesidad de incorporar incentivos al sistema de concesiones para, no solo custodiar a los reclusos y evitar fugas, sino también proveer programas y estrategias de intervención que apunten a la reinserción social y la disminución de la reincidencia futura. También es motivo de preocupación que no se reflejen mayores diferencias entre ambos sistemas, considerando las expectativas iniciales generadas respecto de las ventajas que podrían aportar las cárceles concesionadas. Ello debería concitar un debate en torno a su rol en el sistema penitenciario.

La tabla 6 muestra el acceso a programas por regiones. En general, los datos muestran importantes variaciones regionales en el acceso

a programas, con independencia de la región, pudiendo observarse que estos programas solo alcanzan a una proporción minoritaria de internos/as.

Tabla 6: Acceso a programas por Regiones (% de respuestas afirmativas)

| | Capacitación laboral | Trabajo remunerado | Escuela penal | Intervención psicosocial | Deporte | Taller de arte o cultura | Fácil Acceso a SS.Salud |
|----------------|----------------------|--------------------|---------------|--------------------------|-------------|--------------------------|-------------------------|
| XV Arica | 28,1 | 25,0 | 47,6 | 38,4 | 37,8 | 14,0 | 1,5 |
| I Tarapacá | 26,2 | 25,7 | 27,4 | 30,7 | 42,3 | 17,4 | 14,3 |
| II Antofagasta | 22,4 | 23,6 | 21,9 | 17,2 | 39,3 | 16,4 | 14,5 |
| III Atacama | 30,9 | 21,6 | 25,7 | 13,4 | 37,7 | 25,2 | 9,2 |
| IV Coquimbo | 31,7 | 25,4 | 17,3 | 23,1 | 48,1 | 19,8 | 22,2 |
| V Valparaíso | 20,0 | 33,7 | 32,9 | 15,4 | 51,1 | 17,6 | 25,3 |
| RM | 36,2 | 31,5 | 37,3 | 28,9 | 43,7 | 24,7 | 10,7 |
| VI O'Higgins | 22,5 | 31,3 | 23,4 | 15,8 | 35,2 | 18,3 | 32,7 |
| VII Maule | 20,0 | 31,1 | 28,4 | 13,7 | 40,5 | 12,1 | 30,9 |
| VIII Biobío | 28,4 | 33,8 | 33,0 | 23,7 | 46,1 | 18,6 | 33,3 |
| IX Araucanía | 27,6 | 35,8 | 40,0 | 25,7 | 52,7 | 24,6 | 29,8 |
| XIV Los Ríos | 42,5 | 36,3 | 53,7 | 36,3 | 63,6 | 12,5 | 35,1 |
| X Los Lagos | 32,1 | 28,5 | 35,0 | 21,7 | 42,9 | 14,9 | 8,0 |
| XI Aysén | 39,3 | 24,2 | 27,2 | 9,0 | 48,4 | 14,7 | 18,8 |
| XII Magallanes | 34,1 | 37,5 | 26,8 | 9,7 | 34,1 | 24,3 | 30,0 |
| Total | 29,2 | 30,4 | 32,4 | 22,9 | 44,5 | 19,7 | 20,6 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

En cuanto a internos/as que han participado en algún programa de capacitación laboral, destacan las Regiones de Los Ríos con un 42,5%, Aysén con un 39,3%, Metropolitana con un 36,2% y Magallanes con un 34,1%. En cambio, las Regiones V, VI y VII ostentan porcentajes en torno al 20%.

En términos de haber participado en algún trabajo remunerado (ampliamente definido), destacan nuevamente Magallanes (37,5%) y Los Ríos (36,3%); también aparece la Araucanía (35,8%), Biobío (33,8) y Valparaíso (33,7%). Preocupan las Regiones de Atacama (21,6%), Antofagasta (23,6%) y Aysén (24,2%), porque el acceso a una actividad remunerada puede servir como una verdadera “escuela” para el fortalecimiento de hábitos prosociales y, asimismo, brinda la posibilidad de generar ingresos para ayudar a la familia en el exterior.

En cuanto a la participación en programas educativos, destacan los porcentajes de internos de Los Ríos (53,7%), Arica y Parinacota (47,6%), Araucanía (40%) y Metropolitana (37,3%). Las Regiones con menores porcentajes reportados de participación fueron Coquimbo (17,3%) y Antofagasta (21,9%).

El acceso a programas de intervención psicosocial por regiones también muestra importantes variaciones. En efecto, mientras en Arica alcanza un 38,4% y en Los Ríos un 36,3%, en Aysén y Magallanes no supera el 10%. La encuesta solo preguntó si el/la interno/a había participado, sin incluir el detalle de cuántas veces lo había hecho. Más aun, además de lo negativo que resulta el escaso acceso a programas de intervención psicosocial – que la literatura ha identificado como claves para promover cambios en los factores criminógenos– en casi todas las regiones, también importan las condiciones de trabajo y la consistencia de dichas intervenciones. En el actual estado de muchos recintos penitenciarios, las bases para una intervención psicosocial eficaz son muy precarias y no facilitan procesos de cambio actitudinal y conductual.

Las Regiones donde se reportó mayor participación en actividades deportivas fueron Los Ríos (63,6%), Coquimbo y Aysén (cerca de un 48% en cada una). En tanto, Magallanes, O’Higgins, Arica y Atacama fueron las que reportaron menor proporción de internos participando en actividades deportivas.

Finalmente, en cuanto a la participación en programas artísticos o culturales, destacan las Regiones Metropolitana, Araucanía, Atacama y Magallanes, con cerca de 25% de los internos reportando haber participado en tales iniciativas. Existe literatura internacional que destaca el rol del arte, la música y la cultura en el tratamiento de algunas necesidades criminógenas y en su potencial para la reinserción social.

En cuanto al acceso a servicios de salud (enfermera o médico), los datos señalan que, en general, este resulta difícil para los reclusos. Solo 20,6% a nivel nacional declara tener un “fácil acceso” a atención médica o de enfermería cuando lo necesita. Esto es particularmente grave en las Regiones de Arica, Atacama y Los Lagos, donde menos de 10% tendría fácil acceso.

2.6. Situación de las mujeres privadas de libertad

2.6.1. Los estándares internacionales

Las mujeres que requieran de apoyo psicológico podrán acceder a “programas amplios de atención de salud [mental] y rehabilitación individualizados, que tengan en consideración las cuestiones de género y estén habilitados para el tratamiento de los traumas”.⁷³ Las Reglas de Bangkok plantean la necesidad de sensibilizar al personal penitenciario sobre los posibles momentos de angustia entre las mujeres, a fin de que puedan reaccionar correctamente en situaciones críticas y prestarles el apoyo correspondiente.⁷⁴

Los estándares indican que se debe alentar y facilitar, “por todos los medios razonables, el contacto de las reclusas con su familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen reclusas en instituciones lejanas de su hogar”. En esa misma lógica, se plantea que la visita de los niños debe realizarse en un entorno adecuado, recomendando un comportamiento propicio de parte del personal, permitiendo el contacto directo y, de ser posible, prolongado, entre la madre y su hijo o hijos.⁷⁵

2.6.2. La percepción de las personas privadas de libertad

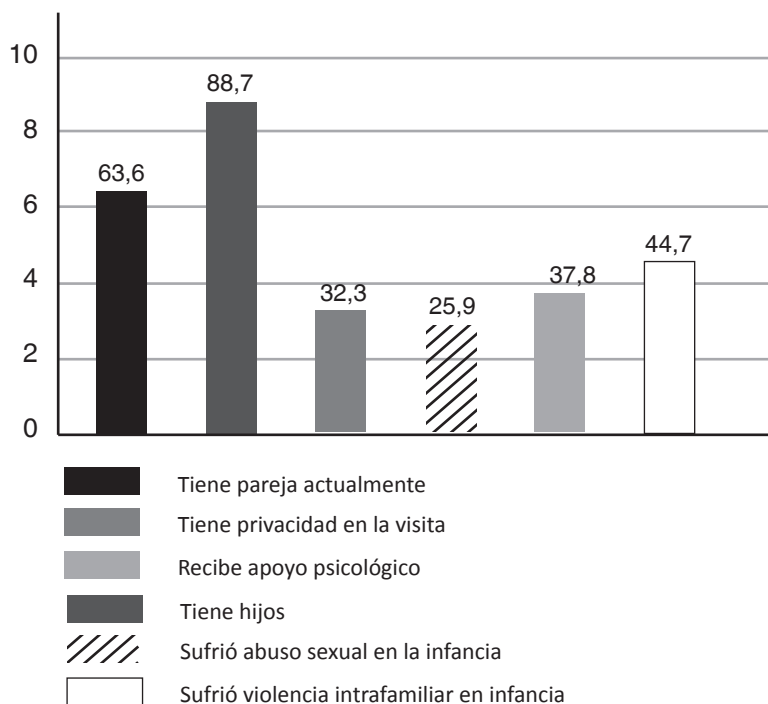
La encuesta recolectó información sobre aspectos de la vida de las mujeres que resulta valiosa para comprender el nivel de daño con que muchas de ellas llegan a la prisión y poder orientar (o reorientar) algunas intervenciones del sistema penitenciario. El detalle de las preguntas aparece en la figura 7.

⁷³ Reglas de Bangkok, op. cit., regla 12 y regla 42, numeral 4.

⁷⁴ *Ibid.*, regla 13.

⁷⁵ *Ibid.*, reglas 26 y 28.

Figura 7: Situación de las mujeres privadas de libertad (% de acuerdo a datos nacionales)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

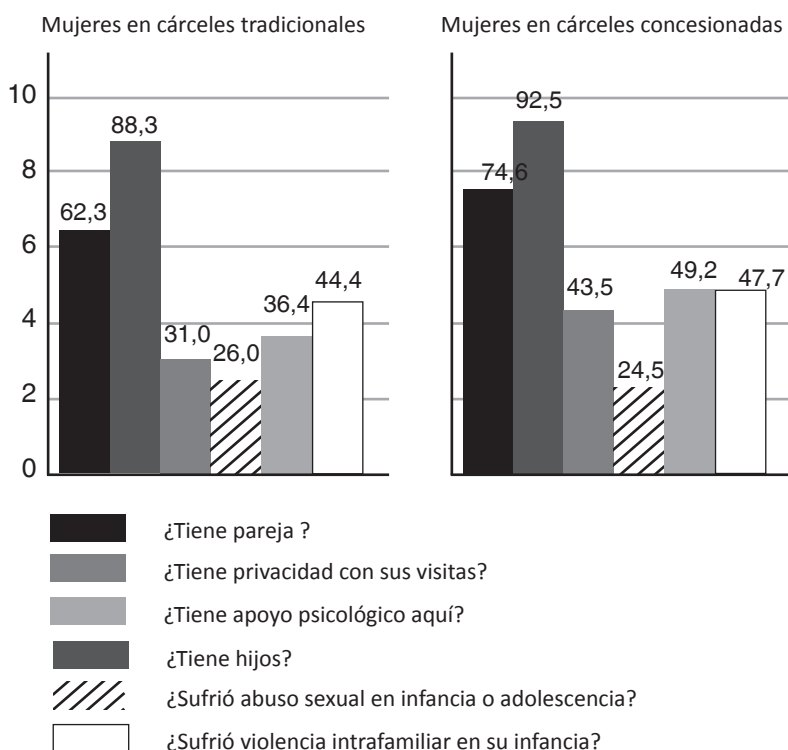
Los datos muestran que, a nivel nacional, la gran mayoría de las mujeres privadas de libertad tendría hijos (88,7%) y pareja (63,6%). Asimismo, la encuesta consultó a las mujeres respecto a situaciones de abuso sexual y violencia intrafamiliar que hubiesen sufrido en su infancia o adolescencia. 44,7% de las mujeres declaró haber sufrido violencia intrafamiliar y 25,9%, abuso sexual. Esta es la primera estimación sistemática que se conoce sobre estos fenómenos, y debe alertar al Estado sobre el nivel de daño y desventaja acumulada en el tiempo con que llegan las mujeres a cumplir sus condenas.

Ante la consulta de si cuentan con apoyo psicológico o social cuando lo requieren –a la luz de los datos recién expuestos–, solo 37,8% de las internas contestó en forma positiva. Poco menos de un tercio reconoció tener privacidad adecuada al recibir visitas.

La figura 8 muestra la situación de las mujeres privadas de libertad de acuerdo al tipo de cárcel (tradicional o concesionada). Los datos su-

gieren que, en general, las cárceles concesionadas ofrecen más apoyo psicosocial cuando las mujeres lo necesitan y mayor privacidad durante las visitas.

Figura 8: Situación de las mujeres por tipo de cárcel (% respuestas afirmativas)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

2.7. Posibles puntos de mejora para cada región y para cada cárcel

2.7.1. La percepción de las personas privadas de libertad

La encuesta también incluyó preguntas inéditas para estudios de este tipo, consultando a los/as propios/as privados/as de libertad su percepción respecto a los principales cambios que habría que introducir en la operación diaria de las cárceles que habitan. Cabe señalar

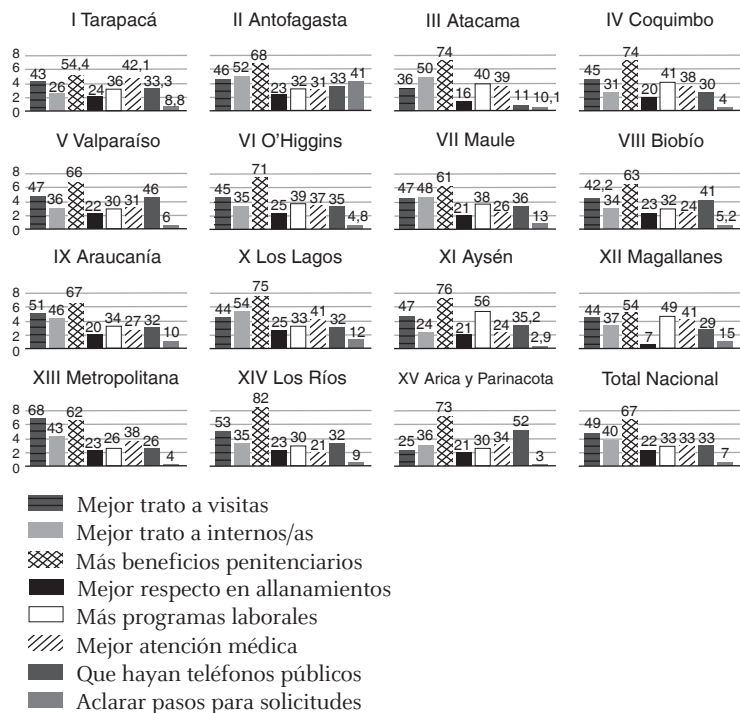
lar que las preguntas de esta sección fueron diseñadas, piloteadas y definidas en diálogo con grupos de internos e internas de distintas cárceles de la RM y con personal de Gendarmería de Chile, a fin de que tuvieran sentido en el contexto carcelario y permitieran generar información útil para el mejoramiento de la gestión penitenciaria.

Esta sección de la encuesta incluía 9 alternativas; se pedía a los internos e internas que priorizaran “los tres cambios más urgentes de realizar en esta cárcel”, marcando tres preferencias como máximo. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, las personas privadas de libertad señalaban que habría que hacer cambios en todas las variables expuestas (¡en las nueve!). Se les explicó la necesidad de priorizar para que el sistema penitenciario tuviera un punto por dónde iniciar posibles mejoras y se les motivó a contestar en este sentido.

Así, la figura 9 presenta información acerca de los principales cambios que los internos e internas harían en las distintas unidades penales a lo largo del país, desagregados por región. En estudios con realidades regionales diversas, se debe tener precaución al intentar levantar comparaciones entre regiones, siendo preferible focalizarse en qué información de la propia región sería útil para mejorar la gestión regional y/o local.⁷⁶ Otra razón para evitar este tipo de comparaciones es que hubo variaciones importante en la cantidad de respondentes entre las diversas regiones.

76 Scott D. Camp, Gerald G. Gaes, Neal P. Langan, and William G. Saylor. “The influence of prisons on inmate misconduct: A multilevel investigation.” *Justice Quarterly* 20, no. 3, 2003, p. 501-533.

Figura 9: ¿Qué aspectos cambiaría de esta cárcel? Datos regionales (%)

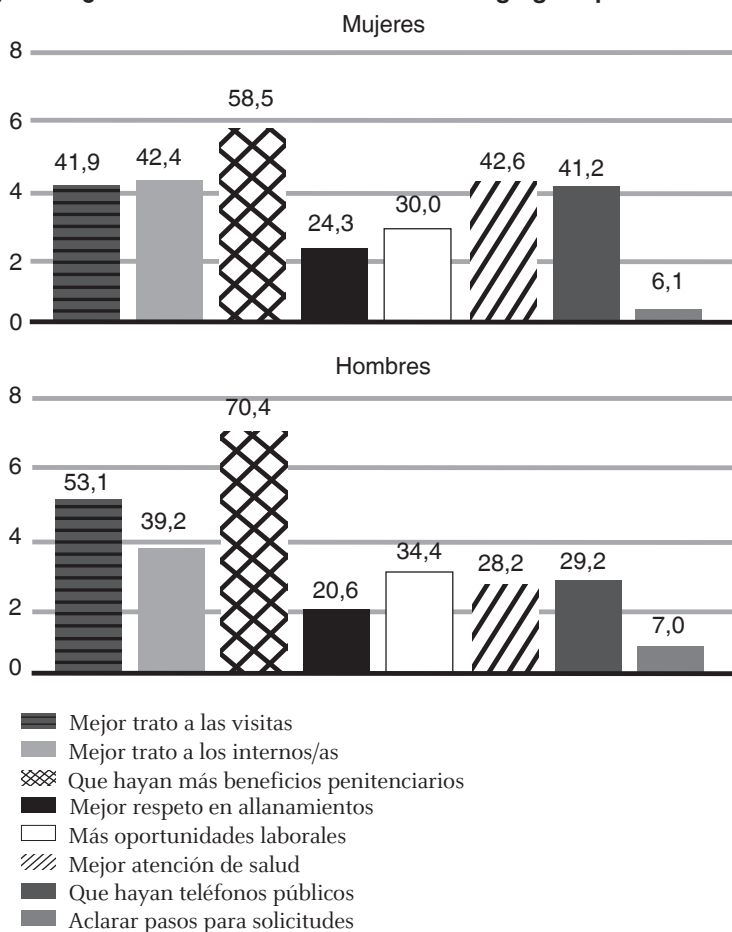


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

Los datos de la figura 9 muestran las preferencias de los internos respecto a qué aspectos cambiarían del funcionamiento de la cárcel donde se encontraban al momento de la encuesta. A nivel nacional, la primera preferencia fue para “que hayan más beneficios penitenciarios” (67%), seguida de “un mejor trato a las visitas” (49%) y “que haya un mejor trato a los internos” (40%). Un poco más abajo aparecen empatadas con un 33% de preferencias diversas necesidades como “que hayan más programas laborales”, “mejor atención médica” y “que hayan teléfonos públicos”, lo cual refleja las múltiples necesidades que tienen las personas privadas de libertad. Las realidades regionales presentan interesantes variaciones que es necesario tomar en cuenta y que, potencialmente, las Direcciones Regionales de Gendarmería podrían incorporar como insumo para sus procesos de planificación anual.

Respecto a la percepción diferenciada por sexo, respecto a qué cambiarían de la cárcel donde cumplen condena, en la figura 10 se observa que, mientras los hombres priorizan que haya más beneficios (salidas al medio libre), mejor trato a las visitas y mejor trato a los internos, las mujeres –además de anhelar más beneficios penitenciarios– señalan que les gustaría tener teléfonos públicos para comunicarse con sus hijos y contar con mejor atención médica. También comparten los anhelos de un mejor trato hacia ellas y sus visitas.

Figura 10: ¿Qué cambiaría en esta cárcel? Desagregado por sexo



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Primera Encuesta Nacional de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria realizada por Gendarmería de Chile en 2013

CONCLUSIONES

En Chile, los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en un considerable número de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria y, más aun, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabierto (de los Centros de Educación y Trabajo) y abierto.

En la misma línea, resulta evidente que no se ha avanzado en la plena aplicación del sistema de penas sustitutivas, incluyendo todas las penas disponibles en la Ley 18.216, modificada por la Ley 20.603, y sus respectivos mecanismos de control.

La incorporación del modelo de intervención de riesgo, necesidad y responsividad (o capacidad de respuesta) por parte de Gendarmería de Chile, representa un avance cualitativo en los esfuerzos institucionales de reinserción social, pero no se aprecia un esfuerzo coherente dirigido a la adecuación de la oferta programática en función del nuevo modelo.

La creación de la Unidad de Derechos Humanos de Gendarmería de Chile aparece como fundamental en la modificación de hecho del régimen disciplinario y en una mejora del diagnóstico de las necesidades de los internos, lo que se observa a través de la Primera encuesta de percepción de calidad de vida penitenciaria. La información revelada en la encuesta indica la necesidad de seguir trabajando en los ámbitos reseñados, a objeto de lograr una satisfacción adecuada de los estándares de derechos humanos. En efecto, los resultados de la encuesta sugieren que las condiciones de infraestructura siguen siendo desfavorables para los derechos humanos y la reinserción social. Asimismo, los datos indican que existen problemas de maltrato y violencia en las cárceles, así como relaciones interpersonales deterioradas, los que constituyen amenazas no solo para la legitimidad del sistema,⁷⁷ sino también para la seguridad de los funcionarios.⁷⁸

Los encuestados señalaron que, en general, el acceso a programas y servicios dentro de la cárcel es escaso y solo alcanzaría a una porción minoritaria de los/as reclusos/as. También se reportaron situaciones de torturas, confinamiento solitario y allanamientos violentos, aun-

77 Richard Sparks, J., y Bottoms A. E., "Legitimacy and order in prisons", *British Journal of Sociology*, 1995, p.45-62.

78 Andrew Coyle, "A human rights approach to prison management", *Criminal Behaviour and Mental Health* 13.2, 2003, p.77-80.

que con importantes variaciones regionales. Asimismo, y en forma inédita en el país, los/as internos/as identifican algunos problemas específicos de cada cárcel que podrían ser tomados en cuenta por las autoridades nacionales, regionales y locales para el mejoramiento de la gestión penitenciaria.

RECOMENDACIONES

A modo de recomendaciones, se sugiere lo siguiente:

1. Fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal. En este sentido, cabe destacar el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública.⁷⁹ Es necesario intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Desde una perspectiva de control administrativo externo, la creación de una *inspección penitenciaria independiente* permitiría que un organismo externo visitara y analizara de manera permanente el funcionamiento de los recintos penitenciarios. Para esto podría tomarse como base la experiencia de Her Majesty's Inspectorate of Prisons (HMIP) en el Reino Unido. De este modo, se podría monitorear los progresos (o retrocesos) en la protección de los derechos humanos de los reclusos de manera proactiva, es decir, alertando al sistema penitenciario (y a cárceles específicas) cuando hayan "luces de alerta" sobre situaciones problemáticas. Así, además de cautelar mejor los derechos de los privados de libertad, el sistema penitenciario contaría con instancias de *feedback* permanente, buscando avanzar hacia cárceles más seguras. Tanto estos mecanismos, como una eventual judicatura de ejecución penal o de vigilancia penitenciaria, deberían estar regidos por una o más normas con rango legal que regulen la ejecución de penas, restableciendo la jerarquía normativa que corresponde a este tema y, además, definiendo las facultades y alcance de dichos mecanismos de control externos, así como su relación con los órganos de control administrativo.
2. Se debería replicar la encuesta de percepción a "usuarios" en forma anual o bianual, a fin de que el sistema penitenciario tenga instancias permanentes de autoevaluación de la gestión penitenciaria.
3. Sin perjuicio de los esfuerzos que Gendarmería de Chile realiza, incluyendo el curso anual de derechos humanos, es perentorio

⁷⁹ Alicia Salinero, "Programa de Defensa Penitenciaria: Una contribución al acceso a la justicia", *Revista electrónica Debates Penitenciarios*, n. 19, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, mayo 2014, http://www.cesc.uchile.cl/debates_penitenciarios_19.pdf

rio aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales y personal técnico. La tarea de atención, custodia y reinserción de las personas privadas de libertad constituye una altísima responsabilidad que, en la actualidad, no tiene un correlato en reconocimiento, recursos y formación por parte del Estado hacia Gendarmería de Chile.

4. Incorporar transversalmente un enfoque de derechos humanos en la formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de reinserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.
5. Realizar nuevos y rigurosos estudios en temáticas penitenciarias y establecer una mayor vinculación con la academia. Futuros estudios podrían abordar algunos de los siguientes temas: la relación entre calidad de vida de los internos y de funcionarios, la interacción entre aspectos organizacionales de cada cárcel (gestión de personas, dotaciones, perfiles de cargo, etc.) y la calidad de vida en prisión, y la relación entre la calidad de vida carcelaria y la probabilidad de futura reincidencia, entre otros.
6. Contar con una política penitenciaria integral, con proyección a largo plazo. Los cambios que deben realizarse al sistema penitenciario para cumplir los desafíos en reinserción social requieren acuerdos político institucionales que le den sustentabilidad en el tiempo. Así, un horizonte consensuado y de largo plazo permitiría realizar un mejor trabajo en pos del respeto a los derechos humanos de los reclusos y posibilitaría perspectivas más reales de reinserción social.

**MEDIO AMBIENTE Y
DERECHOS HUMANOS:
ORGANISMOS
GENÉTICAMENTE
MODIFICADOS Y
DERECHOS DEL
OBTENTOR VEGETAL¹**

¹ Capítulo elaborado por Ignacia Mewes Alba. La autora agradece la colaboración de la ayudante Astrid Francke.

SÍNTESIS

La polémica generada a raíz de la tramitación del proyecto de ley que regula los derechos de los obtentores vegetales –conocida popularmente como “Ley Monsanto”– introdujo en el debate público los principales cuestionamientos en torno a los derechos de propiedad intelectual del obtentor de nuevas variedades vegetales –entre las que se encuentran las semillas genéticamente modificadas– y de los alimentos transgénicos y sus posibles efectos adversos para la salud y el medio ambiente, así como sus impactos socioeconómicos. Estos cuestionamientos apuntan a la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV, que se pretende implementar a través del proyecto de ley antes mencionado. El capítulo recoge los principales temas en discusión e invita a utilizar un marco de derechos humanos y de justicia ambiental al formular e implementar una normativa en torno a esta materia.

PALABRAS CLAVE: Transgénicos, Organismos genéticamente modificados, Semillas, Biotecnología, Derechos del obtentor vegetal, Convenio UPOV, Contaminación genética.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto identificar y analizar a grandes rasgos los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su utilización genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Se excluye del presente análisis la utilización de organismos genéticamente modificados en otros rubros, tales como ganadería, industria farmacéutica, acuicultura, etc., toda vez que la escasa regulación que Chile tiene en esta materia se centra principalmente en el ámbito agrícola y es allí donde se han generado los principales cuestionamientos frente al tema, por tratarse del área donde más se ha implementado este tipo de tecnología.

El capítulo se propone abordar los principales temas en discusión en torno a dos aspectos que están íntimamente ligados, a saber: la seguridad, liberación y comercialización de los vegetales genéticamente modificados, y la protección de la propiedad intelectual de los obtenedores de variedades vegetales. En torno a estos dos ejes, se realiza un breve análisis de la normativa nacional existente y los principales proyectos de ley, identificando a los grupos afectados y las demandas de la ciudadanía, todo ello desde una perspectiva de derechos humanos y justicia ambiental.

En este sentido, se postula que la debida consideración de los posibles efectos socioeconómicos y ambientales derivados de su utilización, así como la apertura de espacios reales de participación, resultan fundamentales para la generación de políticas públicas y leyes que vayan en beneficio de los grupos más vulnerables y de la sociedad en general. Finalmente, se esbozan algunas propuestas que tienen por objeto contribuir a enfrentar los desafíos que la biotecnología moderna plantea para nuestro país.

1. ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS Y JUSTICIA AMBIENTAL

Por organismo genéticamente modificado (en adelante, OGM) “se entiende aquel organismo cuyo material genético ha sido modificado de una manera que no se produce de forma natural en el apareamiento o recombinación natural. El OGM proviene de modificaciones genéticas puntuales sin reproducción sexual, donde la información genética nueva se introduce en forma no sexual al genoma normal de la especie o variedad”.² En otras palabras, es aquel organismo al que se le ha introducido, mediante técnicas de ingeniería genética, genes extraños de otras especies con el objeto de conferirle características puntuales que naturalmente no posee.³ Se suelen emplear, además, otras denominaciones, como organismos modificados genéticamente (OMG), organismos vivos modificados (OVM), organismos transgénicos, etc. Lo que interesa es que todos estos términos aluden a una combinación nueva de material genético obtenida mediante la aplicación de la biotecnología moderna.^{4 5}

En 1989 comenzaron—a manos de empresas privadas— las primeras pruebas de campo con soya y algodón transgénico, siendo aprobada su comercialización por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos en 1994 y 1992 respectivamente.⁶ En 1991 comenzaron las pruebas con maíz transgénico en Estados Unidos y Argentina.⁷ De acuerdo a cifras proporcionadas por la propia industria en 2013, en el mundo hay 18 millones de agricultores que producen cultivos transgénicos en 27 países. Esta cifra representa menos del 1% de la población agrícola mundial. Solo seis países producen el 92% de este tipo de cultivos y se siembran fundamentalmente cuatro especies: soya, maíz, canola y algodón. Alrededor del 99% de los cultivos transgénicos que se producen actualmente son de tolerancia a herbicidas, resistentes a insectos o una combinación de ambos.⁸

2 Marianne Schaper y Soledad Parada, “Organismos genéticamente modificados: Su impacto socioeconómico en la agricultura de los países de la Comunidad Andina, Mercosur y Chile”, *CEPAL—Serie Medio ambiente y desarrollo*, 43, 2001, p. 8.

3 En el caso de los cultivos genéticamente modificados, se ha utilizado esta tecnología para hacerlos más resistentes a los herbicidas, a las inclemencias del tiempo, etc.

4 Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), “Los organismos modificados genéticamente, los consumidores, la inocuidad de los alimentos y el medio ambiente”, Estudio FAO, Cuestiones de ética, 2001, p. 1.

5 La biotecnología moderna “comprende las técnicas (...) para la generación de nuevas variedades genéticas mediante la introducción directa de genes de especies muy diferentes (incluidas bacterias y virus), en procesos que se caracterizan por su rapidez y que dan origen a los organismos llamados “transgénicos”. Estas modificaciones genéticas también se llevan a cabo introduciendo, suprimiendo o multiplicando genes de la misma especie. Los nuevos organismos así producidos son llamados “organismos vivos modificados” (OVM)”. Al respecto, véase Raúl Brañes y Orlando Rey, “Política, derecho y seguridad de la biotecnología en América Latina y el Caribe”, *CEPAL—Serie Seminarios y conferencias*, 5, 2001, p. 18.

6 Schaper y Parada, op.cit., p. 18

7 *Id.*

8 Amigos de la Tierra Internacional, “¿Quién se beneficia con los cultivos transgénicos? Una

Los efectos derivados del uso de cultivos genéticamente modificados han sido fuente de discusión. Así, quienes defienden su uso sostienen que ello promoverá “la seguridad alimentaria y la protección del medio ambiente al impulsar la producción de alimentos, aumentar su contenido nutricional, reducir el uso de pesticidas y herbicidas, y producir cultivos resistentes a los problemas ambientales como sequías, el calor, las heladas y la salinidad del suelo”.⁹ Por su parte, quienes critican su utilización postulan que estos “disminuyen irreversiblemente la biodiversidad, aumentan el uso de la agroquímica, debilitan las prácticas agrícolas tradicionales, aceleran el dominio corporativo de la oferta global de alimentos, y aumentan el hambre y la pobreza”.¹⁰

En cuanto a las características de la industria biotecnológica, se aprecia que esta está “constituida por un pequeño grupo de empresas transnacionales productoras de semillas y de agroquímicos [y] por la competencia oligopólica entre unas pocas corporaciones”.¹¹ ¹² Asimismo, a diferencia de lo ocurrido con *la revolución verde*,¹³ los avances en materia de biotecnología agrícola provienen principalmente de manos del sector privado. En virtud de lo anterior, “más que buscar respuestas a las necesidades socioeconómicas inherentes al pequeño productor o al sector agrícola en general, gran parte de las innovaciones han estado orientadas a aumentar los rendimientos y a facilitar la labor de los productores agrícolas que producen a gran escala, que están en condiciones de incorporar las nuevas tecnologías y que, al igual que las empresas biotecnológicas, buscan maximizar sus ingresos”.¹⁴ Un ejemplo de ello es que la mayoría de las investigaciones están orientadas “a las especies de exportación cultivadas en monocultivos a gran escala”.¹⁵

Otra de sus características es que las semillas genéticamente modificadas “están sometidas a una estricta protección de la propiedad

industria fundada en mitos”. Disponible en www.foei.org

9 Carmen G. González, “Organismos genéticamente modificados (OGM) y justicia: Implicaciones de la biotecnología para la justicia ambiental internacional”, *Revista Jurídica Grado Cero*, 1, 2012, pp. 37-38.

10 *Ibid.*, p. 38.

11 Schaper y Parada, *op. cit.*, p. 18

12 Seis empresas multinacionales controlan el 75% de toda la investigación del sector privado sobre mejoramiento fitogenético, 60% del mercado de semillas comerciales, 100% del mercado de semillas transgénicas y el 76% de las ventas de agroquímicos a escala mundial. Amigos de la Tierra Internacional, *op. cit.*

13 Iniciativa que contó con apoyo estatal, y que tuvo por objeto aumentar el volumen de producción de los principales cereales, combinando el uso de variedades de plantas de alto rendimiento y mayor riego, la mecanización de la producción agrícola y el uso de fertilizantes y plaguicidas. Sus resultados a largo plazo son discutidos. Al respecto, véase González, *op. cit.*, pp. 30-32, y Asamblea General, ONU, Consejo de Derechos Humanos, 25° período de sesiones, A/HRC/25/57, *Informe presentado por el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter. Informe final: El potencial transformador del derecho a la alimentación*, 24 de enero de 2014, p. 5.

14 Schaper y Parada, *op. cit.*, p. 8.

15 Como la soya y el maíz. Véase González, *op. cit.*, p. 38.

intelectual, debiendo los agricultores que las utilizan pagar una prima adicional por ellas y renunciar a sus derechos tradicionales de guardar, compartir y modificar dichas semillas".¹⁶ Este tema en particular será abordado con mayor profundidad en las secciones dos y tres del capítulo.

Si bien han transcurrido más de dos décadas desde que se inició la comercialización de los primeros cultivos transgénicos, muchos países en vías de desarrollo aún están en proceso de diseñar una normativa que regule el uso de la biotecnología, como es el caso de nuestro país. En dicho proceso, deben enfrentar el poder e influencia de la Comunidad Europea y de Estados Unidos, que cuentan con reglamentaciones disímiles entre sí.¹⁷

Como mencionamos anteriormente, no existe consenso en la literatura acerca de los efectos derivados del uso de OGM en la agricultura, debido en gran parte a la incertidumbre científica en torno a los riesgos para la salud y el medio ambiente.¹⁸ Sobre los impactos socioeconómicos parece haber mayor consenso.¹⁹

En cuanto a los impactos ambientales, se destaca la contaminación genética, en especial, del polen proveniente de los cultivos transgénicos que puede alcanzar los cultivos convencionales. También la creación de supermalezas: los mismos cultivos transgénicos resistentes a herbicidas se pueden transformar en supermalezas al aparecer de forma accidental en los campos. El aumento del uso de herbicidas es otro de los impactos ambientales, puesto que se estima que el uso de estos crea resistencia de las malezas, lo que provoca que se deban usar más herbicidas y de mayor peligrosidad.²⁰ Asimismo, pueden provocar

16 *Ibíd.*, p. 39.

17 Estados Unidos ha adoptado una postura que supone que el proceso de transferencia genética de una especie a otra no representa mayores riesgos para la salud y el medio ambiente que el de las técnicas convencionales de cultivo, por lo que este tipo de productos no son sometidos, por regla general, a una normativa más estricta que el de sus equivalentes convencionales. Por el contrario, la Comunidad Europea ha adoptado un enfoque que supone que los productos GM pueden plantear riesgos como consecuencia de la modificación genética, por lo que son sometidos a un proceso de aprobación previo, además de llevar una etiqueta indicando la presencia de OGM y ser rastreados a lo largo de la cadena de producción y distribución. Este poder e influencia se traduce, por ejemplo, en el hecho que Estados Unidos ha condicionado la celebración de algunos tratados bilaterales de libre comercio a la aceptación de semillas GM, llegando incluso a ofrecerlas como ayuda humanitaria a países azotados por la hambruna. Por otro lado, las estrictas medidas de seguridad de alimentos de la CE han obligado a muchos países en vías de desarrollo a abandonar los cultivos GM por temor a perder los lucrativos mercados de la CE, debido a la dificultad de separar los productos GM de los que no lo son. Al respecto, véase González, *op. cit.*, pp. 15-19.

18 Véase *ibíd.*, p. 14.

19 *Id.*

20 De acuerdo a información proporcionada por la Fundación Sociedades Sustentables, los agricultores utilizan considerablemente más cantidad de herbicidas en los cultivos transgénicos que en los convencionales, por lo que los residuos de herbicidas en los primeros son mayores. En EE.UU., el uso de herbicidas en soya transgénica en un periodo de 8 años aumentó en 31.6 millones de kg. comparado con siembras convencionales, por la aparición de malezas resistentes a herbicidas. En Argentina, la soya transgénica utiliza más del doble de herbicida que la soya

impactos negativos al suelo, toda vez que las toxinas de los cultivos resistentes a insectos lo contaminan, pudiendo reducir su fertilidad. También pueden dañar a organismos no objetivo, en especial insectos benéficos, como los depredadores naturales que cazan los insectos de plagas. Otro de los impactos ambientales es la erosión de la biodiversidad: se estima que el desplazamiento de las variedades de cultivo local y de los sistemas biodiversos de cultivos por parte de los monocultivos característicos de la industria biotecnológica conlleva consecuencias en la variedad de alimentos y aumenta la probabilidad de perder los cultivos en caso de plagas, entre otras consecuencias.²¹

En cuanto a los impactos socioeconómicos,²² se destaca la marginación de los pequeños agricultores. Se estima que los cultivos genéticamente modificados beneficiarán desproporcionadamente a los agricultores ricos, porque la mayoría de los agricultores pobres no podrán costear la compra de semillas patentadas y los insumos químicos para su cultivo. Además, las normas sobre propiedad intelectual de este tipo de semillas imponen la obligación de adquirir nuevas semillas cada temporada en lugar de guardarlas, lo que menoscaba sus derechos tradicionales a guardar e intercambiar las semillas, además de limitar la capacidad de los agricultores de modificar y adaptar dichas semillas a las condiciones propias del lugar donde son plantadas. Asimismo, una posible contaminación de los cultivos convencionales por cultivos genéticamente modificados puede generar grandes pérdidas económicas en el caso de aquellos pequeños agricultores cuyos productos son exportados a mercados que restringen este tipo de alimentos, como es el caso de la Unión Europea.²³ Se han señalado también impactos socioeconómicos positivos, como el aumento potencial de alimentos, el mejoramiento de su calidad nutricional y la producción de cultivos que puedan resistir presiones ambientales, pero estas premisas han sido muy discutidas.²⁴

De acuerdo a lo expuesto, se proyecta que los impactos ambientales y socioeconómicos de los cultivos genéticamente modificados

convencional. Véase Fundación Sociedades Sustentables, *Cartilla informativa sobre organismos transgénicos*, noviembre de 2009, p. 6.

21 Para mayores antecedentes, véase González, op. cit., pp. 43-47, y Fundación Sociedades Sustentables, op. cit., pp. 5-6.

22 De acuerdo a información proporcionada por la Fundación Sociedades Sustentables, los agricultores que utilizan transgénicos se exponen a constantes alzas de precios. Así, se reporta por ejemplo, que en 2 años, entre 2006 y 2008, los precios promedios de la soya RR de Monsanto han subido más de 50% y el herbicida Roundup en un 134%. *Ibid.*, p. 7.

23 González, op. cit., pp. 39-40.

24 Existe amplio consenso acerca de que los cultivos GM no han incrementado la producción de alimentos. En cuanto al aumento del contenido nutricional, como mencionamos, cifras actuales revelan que casi la totalidad de los cultivos transgénicos que se producen son de tolerancia a herbicidas o resistentes a insectos. Finalmente, en el caso de la capacidad de resistir presiones ambientales, los intereses lucrativos de la industria biotecnológica plantean dudas sobre si estos cultivos van a estar disponibles a precios que los pequeños agricultores puedan pagar. Para mayores antecedentes, véase *ibid.*, pp. 41-43.

afecten desproporcionadamente a los pequeños agricultores y, en general, a los grupos más vulnerables. Por ello, resulta fundamental incluir en el debate público sobre el tema consideraciones de justicia ambiental, concepto que surge a partir del reconocimiento de que los grupos vulnerables se han visto especialmente afectados por la contaminación ambiental y la depredación de los recursos naturales y que apunta a una distribución equitativa de los bienes y pasivos ambientales (dimensión distributiva), y a que los ciudadanos tengan la posibilidad cierta de influir en los procesos de toma de decisiones ambientales (dimensión participativa).²⁵ Ello obliga a evaluar las implicancias que dichos impactos pueden tener en la población más vulnerable, además de abrir espacios reales de participación a la ciudadanía y de acceso a información relevante.

2. REGULACION INTERNACIONAL

2.1. Regulación en materia de seguridad de los organismos genéticamente modificados

Existen diversos instrumentos internacionales que tratan en mayor o menor medida el tema de la seguridad de la biotecnología.²⁶ Se destaca por su relevancia el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología de la Convención de Diversidad Biológica (en adelante, Protocolo de Cartagena o Protocolo) y el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante, Acuerdo MSF) de la Organización Mundial de Comercio. La dimensión internacional de este tema, se debe en gran medida a los impactos transfronterizos y el comercio internacional de los organismos vivos modificados.²⁷

El Protocolo de Cartagena²⁸ se aplica al “movimiento transfronterizo, el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los organismos vivos modificados que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana”.²⁹ Tiene por objeto contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección

25 Estas dos dimensiones se abordaron por separado en los capítulos de medio ambiente de los *Informes 2008 y 2009*.

26 A modo de ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en 1992, si bien no regula directamente esta materia, en su art. 19 establece las bases para que un protocolo sí lo haga.

27 De acuerdo a lo señalado por el artículo 3 letra g) del Protocolo, por “organismo vivo modificado” se entiende cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna. En esta sección se ocupará el término “OVM”, puesto que es el concepto que utilizan ambos instrumentos internacionales.

28 Dicho Protocolo fue aprobado en 2000, quedando abierto para la firma en la Quinta Conferencia de las Partes de la Convención de Diversidad Biológica. En dicha oportunidad, 68 países firmaron el Protocolo, entre ellos, Chile.

29 Véase Protocolo de Cartagena, art. 4.

en esta materia.³⁰ Se excluyen de su ámbito de aplicación los productos farmacéuticos destinados a seres humanos que estén regulados en otros acuerdos u organizaciones internacionales pertinentes.³¹ Lo mismo para el caso de los OVM en tránsito y los destinados a uso confinado,^{32 33} pero solo respecto a las disposiciones que regulan el procedimiento de “acuerdo fundamentado previo”, que trataremos más adelante, todo ello sin perjuicio del derecho de una parte de someter todos los OVM a una evaluación de riesgo antes de adoptar una decisión. Asimismo, y a pesar de que no hay una mención explícita en el Protocolo, también quedaron fuera de su ámbito de aplicación los productos derivados, tales como alimentos y conservas, o proteínas u otros productos elaborados que incluyan OVM.³⁴

Uno de los principios dentro de los cuales se enmarca el Protocolo es el principio o enfoque precautorio,³⁵ el que, según se ha interpretado, se extendería a todo ámbito del Protocolo.³⁶ Cabe también destacar la regulación del “acuerdo fundamentado previo”(en adelante, AFP),³⁷ en virtud del cual la parte de importación queda facultada para aprobar, prohibir o restringir las importaciones de OVM. Es un mecanismo aplicable antes del primer movimiento transfronterizo intencional de un OVM destinado a la introducción deliberada en el medio ambiente de la parte de importación. Consiste en que la parte de importación requiere ser notificada del movimiento transfronterizo de un OVM, contando con la opción de decidir, basándose en una evaluación de riesgos, si acepta o no dicha importación y bajo qué términos. Este mecanismo se basa expresamente en el principio precautorio, al prescribir que la ausencia de certeza científica sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un OVM no impedirá a la parte de importación de adoptar una decisión en relación con la importación del OVM.³⁸ Por su parte, se establece un procedimiento de autorización especial aplicable a los OVM destinados para uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento, que también se basa en el principio precautorio y que, “a diferencia del acuerdo fundamentado previo (AFP), que es esencialmente bilateral, se trata de un mecanismo multilateral de intercambio de informa-

30 Véase *ibíd.*, art. 1.

31 Véase *ibíd.*, art. 5.

32 Véase *ibíd.*, art. 6.

33 *Ibíd.* El art. 3, letra b) define lo que se entiende por “uso confinado”.

34 Brañes y Rey, *op. cit.*, p.108.

35 Contenido originalmente en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que dispone en su Principio 15 que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

36 Brañes y Rey, *op. cit.*, p. 110.

37 Protocolo de Cartagena, art. 7.

38 Véase *ibíd.*, art. 10 N° 6.

ción basado en el Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología establecido en el Protocolo”.³⁹

Asimismo, el Protocolo regula la “evaluación de riesgo” a que hace mención a propósito de la regulación del AFP y el procedimiento especial recién mencionado, cuyo objetivo es determinar y evaluar los posibles efectos adversos de los OVM en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en el probable medio receptor, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana. Para ello, mandata a las autoridades competentes a que utilicen la evaluación de riesgo para adoptar decisiones fundamentadas en relación con los OVM.⁴⁰ De esta forma, las decisiones de la parte de importación sobre la introducción de un OVM deberán estar basadas en esta evaluación de riesgos, conforme a procedimientos científicos sólidos, al procedimiento establecido en el Anexo III del Protocolo y teniendo en cuenta las técnicas reconocidas en este campo.

Finalmente, el artículo 18 contiene la normativa aplicable a la manipulación, transporte, envasado e identificación de los OVM, estableciendo en términos generales requisitos distintos según se trate de OVM destinados a uso directo como alimento humano o animal, o para procesamiento; OVM destinados a uso confinado; y OVM destinados a la introducción intencional en el medio ambiente de la parte de importación. Aún se encuentra pendiente la ratificación del Protocolo por parte de Chile.

Por su parte, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (en adelante, Acuerdo MSF) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), si bien no regula expresamente el tema de los OGM, permite a los gobiernos regular o restringir el comercio internacional mediante la adopción de medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales dentro del territorio de los miembros de la OMC, siempre que sean necesarias, estén basadas en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. El objetivo principal del Acuerdo MSF es “evitar que los miembros de la OMC promulguen medidas proteccionistas presentadas como reglamentaciones sobre seguridad y salud”;⁴¹ así, “busca

39 Ideaconsultora y UDP, *Estudio comparativo de la normativa nacional con la Unión Europea y elaboración de propuestas de armonización*, Informe final etapa 1, biotecnología moderna y semillas, junio de 2007, p. 41.

Conforme con este procedimiento, corresponde a la parte importadora revisar la información relativa a este tipo de OVM existente en dicho centro y, si lo considera necesario, someter esas importaciones a su normativa nacional, a una evaluación de riesgos conforme al procedimiento establecido en el Protocolo o a una decisión adoptada en un plazo que no exceda los 270 días. En consonancia con la exclusión del ámbito de aplicación del Protocolo de los alimentos u otros productos elaborados que incluyan OVM, este mecanismo de autorización no se aplica a los productos alimenticios procesados que no mantienen su condición de vivos.

40 Ver Protocolo de Cartagena, anexo II.

41 González, op. cit., p. 49.

conseguir este objetivo al promover la armonización de estándares internacionales en salud y seguridad, y al exigir que los miembros de la OMC que adopten medidas de seguridad y salud que sean más protectoras que los estándares internacionales, justifiquen estas medidas con base en hallazgos científicos”.⁴²

Este Acuerdo se basa principalmente en la existencia de información científica. No obstante, contiene una disposición que, en casos excepcionales, permite aplicar un enfoque precautorio,⁴³ sujeto eso sí a las siguientes condiciones: “(i) la medida debe ser provisional; (ii) debe ser adoptada de acuerdo con la información científica disponible; (iii) el país debe buscar información adicional para una evaluación de riesgos más objetiva; y (iv) la medida debe ser revisada en un plazo razonable”.⁴⁴

Respecto a la relación que existe entre el derecho ambiental internacional y el derecho comercial internacional, particularmente entre el Protocolo de Cartagena y el Acuerdo MSF, no existe un consenso acerca del “alcance de la yuxtaposición entre estos acuerdos y acerca de cuál debería prevalecer en caso de conflicto”,⁴⁵ lo que se traduce en una dificultad adicional para los países en vías de desarrollo que intentan reglamentar la biotecnología agrícola, ya que deben enfrentar cuestiones jurídicas no resueltas sobre la relación entre ambos derechos.^{46 47}

2.2. Protección de la propiedad intelectual de nuevas variedades vegetales

La propiedad intelectual de las variedades vegetales genéticamente modificadas se encuentra regulada por el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (en adelante, Convenio UPOV), acuerdo internacional que data de 1961 y ha sido modificado en tres oportunidades,⁴⁸ y que tiene por objeto otorgar un sistema de protección a la propiedad intelectual de las variedades vegetales, ya sea aquellas obtenidas a través de técnicas convencionales de mejora o aquellas mejoradas por ingeniería genética, siempre que la variedad vegetal producida sea nueva, distinta, homogénea y estable.⁴⁹ En su última versión de 1991, se elimina la prohibición de otorgar a las va-

42 Íd.

43 Véase Acuerdo MSF, art. 5.7.

44 Ideaconultora y UDP, op. cit., p. 10.

45 González, op. cit., p. 19.

46 Íd.

47 Al respecto, un fallo relevante en esta materia es la sentencia CE-Biotecnología, emitida por el panel de arbitraje de conflictos de la OMC en 2006, que conoció del reclamo interpuesto por Estados Unidos, Canadá y Argentina contra la Comunidad Europea por su presunta moratoria en la aprobación de la comercialización de productos agrícolas y alimentarios que contienen organismos genéticamente modificados. Para mayores detalles, ver *ibid.*, pp. 53-63.

48 1972, 1978 y 1991.

49 Convenio UPOV, versión 1991, art. 5, párr. 1.

riedades una doble protección, es decir, la derivada de la legislación nacional sobre protección de la propiedad intelectual y la derivada de este Convenio internacional.⁵⁰

La última versión del Convenio entró en vigencia en abril de 1998. Desde entonces, UPOV 1978 ha quedado oficialmente cerrado a nuevas adhesiones. Sin embargo, los países que han adherido a versiones anteriores no están obligados a ratificar la última versión, como es el caso de Chile. Si bien la versión de 1991 prevé un margen de flexibilidad, refuerza la protección de los derechos de los obtentores vegetales en comparación con las versiones anteriores. Así, amplía la duración mínima de protección de la variedad; prohíbe no solo la producción con fines de comercialización y la venta y comercialización de material de multiplicación de la variedad sin la autorización del obtentor, sino que además contempla una serie de otras prohibiciones.⁵¹ “Estas prohibiciones se extienden más allá del material de multiplicación reproductivo o vegetativo, para aplicarse al producto de la cosecha obtenido por utilización no autorizada de material de reproducción⁵² y a las denominadas variedades derivadas esencialmente de la variedad protegida;⁵³ por último, restringe el denominado “privilegio del agricultor”, al suprimir la posibilidad de que los Estados permitan a los agricultores intercambiar o vender semillas conservadas de la cosecha obtenida mediante el cultivo de las variedades protegidas: el artículo 15 de la versión de 1991 del Convenio UPOV solo permite restringir los derechos de los obtentores “con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo de la variedad protegida”.⁵⁴

Asimismo, esta versión otorga propiedad sobre los descubrimientos⁵⁵ y considera nuevo todo aquello que los obtentores no hayan reclamado y comercializado como propio.⁵⁶ En cuanto al requisito de la distinción, se establece que se considerará distinta la variedad si se distingue de cualquier otra cuya existencia a la fecha de presentación de la solicitud sea notoriamente conocida. Como las variedades campesinas no forman parte de registros oficiales y no todas ellas están en colecciones públicas, se estima que no serán consideradas “notoriamente conocidas” y podrían eventualmente ser apropiadas a través de este

50 Dicha prohibición está contenida en *ibíd.*, versión 1978, art. 2, párr. 1.

51 Véase *ibíd.*, versión 1991, art. 14, párr. 1.

52 *Ibid.*, art. 14, párr. 2.

53 *Ibid.*, art. 14, párr. 5.

54 Al respecto, véase Asamblea General, ONU, A/64/1170, Sexagésimo cuarto período de sesiones reunión, *El derecho a la alimentación: Las políticas de semillas y el derecho a la alimentación: Mejora de la biodiversidad de la agricultura y fomento de la innovación*, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter, 23 de julio de 2009, pp. 6-7.

55 Convenio UPOV, versión 1991, art. 1.

56 *Ibid.* art. 6.

Convenio. Se destaca también que esta nueva versión –a diferencia de la de 1978, que permite que cada país determine las variedades de las especies sobre las que se otorgará protección mediante este Convenio– extiende la protección sobre todos los géneros y especies vegetales, entre otras limitaciones.⁵⁷

Estas restricciones generan preocupaciones en materia de derechos humanos, puesto que, como mencionamos, implica que los agricultores renuncien a sus derechos tradicionales de guardar, compartir y modificar dichas semillas, alterando las prácticas tradicionales ligadas a la agricultura, además de situar al agricultor, campesinos y comunidades indígenas en una posición más desventajosa que las versiones anteriores.

3. MARCO LEGAL VIGENTE EN CHILE

3.1. Normativa en materia de seguridad, liberación intencional y comercialización de organismos genéticamente modificados

Chile carece de una normativa que regule en forma integral y coherente todos los aspectos y productos derivados de la biotecnología moderna. Así, gran parte de la normativa existente al respecto dice relación solo con la reproducción, multiplicación y exportación de semillas genéticamente modificadas. La principal norma en esta materia es la Resolución 1.523 de 2001 del Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), que Establece Normas para la Internación e Introducción al Medio Ambiente de Organismos Vegetales Vivos Modificados de Propagación,⁵⁸ resolución que contempla el único procedimiento permitido para la liberación intencional al medio ambiente de estos organismos. De acuerdo a dicha norma, Chile autoriza el ingreso de semillas transgénicas y permite pruebas de campo y la multiplicación de dichas semillas solo para exportación.

Con el propósito de generar una política pública en esta materia, en 2002 fue creada la Comisión Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología,⁵⁹ “con el objetivo de identificar y proponer las acciones que deberá asumir el país para permitir el despegue de la biotecnología como herramienta de desarrollo productivo y social”.⁶⁰ En 2003, dicha Comisión emitió un informe en que propone una política biotecnológica para Chile. Específicamente, en lo que respecta al diagnóstico del marco regulatorio existente, concluye que la biotecnología en Chile ha tenido un “ámbito de aplicación limitado y que ha sido resultado de iniciativas aisladas de ministerios u organismos públicos, más que de una visión

57 Grain.org: “El Convenio UPOV va contra principios de convivencia que hicieron posible el progreso de la agricultura”, 30 de enero de 2013, www.grain.org.

58 Originalmente este tema estaba regulado en forma menos detallada por la Resolución 1.927 de 1993 del SAG, que fue derogada por la mencionada Resolución 1.523 de 2001.

59 Ministerio de Economía, Decreto Supremo 164 de 2002.

60 Comisión Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología, *Informe al presidente de la República*, junio de 2003, p. 5.

conjunta sobre el tema”.⁶¹ Agrega que “resulta prioritario modificar o complementar la normativa vigente en materias sanitarias y agrícolas con el objeto de implementar procedimientos de evaluación de riesgos ambientales y sanitarios claros que permitan ampliar los usos agrícola y forestal de la biotecnología, además de autorizar el consumo de alimentos transgénicos nacionales e importados en forma coherente con el sistema de control de alimentos que opera en el país”.⁶² ⁶³ Respecto al marco institucional, constata que existen diversos organismos públicos que “cuentan con atribuciones en temas de regulación y fomento a la biotecnología, las que ejercen en forma no coordinada y, en ocasiones, en respuesta a problemas o solicitudes específicas”.⁶⁴

Independientemente del debate en torno a las propuestas de permitir la expansión de los cultivos genéticamente modificados para su comercialización dentro del país, existe consenso en el diagnóstico respecto a las carencias existentes en materia institucional y de regulación. La actual legislación chilena es insuficiente y es necesario adoptar una postura clara y sin ambigüedades. Para ello, se debe abrir un debate público que cuente con la participación de todos los actores involucrados, con el objeto de fundar un orden institucional que regule en forma integral este tema, y que establezca procedimientos claros y transparentes de evaluación ambiental y sanitaria, además de promover la entrega de información de interés público. En esta línea, sigue pendiente la dictación de una Ley de Bases de Bioseguridad, que resguarde adecuadamente el medio ambiente y la salud humana, donde se establezca una entidad encargada de constituir las políticas públicas en materia de bioseguridad y que tenga facultades para coordinar a todas las instituciones con competencia sectorial. Al respecto, en 2006, un grupo de senadores presentó un proyecto de ley sobre bioseguridad de vegetales genéticamente modificados.⁶⁵ En 2011 el gobierno envió una indicación sustitutiva, reabriendo el debate sobre el tema. Sin embargo, desde esa fecha su discusión se encuentra paralizada en el Congreso.⁶⁶

61 *Ibíd.*, p. 12.

62 *Id.*

63 Las principales acciones propuestas apuntaban a establecer un procedimiento de autorización de alimentos derivados de la biotecnología, regular su etiquetado (indicando las características nutricionales que no sean equivalentes a las de su homólogo convencional), establecer un marco jurídico que permita la comercialización de cultivos y productos genéticamente modificados, asegurando asimismo el uso responsable de la biotecnología en ámbitos donde haya carencia de normas, como es el caso de actividades de investigación o uso de microorganismos genéticamente modificados, así como la investigación con organismos animales y vegetales genéticamente modificados. Véase *id.*

64 *Id.*

65 Boletín 4690-01.

66 El nuevo proyecto, presentado en 2011, tiene por objeto regular el uso de vegetales genéticamente modificados (VGM) y alimentos de origen vegetal que contengan ADN recombinante, en lo relativo a las actividades de investigación, desarrollo e innovación; producción; comercialización; almacenamiento; transporte o cualesquiera manipulación; utilización y su disposición final. Además, establece un sistema de etiquetado voluntario aplicable a los alimentos que no

El Protocolo de Cartagena –que Chile aún no ha ratificado– sostiene que las partes cooperarán en el desarrollo y fortalecimiento de los recursos humanos y la capacidad institucional en materia de seguridad de la biotecnología,⁶⁷ además de fomentar y facilitar “la concienciación, educación y participación del público relativas a la seguridad de la transferencia, manipulación y utilización de los organismos vivos modificados”.⁶⁸ En este contexto, mandata a las Partes a celebrar consultas públicas en el proceso de adopción de decisiones en relación con OVM, debiendo dar a conocer al público el resultado de dichas decisiones.⁶⁹

Por su parte, la CEPAL –a raíz de la aprobación del Protocolo– ya en 2001 realizó una serie de recomendaciones vinculadas a la generación y desarrollo de una política y legislación sobre seguridad de la biotecnología,⁷⁰ en la que insta a los países de la región a firmar y ratificar el Protocolo, destacando la necesidad de desarrollar una política clara, suficiente y congruente sobre bioseguridad. Postula que esta política deberá ser integral, superando la sectorización existente desde las tradicionales perspectivas de agricultura, salud y medio ambiente, además de estar inserta en las políticas nacionales para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.⁷¹ Además, deberá ser implementada por leyes que sean fruto de un debate público y la expresión de un amplio consenso, y deberá tomar como base mínima para su desarrollo lo prescrito en el Protocolo. Los nuevos instrumentos jurídicos deberán tener un carácter preventivo y proactivo.⁷² Finalmente, afirma que la gestión de bioseguridad debe ser transparente y tomar en cuenta las diversas percepciones públicas sobre el tema, incluyendo, entre otras, las de los consumidores.⁷³

contengan ADN recombinante, como libres de VGM. Las principales críticas a este proyecto apuntan a que su ámbito de aplicación está restringido solo a los vegetales genéticamente modificados, no establece un sistema de etiquetado obligatorio de este tipo de alimentos y permite su comercialización dentro del país, entre otras.

67 Véase Protocolo de Cartagena, art. 22.

68 Véase *ibíd.*, art. 23.

69 *Íd.*

70 Véase Brañes y Rey, *op. cit.*, pp. 138-142.

71 Incluyendo temas como el acceso a los recursos genéticos, de propiedad intelectual sobre los recursos de la diversidad biológica y la seguridad alimentaria.

72 En el sentido de prevenir adecuadamente la ocurrencia de efectos indeseados para la salud, el medio ambiente y la agricultura, debiendo valorizar el papel que podría desempeñar la evaluación de impacto ambiental en la prevención de tales riesgos. Asimismo, postula que dicha legislación deberá prestar especial atención a la responsabilidad por daños que pueda generar la utilización de organismos transgénicos a las personas, a sus bienes y al medio ambiente, para lo cual recomienda que se favorezcan sistemas de responsabilidad objetiva. Recomienda considerar la normativa de la Unión Europea en materia de utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, de liberación de OMG al medio ambiente y en materia de nuevos alimentos e ingredientes, y etiquetado de alimentos fabricados a partir de OMG. Finaliza haciendo hincapié en que dichas transformaciones deben ir acompañadas de programas de información sobre los beneficios y los riesgos de la biotecnología moderna, así como de otros impactos económicos y sociales. Al respecto, véase Brañes y Rey, *op. cit.*, p. 142.

73 *Íd.*

A pesar de las recomendaciones y lineamientos descritos, se ha avanzado poco en esta materia en la última década, manteniéndose en la actualidad la mayoría de las carencias normativas e institucionales detectadas. Así, en materia de cultivo de semillas genéticamente modificadas, sigue vigente la Resolución del SAG antes citada, que, como anticipamos, permite la multiplicación de semillas transgénicas para su posterior exportación.⁷⁴ Esta resolución, si bien establece una serie de requisitos previos a la autorización para la liberación al medio ambiente de OVM –entre las que se encuentra una evaluación de riesgo caso a caso, una etapa de participación pública y medidas de bioseguridad en caso de aprobarse dicha solicitud, entre otras– tiene un ámbito de aplicación muy limitado y no es fruto de una política nacional sobre el tema. Se aplica solo a la liberación intencional de organismos vegetales vivos modificados de propagación y no regula ni la comercialización dentro del país de dichos organismos ni el uso confinado de estos. Tampoco se regulan las actividades ligadas a la investigación que utilicen OVM.

En materia de publicidad del contenido de la solicitud de internación y liberación al medio ambiente de OVM, es importante destacar que, hasta 2010, el artículo 14 de la Resolución del SAG señalaba que dicha información se entendía confidencial, por lo que la ciudadanía no podía acceder a información relevante, como, por ejemplo, la ubicación de los cultivos o el tipo de OVM que se pretendía liberar al medio ambiente. Con el objeto de adecuar esta disposición a la Constitución⁷⁵ y a las normas de superior jerarquía legal, como la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública,⁷⁶ se reemplazó este artículo⁷⁷ en el sentido de señalar que el SAG resguardará dicha información según lo establecido en la legislación vigente.⁷⁸

Como señalamos precedentemente, existe un vacío importante en materia de regulación. Así, es de público conocimiento que, a pesar de que las hectáreas de cultivos transgénicos se destinan exclusivamente a la exportación, “igualmente se importan, distribuyen y comercializan en Chile alimentos modificados genéticamente y/o alimentos deri-

74 Estas semillas en su mayoría provienen del hemisferio norte y se introducen al país con el propósito de multiplicarlas aprovechando la ventaja de la contraestación, siendo ejercida dicha actividad mayoritariamente por subsidiarias locales de transnacionales productoras de semillas. Véase Comisión Nacional para el Desarrollo de la Biotecnología, op. cit., p. 74.

75 La Ley 20.050 modificó la Constitución en 2005, incorporando un nuevo artículo 8º, que establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, salvo que una ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto de aquellos, si se cumplen los requisitos allí señalados.

76 Publicada el 20 de agosto de 2008.

77 Mediante Resolución 6.229 de 2010 del SAG.

78 Se destaca, asimismo, la creación en 2005 del Comité Técnico de Organismos Genéticamente Modificados, que tiene por objeto asesorar al Director Nacional del SAG en materias referidas a OGM y los productos e insumos silvoagropecuarios derivados de estos. Creada por Resolución 6.966 de 2005 del SAG.

vados de materias primas modificadas genéticamente”⁷⁹ Al respecto, el SERNAC realizó en 2001 un estudio que detectó soya transgénica en varios alimentos comercializados en el país.⁸⁰ No obstante, se desconoce con exactitud la cantidad y tipo de alimentos transgénicos que ingresan al país, puesto que se han hecho muy pocos estudios al respecto y, si bien existen algunas disposiciones que regulan la comercialización de alimentos y materias primas transgénicos, estas han tenido escasa aplicación en la práctica.

Así, el Reglamento Sanitario de los Alimentos (en adelante, RSA),⁸¹ en un principio señalaba que la producción, distribución y comercialización de alimentos y materias primas transgénicos debía ceñirse para su autorización a las normas técnicas que dictara el Ministerio de Salud, las que nunca fueron dictadas, por lo que esta disposición nunca se aplicó. Luego, en 2003, se reemplazó esta norma por la siguiente: “los eventos biotecnológicos,⁸² que modifiquen determinados alimentos y/o materias primas alimentarias para consumo humano, y los alimentos, ingredientes y materias primas alimentarias nuevos, deberán figurar en la nómina dictada por el Ministerio de Salud para tales efectos, mediante la correspondiente norma técnica basada en la evidencia científica internacionalmente aceptada”.⁸³ “La autorización de dichos alimentos será otorgada mediante resolución por el Servicio de Salud competente”.⁸⁴ Resulta difícil evaluar los efectos en la práctica de esta nueva disposición, puesto que, si bien en 2007 se aprobó dicha norma técnica⁸⁵ –que contiene las directrices y el procedimiento para autorizar la solicitud de incorporación para uso alimentario humano del evento biotecnológico, ya sea para ser cultivado en el país, importado a granel o como componente de un producto elaborado–, aún no se ha dictado la nómina que contiene los eventos biotecnológicos autorizados.⁸⁶

79 Dominique Hervé, “La regulación del comercio internacional de productos biotecnológicos y sus implicancias para Chile”, en Asociación Chilena de Derecho Ambiental, www.achidam.cl, 2004, p. 20.

80 SERNAC, *Presencia de soya transgénica en alimentos comercializados en el mercado nacional*, abril de 2001.

81 Ministerio de Salud, Decreto Supremo 977 de 1996. Establece las condiciones sanitarias necesarias para proteger la salud y nutrición de la población y garantizar el suministro de productos sanos e inoocuos.

82 El art. 106 N° 14 del RSA define “Evento biotecnológico” como la asociación o combinación de genes provenientes de distintas especies, producto de la ingeniería genética, distinta o en distinto orden, respecto a la que se da en la naturaleza en forma espontánea.

83 *Ibíd.*, art. 3 inciso 2.

84 *Ibíd.*, art. 3 inciso 3.

85 Resolución 83 de 2007, Ministerio de Salud. Aprueba Norma Técnica Administrativa sobre Incorporación a Nómina de Eventos Biotecnológicos en Alimentos de Consumo Humano.

86 De acuerdo a información proporcionada por el Ministerio de Salud, en respuesta a una solicitud de información realizada en el marco de la Ley Sobre Acceso a la Información Pública, N° AO045W-0000375, respondida con fecha 16 de junio de 2014, varias empresas obtentoras de semillas genéticamente modificadas han sometido eventos biotecnológicos (maíz, soya y remolacha) al proceso de evaluación descrito, encontrándose dicho procedimiento administrativo

En materia de etiquetado de este tipo de alimentos, el artículo 107 letra n) del RSA establece que “el alimento y/o materia prima para consumo humano, modificados por medio de eventos biotecnológicos, que presenten características nutricionales distintas a las del alimento y/o materia prima convencional, deberá hacer mención de ellas en el rótulo, de acuerdo a lo establecido en los artículos 113 y 115 al 120 de este reglamento”. No se establece por tanto la obligación de indicar en el etiquetado la condición de que un alimento es “genéticamente modificado” o “transgénico”, sino solo las características nutricionales distintas a las de su homólogo convencional, en el caso que así sea. Sin embargo, esta norma tampoco ha tenido aplicación, puesto que aún no se ha dictado la nómina que contiene los eventos biotecnológicos autorizados por el Ministerio de Salud. Por su parte, el Reglamento de Rotulación de Productos Alimenticios Envasados⁸⁷ no establece ninguna disposición que expresamente regule los alimentos modificados genéticamente.

La Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores⁸⁸ tampoco contiene una norma específica sobre etiquetado de productos transgénicos: solo se remite a sancionar con multa a los productores y distribuidores que, estando obligados a rotular los bienes que produzcan o expandan, no lo hicieren, o faltaren a la verdad en la rotulación.⁸⁹ Sí se establece en términos generales, como derechos básicos del consumidor, el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos,⁹⁰ así como la seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente, y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles.⁹¹

En materia de evaluación ambiental, recién con la reforma a la Ley 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, efectuada en 2010,⁹² se incorporó una disposición expresa que obliga a ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) a los “proyectos de desarrollo, cultivo o explotación, en las áreas mineras, agrícolas, forestales e hidrobiológicas que utilicen organismos genéticamente modificados con fines de producción y en áreas no confinadas”.⁹³ A su vez, mandata

en la etapa final de ejecución, faltando solo la emisión de la resolución que contenga la nómina de eventos biotecnológicos autorizados. En dicha respuesta, el Ministerio reconoce, asimismo, que actualmente existen en el mercado nacional, desde hace años, productos de importación originados en esta tecnología, sin especificar si existe algún mecanismo especial de control sobre este tipo de productos.

⁸⁷ Ministerio de Economía, Decreto Supremo 297 de 1992.

⁸⁸ Ley 19.496, publicada con fecha 7 de marzo de 1997.

⁸⁹ *Ibíd.*, art. 29.

⁹⁰ *Ibíd.*, art. 3, letra b).

⁹¹ *Ibíd.*, art. 3, letra d).

⁹² Mediante la Ley 20.417, publicada en enero de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

⁹³ Ley 19.300, art. 10 letra r).

a un reglamento –que aún no ha sido dictado–⁹⁴ la posibilidad de definir una lista de especies de organismos genéticamente modificados que, como consecuencia de su comprobado bajo riesgo ambiental, estarán excluidos de ingresar al SEIA. Este mismo reglamento deberá establecer el procedimiento para declarar determinadas áreas como libres de organismos genéticamente modificados.⁹⁵ ⁹⁶ Por su parte, el nuevo Reglamento del SEIA⁹⁷ define las actividades y proyectos que para efectos de dicho reglamento no tienen fines de producción, como los proyectos con fines de investigación, y lo que se entiende por áreas confinadas.⁹⁸ Finalmente, contiene un artículo transitorio⁹⁹ que dispone que, mientras no se dicte el reglamento que establecerá las actividades que suponen bajo riesgo ambiental, se entenderá que tienen comprobado bajo riesgo ambiental y que están excluidas de la exigencia de someterse al SEIA, aquellas especies de organismos genéticamente modificados que hayan sido objeto de autorización e informe favorable por parte del SAG, conforme a la Resolución 1.523 de 2001. Como mencionamos anteriormente, este reglamento no ha sido aún dictado, por lo que en la práctica las liberaciones al medio ambiente de OVM reguladas por la resolución del SAG no ingresan al SEIA, sin que exista por tanto una evaluación ambiental de dichas liberaciones. Confirma lo anterior la respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental a nuestra solicitud de información, en que señala que hasta la fecha no ha ingresado al SEIA ningún proyecto bajo la tipología r), que obliga a ingresar al sistema a los proyectos que utilicen organismos genéticamente modificados.¹⁰⁰

94 Información proporcionada por el Ministerio de Medio Ambiente, en respuesta a una solicitud de información realizada en el marco de la Ley Sobre Acceso a la Información Pública, respondida mediante carta N° 142227/14, con fecha 17 de junio de 2014. Sin perjuicio de lo anterior, agrega que en 2013 se elaboró la “Guía metodológica para la evaluación de riesgos ambientales de vegetales genéticamente modificados (VGM), con guía electrónica de metodologías (GEM) para su uso”.

95 Ley 19.300, art. 10 letra r), 2ª parte.

96 También se incorporan con la reforma otras disposiciones relevantes en materia de información ambiental, como el art. 31 bis que dispone que toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración, incluyendo la relativa a los organismos genéticamente modificados. El art. 70 que trata acerca de las facultades del Ministerio del Medio Ambiente, señala que a este le corresponderá proponer políticas y formular normas, planes y programas en materia de organismos genéticamente modificados.

97 Ministerio del Medio Ambiente, Decreto Supremo 40 de 2012.

98 El art. 3, letra r.1, define las actividades y proyectos que para efectos de este Reglamento no tienen fines de producción. Asimismo, la letra r.2, de dicho artículo establece lo que se entenderá por áreas confinadas. Finaliza dicha disposición, señalando que el Ministerio sectorial correspondiente, con acuerdo del Ministerio del Medio Ambiente, establecerá mediante resolución las medidas generales de bioseguridad que permitan la utilización de OGM en áreas confinadas. *Ibid.* De acuerdo a información proporcionada por el Ministerio del Medio Ambiente, en respuesta a una solicitud de información realizada en el marco de la Ley Sobre Acceso a la Información Pública, mediante carta 142227/14, de fecha 17 de junio de 2014, este no tiene información al respecto, por lo que se asume que el Ministerio sectorial competente no ha presentado aún a dicho Ministerio para su aprobación la resolución antes aludida.

99 *Ibid.*, art. 5 transitorio.

100 Solicitud AW004W-0001794, respondida con fecha 7 de abril de 2014 por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

3.2. Normativa en materia de protección de la propiedad intelectual de nuevas variedades vegetales

Chile forma parte del Convenio UPOV desde 1996, cuando adhirió al acuerdo según los términos del año 1978. Con el objeto de implementar este Convenio, se promulgó en 1994 la Ley 19.342 de Obtentores de Nuevas Variedades Vegetales. Sin embargo, al firmar el acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos, nuestro país se comprometió a incorporarse a la versión de 1991. En virtud de lo anterior, en 2009 ingresó al Congreso el proyecto de ley¹⁰¹ que reemplaza a la Ley 19.342 y en 2011 se aprobó la adhesión de Chile al Convenio UPOV en su versión de 1991. En marzo de este año, agrupaciones indígenas interpusieron una denuncia ante el Relator Especial sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas por considerar que este proyecto de ley—conocido popularmente como “Ley Monsanto”—amenaza la biodiversidad, la salud humana y el medio ambiente, así como la soberanía alimentaria de los indígenas, exigiendo además una consulta previa, libre e informada en los términos del Convenio 169 de la OIT.¹⁰² En particular, les preocupa que en la práctica las nuevas disposiciones del Convenio UPOV 91 puedan dar paso para que otras personas, ajenas a sus comunidades, se apropien de las semillas y variedades que son fruto de un trabajo colectivo efectuado por décadas, al mismo tiempo que critican el escaso avance que Chile ha tenido en materia de regulación y protección de los recursos genéticos y protección de semillas tradicionales.¹⁰³ Así, aunque el Tribunal Constitucional haya determinado que la ratificación del Convenio UPOV 91 no requiere de consulta previa, libre e informada,¹⁰⁴ se ha sostenido que el derecho internacional obliga al Estado de Chile a consultar sobre el impacto diferenciado de la normativa a los pueblos indígenas.¹⁰⁵

Una vez asumido el gobierno de Michelle Bachelet, este optó por retirar de la agenda legislativa el proyecto, poniendo de esta forma fin a una serie de manifestaciones ciudadanas que solicitaban el retiro del mismo. No obstante, el debate en torno a la versión 91 está lejos de acabar, puesto que el Congreso ya aprobó la adhesión a esta nueva versión, siendo tarea del gobierno reformular el proyecto con apoyo directo de las organizaciones ciudadanas.

101 Boletín 6355-01.

102 Olca.cl: “Agrupaciones indígenas presentan denuncia contra Ley Monsanto ante Relator Especial ONU”, 4 de marzo de 2014.

103 Este es un tema que, por la extensión del capítulo, no es posible abordar en profundidad. Sin embargo, creemos importante destacar que existe la necesidad urgente de avanzar en esta materia, estando pendiente la ratificación por parte de nuestro país del Tratado de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios Derivados de su Utilización y el Tratado de Recursos Fitogenéticos de la FAO.

104 Tribunal Constitucional, Rol 1988-11, sentencia de fecha 24 de junio de 2011, considerando 19. Dicha sentencia fue acordada con el voto en contra de cuatro ministros, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra de algunas disposiciones de la versión 91 del Convenio UPOV.

105 Para mayores detalles, ver capítulo 5 de este Informe.

De esta forma, utilizando el margen de flexibilidad que otorga el Convenio, es necesario que las autoridades a cargo de redactar un nuevo proyecto de ley, además de recoger las demandas ciudadanas, tomen en consideración las recomendaciones que a este respecto han dado organizaciones de derechos humanos. Resulta relevante lo previsto en el informe sobre semillas efectuado por el Relator especial del derecho a la alimentación de la ONU en 2009.¹⁰⁶ En él, alienta a los Estados a adoptar versiones *sui generis* de protección de variedades vegetales, adaptadas a la realidad local. Por su parte, en el caso de los Estados que ya adhirieron al Convenio UPOV, recomienda que utilicen todo el margen de flexibilidad que este permite. Sostiene que, “a la hora de identificar el sistema de derechos de propiedad intelectual más adecuado a sus necesidades específicas, los Estados podrían apoyarse en evaluaciones del impacto en los derechos humanos independientes y participativas”,¹⁰⁷ al mismo tiempo que cuestiona la presión ejercida por países ricos a países subdesarrollados para adherirse a la versión 91 como condición para suscribir acuerdos comerciales.¹⁰⁸

4. HECHOS OCURRIDOS EN CHILE

Como hemos señalado, en Chile la internación de material transgénico comenzó en 1993 con la dictación de la Resolución del SAG, que posteriormente fue reemplazada por la Resolución 1.523 de 2001. La superficie de cultivos transgénicos ha ido en aumento. Así, en la temporada 2012-2013¹⁰⁹ alcanzó a más de 35.000 hectáreas, siendo la mayor parte semillas de maíz, raps (canola) y soya. Los transgénicos se han autorizado en casi todas las regiones de Chile, especialmente en la VI y VII, donde se encuentran los semilleros de maíz. Por su parte, las exportaciones de semillas transgénicas en 2013 representaron el 53,1% del total de semillas exportadas, cifra que ha experimentado leves incrementos en los últimos años.¹¹⁰

De acuerdo a información proporcionada por la Fundación Sociedades Sustentables, “los cultivos transgénicos liberados en Chile poseen parientes silvestres y cultivados que podrían ser contaminados por flujo de polen. Existen especies endémicas y nativas emparentadas con los cultivos transgénicos, como también variedades tradicionales que representan valiosos recursos genéticos para el país. El riesgo a especies no

106 Asamblea General, ONU, A/64/1170, op. cit.

107 *Ibid.*, p. 17.

108 *Ibid.*

109 Información extraída de sitio web del SAG: www.sag.cl

110 Información proporcionada por la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA), en respuesta a una solicitud de información vía Ley de Acceso a la Información Pública, Código N° AR005C-000043, respondida con fecha 25 de junio de 2014.

objetivo, el suelo o las aguas tampoco ha sido evaluado. En Chile se ha demostrado la contaminación de semillas de maíz convencional con semillas transgénicas comercializadas para uso nacional”.¹¹¹ En 2008, el Programa Chile Sustentable, la Fundación Sociedades Sustentables y Desarrollo Rural Colchagua, encontraron por primera vez contaminación de maíz en el campo en 4 predios cercanos a semilleros transgénicos de la VI Región.¹¹² Estos eventos generan preocupación, puesto que “Chile tiene 23 formas raciales de maíz que se podrían contaminar y perder irreversiblemente. Por otra parte, Chile es centro de origen de la papa, y el INIA creó y liberó a campo 5 variedades de papas transgénicas en Osorno entre 1991 y 2005, sin considerar que en Chiloé existen casi 200 variedades nativas de papas, las cuales habrían estado en riesgo de ser contaminadas. También se ha demostrado la contaminación de miel con polen transgénico en la VII Región”.¹¹³ Actualmente, la Fundación Sociedades Sustentables se encuentra investigando el caso de liberaciones transgénicas en el valle de Lluta, región de Arica, donde se cultiva el maíz de Lluta, un recurso genético único en el mundo, que puede crecer en suelos salinos y que se podría perder por contaminación genética.¹¹⁴

Por su parte, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) publicó en 2012 un informe sobre los conflictos socioambientales presentes en Chile,¹¹⁵ entre los que se destaca el generado por los alimentos transgénicos y por el proyecto de ley que regula los derechos del obtentor vegetal. Si bien trata ambos conflictos por separado, toda vez que el proyecto de ley sobre derechos del obtentor vegetal tiene un alcance más amplio, abarcando en términos generales a las nuevas variedades vegetales, entre las que se encuentran las genéticamente modificadas, estos tienen mucha relación entre sí. Es así como el tema de los transgénicos volvió a salir a la luz pública a raíz de la tramitación de este proyecto, que como señalamos, fue retirado de la agenda legislativa.

Las principales demandas y preocupaciones de las organizaciones civiles involucradas apuntan a exigir mayor información y transparencia sobre las características de los cultivos de vegetales genéticamente modificados autorizados por el SAG, en especial respecto a su ubicación. Denuncian poca capacidad técnica y de fiscalización por parte del SAG, lo que en la práctica se traduce en una gran posibilidad de contamina-

111 El maíz DK440 de ANASAC presentó contenidos de semillas transgénicas NK 603 y MON 810 de Monsanto. Véase Fundación Sociedades Sustentables, op. cit., p.9.

112 *Ibid.*, p. 14. El estudio detectó que los maíces transgénicos provenientes de semilleros han contaminado genéticamente algunas siembras de maíz convencional en Chile. Dichos choclos contaminados estarían siendo comercializados sin contar con autorización alguna (ni para consumo humano ni para uso como semilla).

113 *Ibid.*, p.9.

114 Entrevista telefónica realizada a María Isabel Manzur, bióloga y miembro de la Fundación Sociedades Sustentables, realizada el 8 de julio de 2014.

115 INDH, *Mapa de conflictos socioambientales en Chile*, diciembre de 2012.

ción de semillas, hortalizas y plantas silvestres emparentadas, y exigen mayor fiscalización y monitoreo de la efectividad de las medidas de bioseguridad aplicadas. Además, demandan estudios independientes que evalúen los posibles riesgos para la salud y el medio ambiente de este tipo de alimentos, y que permitan conocer el real estado de la contaminación por especies transgénicas en nuestro país. Asimismo, requieren que se establezca un etiquetado obligatorio de este tipo de alimentos, para que la ciudadanía pueda elegir informadamente qué consumir, y mayor participación e influencia en el debate público y político sobre el tema. Exigen una moratoria total de las autorizaciones otorgadas por el SAG para cultivar semillas transgénicas, al menos hasta que se dicte una ley de protección a la biodiversidad¹¹⁶ y una ley de bases de bioseguridad, que sean fruto de un gran consenso ciudadano.

En cuanto a los derechos de propiedad intelectual del obtentor de nuevas variedades vegetales, les preocupa la adhesión de Chile a la versión de 1991 del Convenio UPOV, en especial, porque estiman que protege de sobremanera los derechos del obtentor, debilitando las prácticas agrícolas tradicionales, como las de conservar, compartir y volver a plantar sus semillas, lo que genera dependencia de las semillas genéticamente modificadas y sus insumos.¹¹⁷ A fines de 2013, varias organizaciones civiles¹¹⁸ escribieron una carta pública a la presidenta electa con sus principales demandas en materia de alimentos transgénicos y derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales.^{119 120}

116 Sobre este tema, en 2011 ingresó al Congreso el proyecto de ley que “Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas”, Boletín 7487-12. Dicho proyecto fue retirado en junio de 2014 por la presidenta Bachelet, tras más de dos años de estar estancada su tramitación en el Congreso, siendo reemplazado por un nuevo proyecto que “Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas”, Boletín 9404-12.

117 Al respecto, el Relator especial para el derecho a la alimentación de la ONU desestima el argumento que se utiliza habitualmente para negar el riesgo de una mayor dependencia de los pequeños agricultores de variedades de semillas comerciales, que señala que los agricultores no están obligados a adquirir semillas protegidas simplemente porque estén disponibles. Postula que este argumento presupone que los agricultores cuentan con alternativas reales a la adquisición de sus semillas en el sistema comercial, lo que en la práctica presenta dificultades. Véase Asamblea General, ONU, A/64/1170, op. cit., pp. 14-15.

118 En representación de la Alianza por una Mejor Calidad de Vida, compuesta por organizaciones sociales y ambientales, y por la Red de Acción en Plaguicidas RAP-Chile, y también en nombre de la campaña Yo No Quiero Transgénicos en Chile.

119 A grandes rasgos, propusieron el rechazo al proyecto de Ley de Obtentores Vegetales; una moratoria a los cultivos transgénicos y el etiquetado de los alimentos con transgénicos; impulsar un proyecto de ley de Biodiversidad; disponer que el SERNAC haga los estudios necesarios sobre presencia de transgénicos en alimentos básicos; impedir la extensión de nuevos semilleros transgénicos a las comunas y regiones aún libres de transgénicos; eliminar del registro del SAG los plaguicidas altamente peligrosos (PAP); incentivar con aportes directos la producción limpia, orgánica o agroecológica; iniciar programas de producción y distribución de semillas campesinas locales, y dar acceso a los campesinos a los bancos de semillas del Instituto de Investigación Agropecuaria; apoyar los intercambios de semillas entre comunidades y organizaciones; promulgar normas que reconozcan el derecho de los apicultores a ejercer su actividad sin semilleros transgénicos en el territorio que siempre han utilizado; entre otras propuestas.

120 En junio de este año, miembros de la Fundación Sociedades Sustentables y Chile Sin Trans-

El mismo año, organizaciones civiles¹²¹ presentaron al SERNAC una carta en que solicitan realice un estudio sobre posible presencia de maíz y trigo transgénico en alimentos expendidos en panaderías y supermercados, tales como pan.¹²² Fundamentaron su petición en que Chile es el segundo mayor consumidor de pan en el mundo, por lo que consideran relevante contar con cifras oficiales al respecto. Hasta la fecha el SERNAC no ha realizado dicho estudio.¹²³ El único estudio efectuado por dicha entidad tuvo lugar en 2001, cuando se detectó—como hemos señalado—presencia de soya transgénica en diversos alimentos que se expenden en Chile, en especial hamburguesas y embutidos.¹²⁴ Por su parte, en 2004 Greenpeace Chile elaboró una lista de alimentos que en su composición presentan ingredientes derivados de la soya y maíz transgénicos.¹²⁵ En dicha oportunidad, se solicitó a diversas empresas una declaración garantizando que no utilizaban ingredientes derivados de soja o maíz transgénicos y, en base a sus respuestas, se elaboró una lista roja con más de 350 productos.¹²⁶ Estos estudios han demostrado en la práctica que, a pesar de no haberse dictado todas las normas que permiten la comercialización dentro del país de este tipo de alimentos, igualmente se comercializan, existiendo muy poca información al respecto. Un estudio de opinión realizado en 2011¹²⁷ reveló que solo el 22% de los encuestados poseía conocimientos de lo que son los alimentos transgénicos.

Por su parte, los apicultores han denunciado en reiteradas oportunidades los problemas de contaminación generados por cultivos transgénicos, especialmente a la producción de miel orgánica que se exporta a países europeos. Acusan que sus productos se han visto

génicos sostuvieron una reunión con el ministro de Agricultura, en que le plantearon personalmente sus inquietudes respecto de la expansión indiscriminada de los transgénicos en Chile, el Proyecto de Ley de Derechos de Obtentores Vegetales o “Ley Monsanto” y la conservación de las semillas tradicionales de Chile. El ministro se comprometió a centrarse en una mayor fiscalización y monitoreo de la efectividad de las medidas de bioseguridad dispuestas por el SAG, y en avanzar en una agenda de trabajo en recursos genéticos, al mismo tiempo que reconoció la necesidad urgente de rescatar y conservar el patrimonio de semillas tradicionales de Chile. Véase Chile Sustentable: “Transgénicos y Ley Monsanto fueron temas tratados en reunión de ministro de Agricultura con Chile Sustentable y Chile sin Transgénicos”, 18 de junio de 2014, www.chilesustentable.net.

121 En nombre de la campaña Yo No Quiero Transgénicos en Chile y de la Alianza por una Mejor Calidad de Vida, integrada por RAP-Chile, OLCA y ANAMURI.

122 Olca.cl: “Organizaciones demandan al SERNAC hacer estudio sobre posible presencia de trigo transgénico en el pan”, 14 de junio de 2013.

123 Lo confirma respuesta a solicitud de información vía Ley de Acceso a la Información Pública, AH009W-0001091, respondida con fecha 27 de junio de 2014.

124 En dicha oportunidad, el SERNAC señaló que “el oficializar la rotulación de estos alimentos será un factor determinante para dar una adecuada transparencia al uso de esta tecnología alimentaria y facilitar así la decisión soberana de los consumidores”.

125 Greenpeace Fundación Pacífico Sur Chile, *Guía de alimentos transgénicos*, 2004.

126 Entre ellos, cereales, colados, leche, pan, sopas, aceites, embutidos, conservas, etc. Dicha organización aclara que este listado es solo una referencia y no incluye la totalidad de los alimentos derivados de soya o maíz.

127 Universidad de Santiago de Chile, Departamento de Gestión Agraria, *Evolución de la “opinión pública informada” en Chile*, marzo de 2011. La información acerca de este estudio fue proporcionada por el SERNAC, en respuesta a solicitud de información AH009W-0001091, efectuada con fecha 2 de junio de 2014.

contaminados por polen transgénicos, lo que ha traído como consecuencia que los cargamentos de miel orgánica hayan sido devueltos como miel transgénica,¹²⁸ obligando a los apicultores chilenos a venderla en otros mercados, a un precio inferior a la mitad.¹²⁹ Al respecto, la presidenta de la Asociación Gremial de Apicultores de Chile, señaló en 2013 que antes de la contaminación transgénica del polen exportaban 30 millones de dólares anuales, perdiendo en la actualidad cerca del 70% del mercado en Europa a causa de esta.¹³⁰ Por su parte, en 2012 la Red Nacional Apícola, Biobío Orgánico y la Red de Acción en Plaguicidas realizaron un cabildo ciudadano donde se entregaron cifras interesantes en torno a este tema. Señalaron que en Chile existen alrededor de 10.000 apicultores, de los cuales el 92% son microempresarios que tienen menos de 100 colmenas cada uno y realizan la venta de la miel en tambores a los grandes exportadores. Sus denuncias se centran en dos aspectos: esgrimen que la producción de semilleros transgénicos afecta directamente a la ya menoscabada abeja, lo que perjudica no solo a la miel y sus derivados sino que pone en jaque a la agricultura en general; y reiteran sus denuncias en torno a las bajas en la exportación de miel y los perjuicios económicos que ello implica.¹³¹

En la misma línea, el presidente del Sindicato de Profesionales de CONAF sostuvo en 2013 que no hay control ni información del posible impacto negativo de la contaminación transgénica sobre el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, que incluye los parques nacionales y las reservas. Adujo que el control es mínimo y la información, escasa, lo que hace muy difícil prevenir los efectos por presencia de transgénicos en esas zonas.¹³² Por su parte, en el mismo año, el Ministerio de Medio Ambiente y Agricultura de Alemania, detectó contaminación transgénica en semillas de maíz convencional provenientes de Chile. “La situación se podría haber originado por la contaminación por polen desde siembras transgénicas cercanas o por una deficiencia en la separación de semillas transgénicas y no transgénicas durante su procesamiento.(...) Este no es un caso aislado, (...)y Chile ya había sido advertido de mejorar sus sistemas de producción de semillas. Debido a ello, la Oficina de Alimentos y Ve-

128 La normativa de la Unión Europea exige que si un alimento tiene más de un 0,9% de componente transgénico, se debe etiquetar como tal.

129 Radio Universidad de Chile: “MINAGRI respalda industria de transgénicos en Chile”, 18 de junio de 2013.

130 Radio Universidad de Chile: “Apicultores acusan al MINAGRI de ignorar contaminación transgénica”, 14 de junio de 2013.

131 Resumen informativo de la región de Concepción: “Transgénicos y el colapso de la apicultura chilena: En peligro el sustento de más de 10.000 familias”, 5 de mayo de 2012, www.resumen.cl.

132 Radio Universidad de Chile: “Apicultores acusan al MINAGRI de ignorar contaminación transgénica”, op cit.

terinaria (FVO) de la Unión Europea realizó una auditoría al sistema de producción de semillas en Chile en marzo del 2012. La delegación Europea, examinó el sistema de control existente de la importación y multiplicación de las semillas transgénicas en Chile, encontrando una serie de falencias en los sistemas de siembra, procesamiento e identificación de las semillas exportadas”.¹³³ ¹³⁴

Respecto a denuncias efectuadas por agricultores, existen pocos datos, probablemente debido a la práctica que por años tuvo el SAG de no revelar la información relacionada con este tipo de cultivos y al poco conocimiento que la ciudadanía tiene sobre el tema de los transgénicos. Destaca, sin embargo, el caso de José Pizarro Montoya, un agricultor sin tierra y ex productor de semillas transgénicas en la temporada 2009-2010 en Melipilla (RM), quien fue el primer chileno en ganar una demanda interpuesta a Monsanto/ANASAC por incumplimiento de contrato.¹³⁵ El agricultor sostuvo que no recibió las instrucciones adecuadas para la siembra, lo que condujo a malos resultados desde el punto de vista de la producción y, por consiguiente, a grandes pérdidas económicas.¹³⁶ Más allá de los detalles particulares del caso, resulta interesante destacar algunas prácticas ambientales y comerciales de la empresa denunciadas por el demandante, como, por ejemplo, la falta de información respecto del tipo de semillas sembradas; la obligación de usar determinados tipos de plaguicidas; la exigencia prevista en los contratos de recurrir, en caso de desavenencias, a un árbitro de la Cámara de Comercio, con los elevados costos que ello implica, lo que en la práctica fomentaría a que solo las grandes empresas puedan demandar. Asimismo, denuncia que la empresa funciona en base a imponer condiciones que a primera vista parecen muy favorables, pero que cambian drásticamente con el paso del tiempo.¹³⁷ A pesar de las pocas denuncias existentes,

133 Radio Universidad de Chile: María Isabel Manzur, “Siembra de transgénicos en Chile: Amenaza permanente”, 9 de mayo de 2013.

134 “Dicha auditoría detectó que no existe un sistema de control de la producción de semillas transgénicas que impida la contaminación de las semillas convencionales exportadas a Europa (...). También detectó una falta de control oficial al momento de la siembra (...). Además, encontraron falencias en el sistema de procesamiento de las semillas convencionales (...). La delegación encontró que no existía un sistema de control oficial para evitar la mezcla de estos dos tipos de semillas. Chile tampoco cuenta con un sistema oficial de análisis de las semillas convencionales exportadas a Europa para evaluar si están contaminadas con transgénicos, y no informa al importador europeo que las semillas que está exportando son transgénicas. Esto ocurre debido a que Chile no es miembro del Protocolo de Bioseguridad, donde se exige la identificación de estas semillas al ser exportadas”. Íd.

135 La sentencia favorable a Pizarro en el juicio Rol 1385-11, caratulado como *Agrícola Pizarro Ltda. contra Agrícola Nacional S.A.C.*, fue dictada por un juez árbitro de la Cámara de Comercio. La Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó en septiembre de 2013, rechazando el recurso de casación y queja presentado por la empresa.

136 La sentencia estableció que la empresa incurrió en una conducta negligente al no prestar los servicios de supervisión técnica de la siembra en forma diligente y dando estricto cumplimiento a las instrucciones del fabricante de la semilla Monsanto.

137 *El Ciudadano*: “Agricultor chileno ganó demanda contra Monsanto y denuncia daños provo-

creemos importante incluir en el análisis el posible impacto que el uso de esta tecnología puede tener sobre esta actividad productiva, considerando que es una fuente importante de trabajo en el país, sobre todo para grupos vulnerables, como pequeños agricultores y comunidades indígenas.¹³⁸

En materia de transparencia y acceso a la información pública, como señalamos, durante más de 15 años el SAG mantuvo la práctica de no revelar los datos relacionados con los cultivos autorizados de semillas transgénicas, toda vez que existía una disposición en la propia Resolución del SAG que establecía que este tipo de datos era de carácter reservado. A raíz de lo anterior, en 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible una denuncia presentada en 2003 derivada de la denegación de información por parte del SAG relacionada con cultivos transgénicos, por la presunta violación del derecho a la libertad de expresión y sus garantías judiciales. El fallo definitivo aún se encuentra pendiente.¹³⁹

No obstante lo anterior, gracias a la reforma efectuada a la Constitución en 2005 y la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública, la ciudadanía cuenta con una importante herramienta que permite hacer frente a esta situación, aunque sus alcances han sido discutidos, en particular respecto a la divulgación de la ubicación de los cultivos genéticamente modificados. Así, en el contexto de la nueva Ley de Transparencia, se han presentado dos amparos ante el Consejo para la Transparencia relacionados con este tema.¹⁴⁰ En ambos casos, el SAG no proporcionó toda la información solicitada respecto a los cultivos genéticamente modificados, en particular, respecto a la ubicación de los cultivos.¹⁴¹ Al respecto, el Consejo para la Transparencia sostuvo en 2010 que la información referida a la ubicación

cados por transnacional”, 22 de enero de 2014.

138 Para mayores antecedentes sobre las características de la agricultura chilena, véase: ODEPA, “Panorama de la agricultura chilena”, Edición 2012, estudio realizado a partir de los datos obtenidos del Censo Nacional Agropecuario de 2007. De dicho estudio se extraen algunas conclusiones interesantes, como, por ejemplo, que Chile destaca por el pequeño tamaño promedio de sus unidades agrícolas, representando aquellas que superan las 100 hectáreas solo el 7,6% de estas unidades. Sin embargo, el 93% de la superficie agrícola de las explotaciones está en este último segmento de tamaño y solo el 2,4% del total se encuentra distribuido entre las propiedades menores de 20 hectáreas físicas. Asimismo, se destaca que la agricultura como actividad productiva representó 3,58% del PIB nacional en 2010. Agrega que la actividad silvoagropecuaria es relativamente intensiva en mano de obra, constituyéndose en uno de los sectores que genera más empleo en el país. El número de productores indígenas representa el 17,6% del total de agricultores del país, caracterizándose por el pequeño tamaño de sus explotaciones de carácter individual.

139 Para mayores antecedentes, ver caso P-406/03, Miguel Fredes y Ana Tuckzer contra el Estado de Chile. Cabe hacer presente que este caso ya fue recogido por el *Informe 2007*, pp. 209-211.

140 Consejo para la Transparencia, Amparos A59-09 y A165-09.

141 Basó su negativa en que, al efectuar la consulta a los terceros involucrados, solo 2 de 26 empresas no se opusieron a la entrega de la información solicitada, por lo que se encontraba impedido de revelar dicha información.

exacta de cultivos y acopio de semillas transgénicas de exportación, como también para la experimentación científica en vegetales transgénicos, es pública, ordenando al SAG entregarla a la brevedad.^{142 143}

5. ESTÁNDARES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El desarrollo de la biotecnología moderna ha generado legítimas preocupaciones en materia de derechos humanos. Ya en 2001, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)¹⁴⁴ afirmó que reconocer el potencial y las presuntas contribuciones de los productos genéticamente modificados a la producción mundial alimenticia no implicaba desatender sus posibles riesgos en lo que respecta a la inocuidad de los alimentos y los peligros imprevisibles para el medio ambiente, como la transferencia de toxinas o alérgenos, y los efectos involuntarios sobre las especies, así como otros efectos a largo plazo, como la reducción de la biodiversidad mediante la pérdida de cultivos tradicionales. Expuso la necesidad de proceder con cautela¹⁴⁵ y el deber de respetar los derechos humanos a una alimentación suficiente y a una participación democrática en el debate y las decisiones finales acerca de las nuevas tecnologías, así como el derecho a una elección con conocimiento de causa. Puso énfasis en la necesidad de que los beneficios se compartan más equitativamente con los países en desarrollo y los agricultores con pocos recursos, en especial, dirigiendo la investigación hacia esos países.¹⁴⁶

Recalcó que la creación de estos organismos plantea controversias en materias éticas relativas a la alimentación y la agricultura. Sostuvo que estas dicen relación con el derecho a una alimentación apropiada,

142 En el caso del Amparo A59-09, las empresas, en su calidad de terceros afectados, presentaron un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, la cual, en su fallo, determinó que el Consejo debía volver a analizar el caso y ofrecer a los terceros una audiencia para dar pruebas de los intereses vulnerados al hacer pública la ubicación de sus predios con cultivos transgénicos. Sin embargo, tras recibir la citación a la audiencia, estas empresas notificaron que no asistirían. En 2012, el Consejo para la Transparencia confirmó lo resuelto anteriormente.

143 A mayor abundamiento, señaló que el conocimiento de la información requerida va a permitir el control social del procedimiento que utiliza el SAG para la internación y liberación en nuestro país de los OVM, así como para su fiscalización. En efecto, sostuvo que esto permitirá que el debate público sobre los transgénicos en Chile cuente con una mayor participación social.

144 FAO, op. cit., pp. 3-6.

145 Que los países cuenten con una legislación clara y responsable y un órgano oficial que garantice que se lleve a cabo un análisis científico de los riesgos y que se tomen todas las medidas de seguridad, sometiendo dichos productos a ensayos antes de su distribución y a un posterior seguimiento. *Ibid.*, p. 4.

146 Reconoce que los principales beneficiarios hasta la fecha han sido los promotores de la tecnología del sector privado y los grandes productores agrícolas, que en su mayoría residen en países desarrollados. Postula que, para que los beneficios se compartan más equitativamente, es necesario modificar el sistema actual de derechos de propiedad intelectual y otros obstáculos a la pronta transferencia de las biotecnologías modernas. *Id.*

con el derecho a una elección fundamentada¹⁴⁷ –que exige acceso a la información– y el derecho a una participación democrática, que implica en este ámbito dar oportunidades a la ciudadanía para participar del debate sobre las repercusiones de los OGM.

En lo que respecta a la inocuidad de este tipo de alimentos y las repercusiones para la salud de los consumidores, subraya la importancia de una gestión atenta y una comunicación eficaz de los riesgos. Agrega que la credibilidad de los estudios de riesgo depende de que se disponga de las necesarias salvaguardias económicas, ambientales y éticas. Postula que, si se tienen en cuenta consideraciones éticas básicas y se respetan los derechos humanos antes mencionados, los consumidores podrán influir en el debate y en las decisiones posteriores sobre los OGM.

Respecto al derecho humano a una alimentación adecuada,¹⁴⁸ los principales cuestionamientos apuntan a la inocuidad de los alimentos genéticamente modificados y los posibles efectos adversos sobre la salud de las personas. Asimismo, se cuestiona que, hasta la fecha, la mayoría de las iniciativas e investigaciones ligadas al desarrollo de OGM provengan de empresas privadas y estén centradas en las especies de exportación cultivadas en monocultivos a gran escala, como la soya y el maíz. De no adoptarse los debidos resguardos ambientales y económicos, se estima que la contaminación genética puede amenazar gravemente la biodiversidad y con ello la diversidad existente de alimentos. Otro tema de preocupación son los sistemas de protección de la propiedad intelectual de las nuevas variedades, entre las que se encuentran las semillas genéticamente modificadas, puesto que se estima debilitan las prácticas agrícolas tradicionales, acelerando el dominio corporativo de la oferta global de alimentos.

En esta línea, el Relator especial sobre el derecho a la alimentación de la ONU sostuvo en su informe provisional de 2013 que “este derecho tiene más que ver con los modos de producción y las cuestiones relativas a la distribución que con los niveles de producción de alimentos solamente”.¹⁴⁹ Agregó que “el objetivo primordial consiste en garantizar a cada persona, a título individual o como parte de un grupo, un acceso permanente y seguro a dietas que sean adecuadas desde el punto de vista nutricional, producidas de forma sostenible

147 Esto incluye temas como el etiquetado de los productos y alimentos transgénicos. *Ibid.*, p. 14.

148 Reconocido en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmado en el PIDESC (art. 11) y, mediante el derecho a la vida, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), entre otros instrumentos internacionales. El contenido y alcance de este derecho ha sido precisado por el Comité DESC en su observación general 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada. Se destacan además las Directrices sobre el derecho a los alimentos, adoptadas en 2004 por los Estados miembros de la FAO.

149 Asamblea General, ONU, A/68/288, Sexagésimo octavo período de sesiones, *El derecho a la alimentación: Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, 7 de agosto de 2013, p. 5.

y culturalmente aceptables".¹⁵⁰ El derecho a la alimentación está estrechamente relacionado con el derecho de acceso a recursos como la tierra, el agua, los bosques y las semillas. En cuanto a su contenido normativo, este entraña las necesidades de disponibilidad, accesibilidad, adecuación y sostenibilidad, que deben constituirse en derechos protegidos jurídicamente y garantizados por medio de mecanismos de rendición de cuentas.¹⁵¹

En su informe final presentado al Consejo de Derechos Humanos en 2014, si bien no alude expresamente al tema de los alimentos genéticamente modificados, sí identifica prácticas que van en retroceso respecto a la realización del derecho a la alimentación, que se asocian con la producción de este tipo de alimentos. Así, reitera que centrarse exclusivamente en el aumento de la producción agrícola ha tenido graves consecuencias en el medio ambiente¹⁵² ¹⁵³ y destaca la necesidad de respaldar los sistemas de semillas de los agricultores, que están amenazados por la mayor atención que se presta a las políticas públicas sobre variedades de plantas de alto rendimiento.¹⁵⁴ ¹⁵⁵ Concluye que debe formularse un nuevo paradigma centrado en la sostenibilidad, sustituyendo aquel orientado a la productividad, para poder apoyar mejor la realización del derecho a la alimentación adecuada.¹⁵⁶ Para ello recomienda que los Estados presten apoyo a productores de alimentos en pequeña escala, sobre la base de la provisión de bienes públicos para la formación, el almacenamiento y la conexión con los mercados, así como la divulgación de modalidades agroecológicas de producción, además de combinar múltiples sistemas alimentarios y formas de agricultura.¹⁵⁷

El Relator especial se refiere expresamente a las semillas genéticamente modificadas en su informe temático de 2009 sobre las políticas

150 *Íd.*

151 Asamblea General, ONU, A/HRC/25/57, *op. cit.*, p.3.

152 *Ibid.*, párr. 6, p. 5.

153 Cita como ejemplo lo sucedido con la "revolución verde", que, como señalamos, combinó el uso de variedades de plantas de alto rendimiento, la mecanización de la producción agrícola y el uso de fertilizantes y plaguicidas, aumentando con ello el volumen de producción de los principales cereales, como el maíz y el trigo. No obstante, ello se tradujo en el incremento de los monocultivos, lo que trajo como consecuencia una pérdida considerable de la biodiversidad agrícola, así como en una aceleración de la erosión del suelo. Agrega que el uso excesivo de fertilizantes químicos contaminó el agua dulce, aumentando su contenido de fósforo, que se tradujo en un incremento estimado del ingreso de fósforo en los océanos de unos 10 millones de toneladas anuales. *Íd.*

154 *Ibid.*, párr. 27, p. 13.

155 El Consejo de Derechos Humanos está negociando una declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales. Ya en su primer informe, el Consejo observó que los agricultores formaban un grupo especialmente vulnerable debido a la creciente competencia por los recursos de los que dependen, debido a las presiones de la agricultura industrial y a su escasa capacidad de organización y, por ello, de participar en el proceso político. Al respecto, véase *ibid.*, párr. 28, p. 14.

156 *Ibid.*, párr. 29, p. 14

157 *Ibid.*, párr. 30, pp. 14-15.

de semillas y el derecho a la alimentación.¹⁵⁸ En él constata el cambio producido por la aparición de un sector comercial de producción de semillas al margen de las explotaciones agrícolas y, más recientemente, de un sector biotecnológico, que ha provocado que aumenten las demandas de protección de los derechos de los inventores de biotecnologías. Sostiene que el paso de una investigación en agricultura entendida como bien público que proporciona a los agricultores semillas con características avanzadas a la concesión de privilegios de monopolio temporal mediante la utilización de los instrumentos de propiedad intelectual, plantea dificultades que los Estados pueden enfrentar utilizando un marco de derechos humanos. Agrega que este marco obliga a preguntarse no solo qué políticas pueden maximizar el rendimiento de la producción agrícola, sino también quién se beneficiará de los aumentos conseguidos gracias a las políticas aplicadas. En esta línea, postula que el derecho a la alimentación obliga a fijar como objetivo fundamental las necesidades de los grupos más marginados, entre ellos, los pequeños agricultores de los países en desarrollo.

Respecto a la obligación de los Estados de respetar el derecho a la alimentación, sostiene que “la introducción de legislación u otras medidas que creen obstáculos a la utilización por los agricultores de los sistemas extraoficiales de semillas puede ser contraria a esa obligación, por cuanto privaría a los agricultores de un medio de lograr su sustento”.¹⁵⁹ Asimismo, los Estados infringen el deber de proteger si no regulan “las actividades de los titulares de patentes para evitar que violen el derecho a la alimentación de los agricultores que dependen de esos insumos para poder proseguir sus actividades agrícolas”.^{160 161} Por último, respecto a la obligación de realizar, sostiene que los Estados deben procurar fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria, mejorando los métodos de producción de alimentos, mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos.¹⁶²

De acuerdo a este informe, dichas obligaciones se aplican tanto a la regulación de los sistemas comerciales de semillas como a la preservación y mejora de los sistemas de semillas extraoficiales o tradicionales de los agricultores. Además, postula que el sistema comercial de semillas debe ser regulado a fin de garantizar que los agricultores tengan

158 Asamblea General, ONU, A/64/1170, op. cit., pp. 3-5.

159 *Ibid.*, p. 4.

160 *Ibid.*

161 Por ello, el Comité ha recomendado a la India que ofrezca subvenciones estatales para permitir a los agricultores la compra de semillas genéricas que puedan volver a utilizar, con el fin de eliminar su dependencia de las empresas transnacionales. *Ibid.*

162 Asamblea General, ONU, A/64/1170, op. cit., p. 4.

acceso a los insumos en condiciones razonables, y se debe garantizar que las innovaciones que den lugar a variedades mejoradas y a nuevos recursos vegetales beneficien a todos los agricultores, incluidos los más vulnerables.¹⁶³ Además, los Estados debieran velar para que se puedan crear sistemas de semillas extraoficiales y no comerciales.¹⁶⁴ Subraya la “obligación de los Estados de hacer uso, en toda la medida que lo requiera el respeto de los derechos humanos, del margen de flexibilidad que ofrecen los acuerdos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual, que es compatible con la obligación de proteger el derecho de todos a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones y el derecho a la alimentación, incluido el acceso a los recursos productivos”.¹⁶⁵ Agrega que la expansión de las variedades comerciales también plantea la cuestión de su impacto sobre la diversidad genética de los cultivos, la que está gravemente amenazada.¹⁶⁶ ¹⁶⁷ Subraya, asimismo, la necesidad de promover la participación activa de los agricultores en el diseño y aplicación de las políticas sobre semillas, en virtud del derecho a participar en la toma de decisiones, reconocido como derecho humano en el artículo 25 del PIDESC,¹⁶⁸ además de fomentar la innovación, garantizando que vaya en beneficio de los agricultores más pobres y marginados.¹⁶⁹ Concluye que “las violaciones del derecho a la alimentación surgen hoy en día, en su mayor parte, de la falta de accesibilidad y de los ingresos insuficientes entre los más pobres, incluidos los pequeños agricultores. Además, para garantizar la seguridad alimentaria en el futuro será necesario proteger la diversidad genética de los cultivos, incluida la diversidad biológica agrícola. Por tanto, debemos redefinir nuestro paradigma de desarrollo agrícola. Redefinición que debe estar guiada por los requisitos normativos del derecho a una alimentación adecuada”.^{170 171}

163 Agrega que esto se infiere del apartado a) del párrafo 2 del artículo 11 del Pacto DESC y del derecho de todos a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, reconocido en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto, que podría invocarse para justificar el reconocimiento a los agricultores del derecho a acceder a semillas que no son de libre acceso. Véase *ibid.*, párr. 7, pp. 4-5.

164 *Íd.*

165 *Ibid.*, párr. 8, p. 5.

166 *Ibid.*, p. 15.

167 Postula que los esfuerzos se han concentrado en el desarrollo de un número limitado de variedades de alto rendimiento, así, actualmente se cultivan apenas 150 especies y la mayor parte de la humanidad vive de no más de 12 especies de plantas, y el grueso de la producción se concentra en los cuatro cultivos básicos más importantes (trigo, arroz, maíz y patata). Se estima que aproximadamente el 75% de la diversidad genética vegetal se ha perdido a medida que los agricultores de todo el mundo han abandonado sus variedades locales en favor de variedades genéticamente uniformes. *Íd.*

168 *Ibid.*, p. 21.

169 *Ibid.*, p. 22.

170 *Íd.*

171 Cabe destacar las conclusiones derivadas de una misión a México del Relator en 2011, donde observó que el cultivo de maíz transgénico en dicho país constituye un grave riesgo para la diversidad de las variedades nativas de maíz, habida cuenta de los efectos desconocidos del

Por su parte, el derecho de acceso a la información pública es sin duda uno de los que más ha estado en tela de juicio en la última década, en lo que respecta al cultivo y consumo de alimentos transgénicos. Como hemos relatado, durante años la información relacionada con la autorización de estos cultivos que estaba a disposición del SAG fue manejada en reserva, sin que la ciudadanía pudiera acceder a ella. Sin embargo, nuestro país ha dado pasos importantes en la realización de este derecho desde la última gran reforma a la Constitución, la dictación de la Ley de Acceso a la Información Pública, la reforma a la institucionalidad ambiental –en lo que respecta a la información ambiental– y los dos fallos del Consejo para la Transparencia de 2010 en que se estableció que la información relacionada con la ubicación de los cultivos transgénicos era pública. Sin embargo, queda aún camino por recorrer, sobre todo en lo que respecta al deber de producir, difundir y sistematizar información relevante, que puede ser útil para la realización de otros derechos.

El derecho de acceso a la información pública deriva del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁷² de modo que su ejercicio debe estar protegido por las garantías propias de todo derecho fundamental. Este derecho “ha sido considerado una herramienta fundamental para el control ciudadano del funcionamiento del Estado y la gestión pública, para la participación ciudadana en asuntos públicos (...) y, en general, para la realización de otros derechos humanos, especialmente, de los grupos más vulnerables”.¹⁷³ Para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho, la gestión estatal debe regirse por los principios de máxima divulgación¹⁷⁴

maíz modificado genéticamente en el no modificado, en las complejas condiciones medioambientales del país. Recomendó encargar un análisis independiente de los efectos ambientales y socioeconómicos de dichos cultivos, además de mejorar el acceso a la información al respecto y estudiar la posibilidad de volver a declarar la moratoria de los experimentos sobre el terreno y del cultivo con fines comerciales de maíz transgénico. Recomendó también adoptar medidas para regular la concentración en el sector de las semillas y ayudar a los pequeños agricultores a establecer bancos comunitarios de semillas y otros sistemas de semillas. Al respecto, véase Asamblea General, ONU, A/HRC/19/59/Add.2, Consejo de Derechos Humanos, 19º período de sesiones, *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter: Misión a México*, 17 de enero de 2012, pp. 17-18.

172 Al respecto, la Corte IDH ha señalado, en la sentencia contra Chile por el caso Claude Reyes, que “estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla”. Este derecho es reconocido en los mismos términos en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

173 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 1/09, 30 de diciembre de 2009, p. 2.

174 Esto significa que toda información es accesible en principio. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones.

y de buena fe.¹⁷⁵ “El derecho de acceso a la información recae sobre la información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones”.¹⁷⁶ Al respecto, se ha entendido que este derecho envuelve una serie de obligaciones, como la de transparencia activa, que impone al Estado el deber de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, al menos—en lo que nos atañe—aquella que se requiere para el ejercicio de otros derechos, como, por ejemplo, la que concierne a la satisfacción de derechos sociales como el derecho a la salud.¹⁷⁷

Sobre la obligación de transparencia activa, se ha precisado que las autoridades públicas tienen la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público.¹⁷⁸ En cuanto al deber de producir o capturar información, este implica que el Estado tiene la obligación de producir o captar la información que necesita para el cumplimiento de sus deberes, según lo establecido por normas internacionales, constitucionales o legales.¹⁷⁹ En este sentido, entendemos que no basta solo con proporcionar la información sobre cultivos transgénicos en poder del SAG que es solicitada vía Ley de Acceso a la Información Pública, sino que es necesario que las autoridades asuman una postura más proactiva al respecto, adoptando una política de actualización y sistematización constante de la información, de modo que la ciudadanía pueda acceder fácilmente a ella.¹⁸⁰

Ibid., p. 3.

175 Exige que los sujetos obligados por este derecho actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional. Ibid., p.5.

176 Ibid., p. 6.

177 Ibid., p. 9.

178 Íd.

179 Íd.

180 En la actualidad, el sitio web del SAG solo mantiene información sobre las temporadas de cultivos transgénicos a partir de 2002, en virtud de que fuera solicitada en reiteradas oportunidades por la ciudadanía. Solo se cuenta con información más completa a partir de la temporada 2009-2010 en adelante, la que incluye numerosas variables, entre ellas, las coordenadas UTM de la ubicación de los cultivos. En lo que respecta a las temporadas anteriores, solo se publica información que da cuenta de la región, variedad y superficie de cultivos por región, no siendo posible por tanto conocer su ubicación exacta. Han sido las propias organizaciones sociales las que han elaborado mapas georreferenciados de la ubicación de estos cultivos en Chile, con el objeto de facilitar el uso de la información por parte de la ciudadanía. Es dable señalar, además, que no se encuentra disponible información relevante, como, por ejemplo, las actas de fiscalización con sus fechas y resultados, lo que se traduce en un desconocimiento general acerca de si

Es posible ir incluso más allá y argumentar que, en virtud de la obligación del Estado de producir o captar la información que necesita para el cumplimiento de sus deberes, el SERNAC, por ejemplo, debe realizar más estudios acerca de la presencia de transgénicos en los alimentos, con el objeto de cumplir con su mandato de protección de los derechos del consumidor y demás obligaciones legales. Lo mismo vale para el Ministerio de Salud y otros organismos encargados de velar por la salud y la inocuidad de los alimentos que consumimos.

Respecto a los derechos del consumidor, si bien no están reconocidos como tales en ningún instrumento internacional de derechos humanos, han sido desarrollados como una forma de paliar la desigualdad existente entre productor y consumidor. Así, han sido concebidos como un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, como la igualdad, salud, libertad, etc.¹⁸¹ En este contexto, es fundamental el derecho a una elección de consumo informada, el que ha sido ampliamente reconocido en las Directrices de las Naciones Unidas sobre la protección de los consumidores,¹⁸² y en nuestra Ley de Protección de los Derechos del Consumidor. Sin embargo, en materia de alimentos genéticamente modificados, este derecho ha tenido nula aplicación práctica, puesto que las normas relacionadas con el etiquetado de este tipo de alimentos no se aplican y no se han realizado estudios acabados y actualizados acerca del tipo y cantidad de alimentos transgénicos que se comercializan en el país.

Por su parte, la relación existente entre el derecho a un medio ambiente sano^{183 184} y los derechos humanos ha sido abordada en *Infor-*

las empresas cumplen en la práctica con las medidas de bioseguridad impuestas.

181 Carlos Eduardo Tambussi, "Los derechos del consumidor como derechos humanos", capítulo VII, en Fundación Derecho Administrativo, Derechos Humanos, 6ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 1.

182 Aprobadas por la Asamblea General de la ONU en 1985, mediante Resolución 39/248 y ampliadas en 1999.

183 La relación entre los derechos humanos y el medio ambiente ha sido reconocida de dos formas: i) mediante la adopción de un nuevo derecho al medio ambiente sano, sin riesgos y sostenible; y ii) profundizando los vínculos existentes entre los derechos humanos reconocidos (como los derechos a la vida y a la salud) y el medio ambiente. La tendencia de los órganos de derechos humanos ha sido adoptar esta segunda forma de reconocimiento, enfatizando la dimensión "verde" de los derechos humanos. Si bien existen acuerdos regionales sobre derechos humanos que reconocen expresamente el derecho a un medio ambiente sano, este derecho no está reconocido como tal en ningún acuerdo mundial. No obstante, algunos sí hacen referencia al medio ambiente en el contexto de derechos específicos, como es el caso del PIDESC y de la Convención sobre los Derechos del niño. Al respecto, véase Asamblea General, ONU, A/HRC/22/43, Consejo de Derechos Humanos, 22º período de sesiones, Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox: Informe preliminar, 24 de diciembre de 2012, pp. 5-7.

184 Es útil destacar que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política, por lo que se debe considerar lo dispuesto por el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que postula que en caso que el reconocimiento interno de un derecho sea más protector que el otorgado por el derecho internacional, las disposiciones internas aplican. Al respecto, véase *Informe* 2012, p. 144.

mes anteriores.¹⁸⁵ En ellos se reafirma la estrecha interdependencia que existe entre ambos y cómo la degradación ambiental afecta el disfrute de los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación y al agua, entre otros. En específico, respecto de la denegación de información por parte del SAG relacionada con cultivos transgénicos, el *Informe 2007* ya había recogido el caso que actualmente está conociendo la CIDH. En dicha oportunidad, citó parte de las observaciones de los peticionarios a la respuesta del Estado, donde se aborda esta relación, prescribiendo que “el libre y pleno acceso a la información, así como la participación social en la discusión y adopción de las decisiones y políticas públicas en la materia discutida, resultan imprescindibles para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos a un ambiente adecuado, a la salud y a la alimentación, derechos que, incorporan en su contenido la dimensión específica del acceso a la información y la participación, de modo que, si se niega tal acceso o participación, se vulneran con ello dichos derechos”.¹⁸⁶ En la misma línea, los informes recientes del Experto independiente de la ONU sobre los derechos humanos y el medio ambiente, profundizan aun más esta relación, prescribiendo que existen dos conjuntos de derechos que están estrechamente vinculados al medio ambiente: aquellos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación ambiental, como los derechos a la vida y a la salud; y aquellos cuyo ejercicio permite que se formulen políticas ambientales más adecuadas y transparentes, como los derechos a la libertad de expresión y de asociación, a recibir información y a participar en los procesos de toma de decisiones.¹⁸⁷

Asimismo, tanto la dimensión distributiva como participativa del concepto de justicia ambiental, a que hacíamos alusión al inicio del capítulo, son una aplicación de los principios de igualdad, garantía de no discriminación y participación, los que se encuentran ampliamente reconocidos en declaraciones y tratados de derechos humanos.¹⁸⁸ Finalmente, como hemos señalado, en materia de OVM, el Protocolo de Cartagena recoge expresamente uno de los principios establecidos en acuerdos y declaraciones sobre medio ambiente, cual es el principio precautorio, que constituye una herramienta útil para aplicar e interpretar normas y adoptar y ejecutar políticas ambientales, y que debe ser considerado a la hora de regular sobre esta materia.

En lo que respecta al derecho a la salud,¹⁸⁹ el Comité DESC, en su Observación General 14, sostiene que este derecho está estrechamente vinculado con –y depende de– otros derechos humanos, en-

185 Véase capítulos sobre medio ambiente, *Informe 2007* y ss.

186 *Informe 2007*, p. 211.

187 Asamblea General, ONU, A/HRC/22/43, op. cit., párr. 17, p. 7.

188 Véase *Informe 2011*, pp. 357-358.

189 Consagrado en el art 12 del PIDESC, ratificado por Chile en 1972.

tre los que destaca el derecho a la alimentación y el de acceso a la información, entre otros.¹⁹⁰ Lo concibe como un derecho inclusivo, que abarca los principales factores determinantes de la salud: el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, un medio ambiente sano, etc.¹⁹¹ Asimismo, postula que la obligación de cumplir (promover) este derecho requiere, entre otras cosas, que los Estados emprendan actividades tales como la realización de investigaciones y el suministro de información.¹⁹² Agrega que los Estados violan su obligación de proteger cuando no adoptan todas las medidas necesarias para lograr este cometido, incluyendo, por ejemplo, la no protección de los consumidores, como ocurre en el caso de algunos fabricantes de medicamentos o alimentos.¹⁹³ En específico, las principales preocupaciones asociadas al consumo de este tipo de alimentos apuntan al posible desarrollo de alergias y resistencia a antibióticos, y su toxicidad.¹⁹⁴ Asimismo, como señalamos, el uso de semillas modificadas genéticamente para resistir a los herbicidas se asocia con un mayor uso de estos, en especial del glifosato, ingrediente activo en muchos de los herbicidas utilizados en este tipo de cultivos y que ha sido cuestionado por sus posibles efectos adversos para la salud humana, lo que plantea riesgos adicionales que vale la pena considerar.¹⁹⁵ A pesar de que la OMS considera que es improbable que los alimentos transgénicos disponibles en el mercado presenten más riesgos para la salud humana que sus contrapartes convencionales, puesto que estos han sido sometidos a una evaluación de riesgo y no se ha demostrado en forma concluyente que tengan efectos adversos sobre la salud de las personas, sí reconoce que es necesaria una mejor comprensión del impacto y la interacción de los alimentos con el sistema inmune, además de sugerir investigar las consecuencias relevantes para cultivos específicos del cruzamiento lejano y la contaminación por cultivos transgénicos.¹⁹⁶ Finalmente, es posible afirmar que sobre este tema aún existe algún grado de controversia en el mundo científico. Las organizaciones civiles piden estudios independientes que evalúen los riesgos, así como mayor transparencia respecto a la información relacionada con el consumo de este tipo de alimentos.

190 Comité DESC, OG 14, párr. 3.

191 *Ibid.*, párr. 11.

192 *Ibid.*, párr. 37.

193 *Ibid.*, párr. 51.

194 Para mayores antecedentes, véase OMS, "Biotecnología moderna de los alimentos, salud y desarrollo humano: Estudio basado en evidencias", Departamento de inocuidad de los alimentos, 2005.

195 Greenpeace, "Tolerancia a herbicidas y cultivos transgénicos: Por qué el mundo debería estar preparado para abandonar el glifosato", junio de 2011.

196 OMS, *op. cit.*, pp. 27-28.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El debate actual acerca de la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura parece centrarse en las prácticas asociadas a este tipo de cultivos y en los fines para los cuales esta tecnología se ha desarrollado, que están lejos de favorecer a los pequeños agricultores e incrementar la seguridad alimentaria. Existe, además, un consenso respecto a la necesidad de incrementar los esfuerzos para que la ciudadanía pueda participar del debate e influir en la toma de decisiones políticas en torno a este tema. Para ello, es fundamental la transparencia y el acceso a la información de interés público. Chile debe encaminar sus esfuerzos a regular de forma integral y coherente los distintos aspectos vinculados con el desarrollo de la biotecnología moderna, y dicha normativa debe ser fruto de un gran consenso político y ciudadano. Dado que aún existe algún grado de controversia en el mundo científico en torno a los riesgos para la salud y el medio ambiente derivados del uso de esta tecnología, es necesario que esta normativa incorpore un enfoque precautorio, con el objeto de salvaguardar debidamente los derechos antes mencionados.

Respecto a los derechos de propiedad intelectual de los obtentores de variedades vegetales, es necesario que el nuevo proyecto de ley que las autoridades se comprometieron a presentar haga uso de todo el margen de flexibilidad que otorga el Convenio UPOV. Para lograr este objetivo, resulta fundamental que las autoridades formulen este proyecto con apoyo directo de las organizaciones civiles y que tomen en cuenta la realidad y prácticas tradicionales de los pequeños agricultores y comunidades indígenas, a quienes se debiera consultar según los estándares del Convenio 169. En forma paralela, se debe avanzar en una agenda de protección de los recursos genéticos y del patrimonio de semillas tradicionales existente en nuestro país.

Para lograr estos objetivos, resulta útil y necesario utilizar un marco de derechos humanos y evaluar los impactos ambientales y socioeconómicos de este tipo de tecnología desde una perspectiva de justicia ambiental. Ello obliga a preguntarse no solo qué políticas pueden maximizar el rendimiento de la producción agrícola, sino también quién se beneficiará de los aumentos conseguidos gracias a las políticas aplicadas. Solo así se podrá contar con una normativa que regule este tema de forma democrática y que vaya en beneficio de los grupos más vulnerables, y de la sociedad en general. Finalmente, se debe avanzar hacia un sistema de etiquetado obligatorio de los alimentos transgénicos, puesto que, más allá del debate en torno a los potenciales riesgos que existen para la salud de las personas, lo que busca la ciudadanía es contar con las herramientas que le permitan elegir informadamente qué consumir, como manifestación de su autonomía y libertad.

En razón de las consideraciones anteriores, se proponen las siguientes recomendaciones:

1. Ratificar el Protocolo de Cartagena.
2. Dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano.
3. Dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia, como aquel que debe definir la lista de especies de OGM que se van a excluir de ingresar al SEIA y que está a cargo de establecer el procedimiento para declarar determinadas áreas como libres de OGM. Asimismo, resulta prioritario dictar la nómina de eventos biotecnológicos autorizados por el Ministerio de Salud y la resolución que debe establecer las medidas generales de bioseguridad aplicables a la utilización de OGM en áreas confinadas, entre otros.
4. Iniciar un proceso de estudio de armonización de nuestras normas con las de la Unión Europea, sobre todo en materia de etiquetado de alimentos transgénicos, con el objeto de que la ciudadanía pueda elegir informadamente qué consumir.
5. Incorporar las recomendaciones dadas por órganos de derechos humanos al momento de formular el nuevo proyecto de ley sobre derechos del obtentor vegetal, y avanzar en una agenda de trabajo en recursos genéticos y protección del patrimonio de semillas tradicionales existentes en Chile. Todo ello, con apoyo directo de las organizaciones civiles involucradas y consultado con los pueblos indígenas susceptibles a ser directamente afectados.

DERECHOS DE LOS MIGRANTES Y REFUGIADOS¹

¹ Capítulo elaborado en su primera sección sobre migración por Víctor Hugo Lagos Lasch. Su segunda sección sobre refugio fue elaborada por Óscar Patricio Rojas Mesina, con la colaboración de Alice Pfeiffer. Capítulo realizado con la colaboración de Francisca Vargas y Camila Vilches, en la recopilación de solicitudes de acceso a la información y sistematización de datos, y de Paulina Pino y María Soledad Molina en la recopilación de jurisprudencia.

SÍNTESIS

Chile pasó hace varias décadas de ser un país que expulsaba a sus nacionales a ser un foco creciente de recepción de migrantes, particularmente personas en busca de mejores oportunidades económicas y solicitantes de refugio que escapan de los conflictos armados en sus países de origen. Estas personas migrantes provienen principalmente de los países de la región latinoamericana. Esta nueva realidad de migración hacia Chile representa hace varios años un desafío importante para las autoridades en materia de integración e institucionalidad migratoria. Este capítulo intenta elaborar un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos en relación a una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, otras alternativas para la efectiva protección de estos derechos; y, por otra parte, la efectividad de la Ley 20.430, de 2010, que establece disposiciones sobre refugiados en el país.

PALABRAS CLAVE: Derechos de los migrantes y refugiados, Departamento de Extranjería y Migración, Hijos de extranjeros transeúntes.

INTRODUCCIÓN

Como resultado de una política económica estable, Chile en la actualidad goza de una posición privilegiada en América del Sur en lo que a crecimiento se refiere. Si se suma a esta situación que la mayoría de los extranjeros no necesitan una visa consular para ingresar al territorio y que, por el contrario, una persona que ingresa como turista puede, desde adentro del territorio, optar a un permiso de residencia temporal o sujeto a contrato de trabajo, Chile se vuelve un atractivo foco de inmigración. Además, los índices de seguridad y de confianza en las instituciones son de los más altos de Latinoamérica. Por todo lo anterior, Chile se ha convertido en las últimas décadas en un país de destino, esto es, un país receptor de migrantes económicos y solicitantes de refugio.

Esta condición del país, que ha sido reconocida por la comunidad internacional, plantea una serie de desafíos a la sociedad y al Estado. El ingreso creciente de personas de otras latitudes, su impacto en la dinámica laboral, sus costumbres culturales y la demanda de servicios que las personas migrantes necesitan, han requerido la elaboración de diferentes programas por parte de las instituciones estatales. Sin embargo, en reiteradas instancias y como se analizará en el presente capítulo, se omiten las obligaciones en materia de derechos humanos que el Estado de Chile ha suscrito desde la vuelta a la democracia.

En materia de migración, Chile no ha cumplido con la responsabilidad internacional que le compete en relación a proteger y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes, en gran parte porque, hasta la fecha, la migración sigue regulada por un decreto ley de la dictadura que responde a una doctrina de seguridad nacional del Estado. En todo caso, las autoridades del gobierno de la presidenta Bachelet han manifestado su voluntad de cambiar durante la actual administración la normativa migratoria. Asimismo, en materia de refugio, la implementación y operatividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones para la protección de los refugiados, también se encuentra en tela de juicio por parte de las instituciones que trabajan en ese ámbito.

El análisis se estructura de la siguiente manera. En una primera parte, se presentan los estándares internacionales que regulan la materia. Posteriormente, se revisa el escenario regional y nacional en cifras y características del fenómeno en y hacia Chile. Luego se realiza un análisis de la actual normativa, argumentando sobre la necesidad de cambiar una legislación excesivamente discrecional, fuera de contexto y desactualizada. En este sentido, se abordará el proyecto de reforma legislativa de 2013 presentado durante el gobierno del ex presidente Piñera, que generó dudas considerables en materia de derechos humanos e integración y que el actual gobierno parece no considerar para futuros cambios. Adicionalmente se comparará la situación de los migrantes que se encuentran en situación regular e irregular, para graficar cómo estos últimos quedan al margen de los beneficios sociales prestados por el Estado. Mención particular tendrán los hijos de extranjeros transeúntes, a los que hasta hace poco la administración no reconocía la nacionalidad pese a haber nacido dentro del territorio nacional, criterio que parece estar cambiando en los últimos meses. En esta sección se expondrán ciertos acuerdos interministeriales que buscan resolver problemáticas de la población migrante en Chile; se abordará cómo la vía judicial, ante la inactividad de la administración y la poca efectividad de esos acuerdos administrativos, se ha transformado en una alternativa viable para el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas migrantes en Chile, particularmente mediante la interpretación que ha realizado la Corte Suprema del fenómeno de la migración en casos sobre personas a quienes se les ha impedido arbitrariamente el ingreso al territorio o se les ha expulsado del país y sobre hijos de extranjeros transeúntes.

La segunda sección del capítulo tocará la situación en la que se encuentran los solicitantes de refugio en Chile, evaluando los primeros 4 años de implementación de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. Inicia la sección realizando un análisis de la realidad cuantitativa sobre ingresos y formalizaciones de solicitudes de refugio; se expone además acerca de las formas de impugnación que existen frente a las altas tasas de rechazos de solicitantes de refugio. La principal duda que se plantea en relación a la operatividad de la ley se vincula a determinadas actitudes que ha asumido la administración en esta materia y que a todas luces son arbitrarias, vulnerando la propia ley y la normativa internacional sobre refugiados. Particularmente, se tocará el tema de los rechazos en frontera a quienes comunican su intención de solicitar refugio en el país; la existencia de una entrevista previa que ha funcionado como un filtro ilegal para no formalizar la solicitud de la persona; lo poco preparado que se encuentra el Estado para hacer frente a casos donde la barrera idiomática dificulta las entrevistas dentro del procedimien-

to; la falta de motivación de las resoluciones de refugio y el recurrente problema con las notificaciones de los rechazos de refugio, las que imposibilitan la presentación dentro de plazo de los recursos administrativos de impugnación. Por último se hará mención a las políticas estatales para el acceso a derechos económicos, sociales y culturales de los solicitantes de refugio y a la importancia de la ayuda social en favor de este grupo vulnerable.

Finalmente, se exponen las conclusiones y las recomendaciones al Estado de Chile en materia de migración y refugio, las que pretenden orientar el accionar del Estado para hacer frente a esta compleja realidad utilizando los estándares internacionales derechos humanos.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS RELATIVOS A MIGRANTES Y REFUGIADOS

Al momento de ratificar un tratado internacional de derechos humanos, el Estado suscriptor se obliga a proteger y garantizar los derechos reconocidos en ese tratado a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio, sin distinción alguna. De esta forma, los tratados internacionales que el Estado de Chile ha ratificado son aplicables a las personas extranjeras que se encuentren en el país, con independencia de su situación migratoria. En concreto, el Estado debe asegurar el cumplimiento de los derechos contemplados en los instrumentos del sistema universal² y regional³ a todas las personas migrantes y refugiadas, se encuentren estas con permanencia regular o irregular en el país.

Durante los últimos años, en el sistema interamericano, dos instrumentos internacionales han adquirido mayor relevancia en materia de migrantes y refugiados: la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia; y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas

2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial; Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes; Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Tortura; Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; y Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Conexas de Intolerancia⁴ Ambos instrumentos internacionales aún no han sido ratificados por el Estado de Chile, a diferencia de otros Estados de la región.⁵

En lo relativo a los estándares internacionales en materia de refugiados, existen diversos instrumentos de derechos humanos, particularmente la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, la Declaración de Cartagena de 1984, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los casos de Apatridia, estas dos últimas no ratificadas por Chile.

Los estándares antes mencionados incluyen el desarrollo de otro tipo de normas internacionales, como las Opiniones Consultivas (en adelante, OC) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y las Observaciones Generales de los Comités de tratados. Algunos instrumentos vinculados a la temática son:

- OC 18-03 de la Corte IDH del 17 de septiembre de 2003 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.
- OC 16-99 de la Corte IDH del 1 de octubre de 1999 acerca del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.
- Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos acerca de la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1986).
- Observación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial acerca de la discriminación contra los no ciudadanos (2004).
- Observación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer acerca de las trabajadoras migratorias (2008).

2. ESCENARIO REGIONAL

Existen diversas motivaciones personales (voluntarias y forzadas) para abandonar el país de origen y migrar hacia otro territorio. A su vez, algunos elementos pueden explicar por qué Chile se ha transformado en un foco creciente de recepción de migrantes en las últimas décadas. La

⁴ Adoptados durante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 2013.

⁵ Antigua y Barbuda, Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Uruguay fueron las primeras naciones en suscribir los dos convenios de la OEA, dando inicio al proceso interno para su ratificación y entrada en vigencia. Guatemala y Chile, por su parte, señalaron en 2013, como justificación para no firmar, que ambos documentos abrirían paso a una futura aprobación del matrimonio igualitario y el aborto.

permanente estabilidad económica, reconocida internacionalmente y ensalzada por los medios de comunicación nacionales, además de una sensación de seguridad que las personas migrantes no encuentran en su país de origen, han situado a Chile como un atractivo lugar para establecerse. Estos factores, sumados a la necesidad de los últimos años de la denominada “mano de obra no calificada” y puestos de trabajo en actividades terciarias como el comercio, explican en parte que Chile reciba un flujo constante de personas de otras latitudes, sobre todo de la región latinoamericana. Además de lo anterior, a la hora de migrar entran en juego aspectos familiares, laborales, médicos y de relaciones personales entre las personas migrantes, los que van construyendo un entramado complejo de vínculos entre las personas y de arraigo con el territorio, aspectos que explican también la presencia de personas extranjeras en el país.

En América Latina y en todo el mundo, el fenómeno de la migración tiene un rol muy importante para configurar las características sociales y culturales de los pueblos, y sus dinámicas económicas y demográficas. Según el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), entre 2005 y 2010 la mayoría de los países latinoamericanos –en particular Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay– obtuvieron saldos negativos en materia de migración, esto es, hubo más personas que abandonaron su país que personas que ingresaron a residir en él. En otros casos, como Argentina, Bolivia, Brasil y Venezuela, el número se mantuvo equilibrado, por lo que no afectó en gran medida a los indicadores demográficos. Solo en los casos de Costa Rica, Panamá y Chile, las tasas migratorias dieron cuenta de un mayor número de personas que ingresaron que aquellas que abandonaron los territorios.⁶ Lo anterior refleja la complejidad del fenómeno migratorio en la región y grafica que, a pesar de contar con una política migratoria restrictiva, Chile es y seguirá por un buen tiempo siendo un foco de atracción de personas migrantes. El Estado debe estar preparado para abordar esta dinámica migratoria con una política basada en los estándares de derechos humanos y no en los criterios de seguridad nacional que hoy predominan en la legislación nacional.

Un estudio realizado por la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) en 2012 señaló que, si bien Chile ha ejercido liderazgo en los procesos de adaptación económica en la región luego de las dictaduras latinoamericanas, continúa ocupando el segundo lugar como principal polo receptor de migrantes del Cono Sur detrás de Argentina. Chile ha tenido un crecimiento sostenido de los flujos migratorios desde los noventa, duplicando prácticamente su número de migrantes desde 2002

6 Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE).

a las estimaciones de 2010.⁷ Los nacionales de Perú, Bolivia, Colombia, Argentina y Ecuador concentran más de la mitad de la población total de migrantes en el país, de modo que la migración regional de países vecinos es una de las principales características de este fenómeno en Chile.

3. LA MIGRACIÓN EN CHILE

3.1. Características de la migración en Chile

Tabla 1: Estimación total de residentes

| Estimación de residentes | Masculino | Femenino | Total |
|--------------------------|-----------|----------|---------|
| Total | 194.699 | 220.841 | 415.540 |

Fuente: Solicitud de acceso a la información realizada al Departamento de Extranjería el 12 de marzo de 2014, bajo código de ingreso AB001W0002557, respondida el 11 de abril de 2014.

Según cifras del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante, DEM), actualmente el estimativo de población migrante en Chile es de un total de 415.540 extranjeros, de los cuales 220.841 son mujeres. Lo anterior no solo refleja que en los últimos 40 años se ha cuadruplicado la migración internacional,⁸ sino que también indica una tendencia a la “feminización de la migración”. A su vez, un estudio realizado por la Unión Europea en Chile en 2010 dio cuenta de una inclinación regional hacia la feminización de los grupos migratorios, la que se caracteriza por un significativo aumento de desplazamiento de mujeres jefas de hogar que inician un proyecto migratorio con independencia de sus parejas o familias, con el objetivo de enviar remesas a su país de origen y, en lo posible, traer a sus familias a vivir al país.⁹ Lo anterior ilustra otra característica esencial de la migración hacia Chile. Las mujeres son actoras relevantes en la complementariedad del mercado de trabajo y las relaciones personales, por lo que la migración en Chile no puede mirarse sin considerar aspectos de género.¹⁰ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra

⁷ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Panorama migratorio de América del Sur 2012*, octubre 2012, pp. 18-19.

⁸ El Censo de 1982 estimó en 83.805 la cantidad de personas extranjeras en el país. El de 1992, en 105.070. El de 2002, en 182.464.

⁹ Proyecto de la Unión Europea en Chile: *Ciudadanía y protección de los derechos humanos de la población inmigrante en Chile*, Santiago, 2011. pp. 18-19.

¹⁰ Ver presente *Informe*, capítulo Lidia Casas y Helena Olea sobre trabajo domestico.

la Mujer de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) recomendó al Estado de Chile en 2012 revisar la legislación para que los hijos de las mujeres migrantes en situación irregular nacidos en el territorio puedan adquirir la nacionalidad chilena; y lo instó a hacerse parte de los instrumentos internacionales sobre personas apátridas, particularmente la Convención para Reducir los casos de Apatridia de 1954 y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1961.¹¹ En este mismo sentido, y respecto a los grupos desfavorecidos de mujeres, el Comité recomendó adoptar las medidas necesarias para mejorar la situación económica de las mujeres migrantes para poner fin a la vulnerabilidad, la explotación y la trata de personas. Manifestó especial preocupación por la situación de las mujeres migrantes embarazadas y su acceso a la salud y al sistema de prestaciones sociales.¹²

A la cifra total oficial de personas inmigrantes (hombres y mujeres), antes mencionada, se debe sumar aquella derivada del ingreso irregular al territorio. Este fenómeno se relaciona, entre otros factores, con el tráfico de drogas y el tráfico y trata de personas. Como se analizará, el ingreso irregular también es generado por la existencia de una política restrictiva que otorga amplia discrecionalidad a los funcionarios policiales que controlan el ingreso de personas al territorio nacional en los puntos fronterizos habilitados.

En otro trabajo se ha abordado el complejo escenario que se vive en las zonas fronterizas del país, sobre todo en la zona norte.¹³ La dinámica fronteriza contribuye, entre otros factores, al alto número de extranjeros que se encuentran en situación de infractores por ingreso irregular. Las arbitrariedades a las que se ven sujetas las personas en frontera por su nacionalidad o su color de piel, y la falta de preparación estatal para un fenómeno imposible de restringir, someten a las personas a situaciones de suma incertidumbre acerca de si su ingreso será autorizado por los funcionarios policiales de turno.

3.2. Marco regulatorio de la migración en Chile y la necesidad de un cambio legislativo

Desde la dictación del Decreto Ley 1.094 de 1975 (en adelante, DL 1.094) y el Reglamento 597 de 1984, la legislación chilena en materia migratoria no ha sido modificada sustancialmente y no ha estado a la altura de un fenómeno que ha cambiado radicalmente desde la vuelta a la democracia. Más bien, en la actualidad Chile carece, en gran me-

¹¹ Comité CEDAW, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile*, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones (1 al 19 de octubre de 2012), 12 de noviembre de 2012, pp. 7-8.

¹² *Ibid.*, pp. 9-10.

¹³ *Informe* 2013, p. 130.

dida, de políticas explícitas en materia de integración, marginando del mapa nacional a quienes no son chilenos. La legislación chilena ha actuado en los últimos años reaccionando a los fenómenos migratorios, en vez de asumir una actitud proactiva.

El DL 1.094, dictado durante la dictadura de Pinochet, es el marco legal al que se denomina erróneamente como “Ley de Extranjería”. A este cuerpo legal de facto se suma el Decreto Supremo 597 de 1984, que a su vez se conoce como el Reglamento de Extranjería. Ambos cuerpos normativos datan del régimen militar, el que operaba bajo la doctrina de la seguridad interior del Estado, materializando con sus normas un marcado sesgo con los ciudadanos de otras naciones como respuesta a las eventuales amenazas que podía representar, en ese entonces, la llegada de extranjeros a Chile.

Ambas normas establecen una extrema selectividad a la hora de evaluar el ingreso de un extranjero y el otorgamiento de los permisos de residencia en el país. Esto se materializa, entre otras cosas, estableciendo excesivos controles y requisitos al margen de la ley en los pasos fronterizos. Lo anterior responde a criterios de seguridad nacional del tiempo histórico que vivía el país en ese entonces, los que siguen imperando hoy, pese a que el fenómeno de la migración revisite en la actualidad características muy diferentes de las de hace casi 40 años. La regulación de la migración en Chile está muy lejos de ser una política basada en los derechos humanos de las personas. Donde en mayor medida se aprecian arbitrariedades es en el otorgamiento de visas y respecto al establecimiento de criterios discrecionales en relación al ingreso y expulsiones de extranjeros del país.

Ejemplo de lo anterior es lo estipulado por el inciso primero del artículo 13 del DL 1.094, que señala:

Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por este, atendiéndose en especial a la utilidad o conveniencia que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.¹⁴

Las palabras “utilidad y conveniencia” corresponden a conceptos jurídicos indeterminados, cuyo significado no se encuentra en ninguna norma del DL 1.094 ni su reglamento, lo que resulta que en la práctica este vacío sea llenado sobre la marcha y con distintos resultados en

14 En materia de facultades del Ministerio del Interior, ver también arts. 15 y ss. y 64 y ss. del Decreto Ley 1.094.

situaciones análogas, permitiendo todo tipo de diferencias arbitrarias sin fundamento. Una norma que establece que la residencia de una persona está sujeta a la utilidad o conveniencia que esta represente para el país, en base a conceptos indeterminados, puede fácilmente vulnerar el derecho a la no discriminación al establecer diferencias no justificadas, en razón de la nacionalidad, raza, ideologías políticas o posición socioeconómica, vulnerando el derecho de todas las personas a permanecer en el territorio nacional.

En 2012, la Corporación de Asistencia Judicial presentó un requerimiento de inaplicabilidad del primer inciso del artículo 13 del DL 1.094 ante el Tribunal Constitucional. En su sentencia de julio de 2013, el tribunal acogió el requerimiento. En la parte del fallo que alude a la indeterminación de ambos conceptos, señaló que el artículo 13 que concede facultades discrecionales bajo criterios de utilidad y conveniencia es una norma de menor jerarquía que la Constitución cuya redacción permite “masivas vulneraciones de derechos”. Afirmó que la potestad del Ministerio del Interior debe estar siempre “sujeta a límites materiales que vienen desde la Constitución, el derecho internacional y, especialmente, desde el derecho internacional de los derechos humanos”.¹⁵

La actual presidenta Michelle Bachelet, durante su primer mandato (2006-2010), incorporó por primera vez la temática de la migración en un programa de gobierno, antes que el ex presidente Sebastián Piñera enviara el proyecto de ley de migración al Congreso en 2013.¹⁶ El 2 de septiembre de 2008, Bachelet proclamó el Instructivo Presidencial 9, manifestando la necesidad de orientar la acción gubernamental en este tema según determinados ejes programáticos: a) Chile es un país de acogida donde deben respetarse los convenios y tratados internacionales; b) integración de las personas migrantes para generar aceptación positiva por parte del resto de la comunidad nacional respetando sus diferencias culturales, económicas, políticas, entre otras; c) tratamiento internacional de la migración para involucrar tanto a los países de destino, de tránsito y de origen al hacer frente a los desafíos de la migración; y d) capacidad de regulación y administración: es deber del Estado asumir la obligación de orientar el acceso a la residencia de las personas migrantes, según estipula el derecho internacional de los derechos humanos.

Estos ejes programáticos no surtieron efecto alguno en los órganos de la administración del Estado, situación que el actual gobierno preten-

¹⁵ Tribunal Constitucional, Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del DL N° 1.094. Sentencia del 4 de julio de 2013, considerando 7.

¹⁶ Durante el gobierno de Patricio Aylwin en 1993 se había enviado a la Cámara de Diputados el Mensaje Presidencial 102-327, que contenía un proyecto de ley sobre migraciones, en que se declaraba la necesidad de contar con una política migratoria comprensiva y centrada en la persona. Al mismo tiempo se intentaba crear una comisión de migraciones, la que estaría encargada de proponer una política migratoria nacional y de velar por los extranjeros, los emigrados y los retornados al país. La iniciativa fue archivada en 1997.

de corregir. Si bien durante el primer mandato de la presidenta Bachelet se llevó a cabo el segundo programa de regularización migratoria o “amnistía”,¹⁷ la política nacional migratoria no varió sustancialmente, manteniendo y perpetuando las amplias facultades discrecionales de la administración en desmedro de los derechos humanos de las personas migrantes. El Consejo de Política Migratoria, creado por ese mismo instructivo presidencial, nunca sesionó, siendo una oportunidad perdida de haber avanzado en materia de derechos humanos de los migrantes en Chile y su inclusión al escenario nacional, y de haber articulado planes y políticas públicas y de coordinación entre los distintos actores que se vinculan con las personas en las distintas etapas de su proceso migratorio.¹⁸ En circunstancias en que el Estado ha intentado hacer frente al cambio de la migración en Chile en las últimas décadas y considerando la presentación de un proyecto de ley por parte del gobierno anterior, se hace difícil comprender la omisión del fenómeno migratorio en el pasado discurso del 21 de mayo de 2014 de la presidenta Bachelet, no obstante la intención de legislar. La situación migratoria plantea grandes desafíos a la nueva administración del Estado, la que deberá elaborar estrategias suficientes y coordinadas entre todos los actores para modificar la legislación actual y de esta forma hacerse cargo de un fenómeno en constante crecimiento en el país.

El pasado 9 de julio, en la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, el Jefe del DEM, Rodrigo Sandoval Ducoing, presentó la posición del gobierno sobre el proyecto de ley enviado al parlamento por el ex presidente Piñera. En esa oportunidad, señaló que debería reunirse pronto el Consejo de Política Migratoria mandatado por Bachelet en 2008, entidad que desarrollará la política nacional migratoria. Si bien valoró los esfuerzos realizados por el gobierno anterior al presentar un proyecto de ley, señaló que en dicha iniciativa existen una serie de aspectos en los cuales no es posible coincidir, proponiendo revisar el enfoque económico y una lógica que resulta similar a la del actual marco regulatorio, y abrir la óptica a un conjunto de garantías con base en los derechos humanos e integración de la población migrante, todo de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos y, en particular, los que vinculan a Chile en la materia.¹⁹

En enero pasado el Estado de Chile presentó sus avances y desafíos en materia de derechos humanos en el marco de la 18ª Sesión

17 De las cerca de 55.000 solicitudes estimadas para regularización migratoria, fueron respondidas favorablemente 47.580, correspondiendo el mayor volumen a nacionales de Perú y Bolivia. *Informe 2009*, p. 255.

18 *Ibíd.*, pp. 247-248.

19 DEM: “En Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, el jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública presenta posición de gobierno sobre Ley de Migración”, 11 de julio de 2014.

del Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal. El informe de Estado señala los avances en la materia, como la Ley 20.507, que tipifica los delitos de tráfico y trata de personas, y la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados. También destacó las iniciativas y convenios entre ministerios sobre personas migrantes en materia de salud, trabajo y educación. No se dio cuenta de avances en materia legislativa para reformular la actual política migratoria nacional.²⁰ Las recomendaciones que recibió el Estado de parte del Consejo de Derechos Humanos fueron precisamente en este sentido, el de modificar la actual política migratoria y su marco legal. Se instó a Chile a modernizar la ley, incorporando una perspectiva de derechos humanos y reconociendo los derechos de las personas con independencia de su calidad migratoria, con particular énfasis en la nacionalidad de los niños y niñas nacidos/as en el territorio nacional y en el derecho a la salud y educación.²¹ Durante el 26° período ordinario de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, que se llevó a cabo el 19 de junio de 2014, el Estado de Chile formalizó la aceptación de 180 de 185 recomendaciones del Grupo de Trabajo, dentro de las cuales se encuentran las relativas al cambio legislativo en materia de migración.

3.3. Residencia regular en el país y distintos tipos de visa

A diferencia de otras legislaciones migratorias, la de Chile permite que, habiendo ingresado una persona con visa de turista, pueda optar a un permiso de residencia permaneciendo dentro del territorio, no siendo necesario salir y volver a ingresar con una nueva visa. Para regularizarse en Chile, el DL 1.094 y su reglamento reconocen a la persona cuatro opciones teniendo la visa de turista: 1) visa sujeta a contrato, 2) visa temporaria, 3) visa de estudiante y 4) permanencia definitiva.²² Quienes ingresan de manera irregular no pueden regularizarse mediante ninguna de estas opciones si no se revoca antes la medida sancionatoria interpuesta en su contra.

Particular relevancia toma la visa temporaria Mercosur. La que estipula que se otorgará un permiso de residencia temporaria por un período de un año a los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileños, paraguayos y uruguayos que se encuentren dentro del territorio nacional y que no tengan antecedentes penales. Este permiso de fácil otorgamiento no ha sido ampliado para el resto de los Estados, excluyendo

²⁰ Gobierno de Chile, *Informe Examen Periódico Universal*, Segundo Ciclo, 18ª Sesión, enero de 2014, pp. 12-14.

²¹ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Examen Periódico Universal: Chile*, 2 de abril de 2014, recomendaciones 121.79/121.80, pp. 26-27.

²² Respecto a cada tipo de visa y los principales problemas en materia de violación de derechos humanos que se generan en torno a su otorgamiento o rechazo, ver *Informe 2013*, p. 131 y ss.

a nacionalidades como Perú y Colombia, países donde se origina el mayor número de personas establecidas en Chile.

3.4. Personas migrantes en situación regular

Tabla 2: **Visas otorgadas**

| País de origen | 2010 | | 2011 | | 2012 | | 2013 | |
|----------------------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|----------|
| | Hom-bres | Muje-res | Hom-bres | Muje-res | Hom-bres | Muje-res | Hom-bres | Muje-res |
| Argentina | 1.490 | 2.628 | 1.563 | 2.550 | 1.907 | 3.000 | 2.195 | 3.779 |
| Bolivia | 3.132 | 3.216 | 3.923 | 3.688 | 6.953 | 6.610 | 14.350 | 12.511 |
| Colombia | 4.085 | 3.383 | 7.002 | 5.666 | 9.842 | 7.994 | 14.251 | 12.376 |
| Ecuador | 1.371 | 1.377 | 1.545 | 1.494 | 1.789 | 1.809 | 1.954 | 2.067 |
| España | 347 | 545 | 460 | 763 | 861 | 1.591 | 1.756 | 3.162 |
| Estados Unidos | 1.149 | 1.817 | 1.148 | 1.919 | 1.347 | 2.104 | 1.345 | 1.938 |
| Haití | 177 | 517 | 268 | 682 | 558 | 1.234 | 923 | 1.654 |
| Perú | 16.703 | 13.624 | 17.241 | 15.285 | 19.768 | 18.860 | 19.568 | 19.682 |
| Rep. Dominicana | 774 | 288 | 1363 | 475 | 3.052 | 1.338 | 2.503 | 1.155 |
| Otras nacionalidades | 4.998 | 6.918 | 5.528 | 7.302 | 6.348 | 8.123 | 6.525 | 8.444 |
| Totales | 34.226 | 34.313 | 40.041 | 39.824 | 52.425 | 52.663 | 65.370 | 66.768 |

Fuente: Solicitud de acceso a la información realizada al Departamento de Extranjería el 12 de marzo de 2014, bajo código de ingreso AB001W0002557, respondida el 11 de abril de 2014.

Esta tabla grafica algunos aspectos relevantes de la migración en Chile. En 2013 los permisos de residencia otorgados por el DEM a personas de países vecinos ascienden a más de 130.000, casi duplicando el número de permisos otorgados en 2009. Adicionalmente, en el total de 385.630 permisos de residencia otorgados en cuatro años se mantiene la tendencia característica de una migración regional: Perú ha concentrado un total de 140.731 permisos de residencia; siendo el país con mayor número de personas en Chile; Colombia lo sigue con 64.599; Bolivia, con 54.383; y Argentina, con 18.112.

El número de colombianos a quienes se otorgó alguno de los tipos de visa pasó de 7.468 en 2010 a 26.627 durante 2013, casi cuadruplicando

cando la cantidad de autorizaciones de residencia regular en Chile en los últimos años. En esto puede tener injerencia el que ciudadanos colombianos vengán al país en busca de seguridad, a causa de la presencia de grupos armados en distintas localidades de Colombia, cuyo conflicto armado en los últimos años ha afectado directamente el fenómeno de la migración y refugio en Chile y en toda la región.

3.5. Personas migrantes en situación irregular

Resulta relevante la situación migratoria de las personas en situación irregular, a quienes se les rechazó o revocó su permiso de residencia en el país y no presentaron una nueva solicitud o que ingresaron de forma clandestina.²³ Respecto a quienes ingresaron clandestinamente y quieren regularizarse, las normas vigentes permiten al DEM denegar permisos de residencia en base a razones de política pública y seguridad nacional. El DL 1.094 sanciona el ingreso irregular con la expulsión del territorio nacional luego de cumplir penas de presidio menor en sus grados mínimos y máximos. El inciso final del artículo 69 del DL 1.094 señala que “una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”. Si bien las penas privativas de libertad ya no se materializan en la actualidad, sí se aplica la medida administrativa de expulsión. Resulta trascendental establecer mecanismos de control de las actuaciones de los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile (en adelante, PDI) en frontera, elaborando mecanismos de monitoreo y protocolos particulares frente a los distintos motivos de ingreso de las personas migrantes, para así terminar con los rechazos arbitrarios y sin fundamento legal, los que también son causa de ingreso irregular.

Una orden de expulsión se refiere al acto administrativo mediante el cual se dispone que una persona de nacionalidad extranjera debe abandonar el territorio nacional, incluso coercitivamente, por medio de la deportación materializada por el departamento de Policía Internacional de la PDI. La legislación y los protocolos nacionales señalan que el Estado debe hacerse cargo de materializar esta medida sancionatoria en contra del extranjero. Los últimos datos otorgados por la PDI dan cuenta que entre 2010 y 2013 han sido expulsadas 4.002 personas del país. La gran mayoría de los casos se debió a que ingresaron de forma irregular al país, provenientes de países vecinos.²⁴

La situación de los extranjeros a quienes se les ha dictado una orden de expulsión y continúan residiendo en Chile es compleja: el

²³ Por paso no habilitado o valiéndose de documentación falsa o adulterada, conforme a los arts. 68 y 69 del DL 1.094.

²⁴ Solicitud de acceso a la información a la PDI presentada el 24 de junio de 2014, bajo el número AB001W-0002699, respondida el 10 de julio de 2014.

Estado generalmente no se hace cargo de ejecutar la expulsión, una vez que esta es dictada por la Intendencia regional respectiva o por el ministro del Interior y notificada a la persona afectada, pues le resulta muy oneroso materializarla. El protocolo de expulsiones – suscrito entre la Subsecretaría del Interior y la PDI en marzo de 2013 como consecuencia de las irregularidades detectadas en una visita realizada por la Oficina Especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial a las dependencias de la Brigada de Investigación Criminal de la PDI, donde se dio cuenta de personas migrantes privadas de libertad ilegalmente, situación conocida como el “caso Cuartel Borgoño”²⁵ señala que la persona a quien se le haga efectiva su orden de expulsión debe ser acompañada en el trayecto hasta su país de origen o destino por dos funcionarios de la PDI que actúan como “escultas”. Como hemos señalado, la expulsión, generalmente no se hace efectiva a causa de factores económicos, como los altos costos de los pasajes (dependiendo de la lejanía con el otro Estado) cuando debe hacerse el traslado por medio de una aerolínea comercial privada, costo que debe asumir el Estado chileno a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Quienes se encuentran notificados de la orden de expulsión no tienen posibilidad de regularizar sus documentos, por cuanto el DEM maneja los registros de los extranjeros que están sujetos a esta medida sancionatoria, negando cualquier tipo de permiso de residencia.

Muchas veces la medida de expulsión se dicta en casos que podrían subsanarse por la vía administrativa, sin que el DEM, que es el órgano que por ley puede regularizar la residencia de un extranjero irregular, acoja las solicitudes de los extranjeros para revocar la medida sancionatoria, sin considerar, por ejemplo, lo gravoso que resulta para la persona ser expulsada del país en comparación con la falta cometida o si esta ha establecido vínculos familiares en Chile. En este aspecto es que los tribunales de justicia han sabido desarrollar un precedente favorable en materia de protección de los derechos humanos de las personas migrantes. Siguiendo con lo anterior, la persona lleva consigo la carga de haber ingresado de forma irregular, lo que impide su regularización, sin que en ningún momento se consideren las situaciones de discriminación a las que pudo haberse visto expuesta en frontera, materializadas en rechazos, los que en su gran mayoría no quedan registrados por los funcionarios policiales. La Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales ha tomado conocimiento de solicitantes de asilo en Chile que han sido “rebotados”

²⁵ Rodrigo Godoy Araya y Marcel Didier von der Hundt, “Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2014, p. 147.

en la frontera por el solo hecho de ser de nacionalidad colombiana, quienes huyen del conflicto armado y que se ven forzados a ingresar forma irregular por el temor a ser devueltos a su país, lugar donde su vida o su libertad corren peligro.

3.6. Hijos de extranjeros transeúntes

El artículo 10 de la Constitución formula el principio del *ius soli*, en virtud de cual, como regla general, todas las personas nacidas dentro del territorio nacional tienen derecho a acceder a la nacionalidad chilena, con excepción de los hijos de extranjeros transeúntes. El Registro Civil no inscribe como chilenos a los hijos/as de personas migrantes que se encuentren en situación irregular en consideración a la situación migratoria de los padres, confundiendo los conceptos de irregular con el de transeúnte, negando el derecho a la nacionalidad que tienen todos los nacidos dentro del territorio. Esta situación deja a estos/as menores de edad en la más absoluta desprotección, calificándolos de hijos de extranjeros transeúntes en su certificado de nacimiento. Ello no solo implica desconocer el principio emanado de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH,²⁶ en virtud del cual la calidad migratoria de los padres no puede jamás alcanzar a sus hijos/as, también genera la imposibilidad de estos/as niños/as de acceder a los servicios básicos establecidos para los nacionales, como la educación y la salud.

No contamos con información exacta acerca del número de niños/as que se encuentran en esta situación. Ante una consulta en un caso particular, el DEM (órgano facultado legalmente para corregir dicha situación), antes de que asumiera la actual administración, afirmó que mantenía este criterio, señalando que al menor no se le podía otorgar la nacionalidad chilena en virtud de la calidad migratoria irregular de los padres. Si bien el proyecto de ley del gobierno anterior contenía esta categoría, el mensaje desconocía la interpretación que ha imperado en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha girado en torno al concepto de transeúnte, y al ánimo de permanencia y arraigo que los padres del menor en el país, a pesar de su irregularidad.

Como se analizará, la Corte Suprema ha entendido que no es transeúnte quien tiene ánimo de permanencia en el territorio nacional, con independencia de la situación migratoria en que se encuentre. En consideración a las constantes denuncias y a la creciente presentación de reclamaciones de nacionalidad ante la Corte Suprema, el pasado 7 de agosto el subsecretario del Interior Mahmud Aleuy se manifestó

²⁶ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, Serie A 18, 17 de septiembre de 2003.

a favor de corregir dicha situación, convocando una mesa de trabajo para terminar con esta discriminación hacia los hijos de extranjeros irregulares y materializar el debido reconocimiento de su nacionalidad chilena.²⁷

4. AVANCES PARTICULARES

4.1. Convenios interministeriales

Es importante destacar que el Estado ha elaborado políticas particulares en materia de educación y salud para niños, niñas y adolescentes inmigrantes, como también para mujeres en situación de violencia intrafamiliar y en situación de embarazo, favoreciendo el acceso de la población migrante a permisos de residencia y a servicios básicos. Los acuerdos interministeriales que han hecho posibles medidas que favorecen a los migrantes, incluyendo permisos de residencia para quienes están en situación irregular, buscan objetivos que no estaban contemplados en la legislación migratoria post golpe militar. Estos acuerdos no han tenido en la práctica gran impacto en la política migratoria, existiendo aún mucha incertidumbre sobre su aplicación. Existen casos de los que se tiene información en que se han negado los permisos de residencia a quienes califican para acceder a ellos conforme a estos acuerdos.

Este nuevo enfoque estableció un lineamiento estratégico cuya orientación daba cuenta de la intención de mejorar las condiciones básicas de la población inmigrante en Chile, particularmente su segmento más vulnerable. Diversos convenios entre el Ministerio del Interior y los Ministerios de Salud y Educación, y el Servicio Nacional de la Mujer, abrieron la puerta al reconocimiento de derechos en educación y salud que antes el Estado no otorgaba. Los instrumentos administrativos a destacar son los siguientes:

- Oficio Circular 1179 de enero de 2003 del Ministerio del Interior. Medida adoptada en conjunto con el Ministerio de Salud tendiente a facilitar el acceso a los servicios de salud a mujeres que se encuentren en situación de embarazo. Además de permitir el acceso a mujeres a los servicios de salud para controlar su embarazo con independencia de su situación migratoria, este instrumento otorga una visa temporaria a las mujeres que acrediten que están controlando su embarazo en el centro de salud más cercano a su domicilio.²⁸

²⁷ *El Mercurio de Antofagasta*: "Subsecretario aclara que niños apátridas deben ser inscritos", 7 de agosto de 2014.

²⁸ También ver Ministerio de Salud, Oficio Ordinario 3.229, junio de 2008.

- Oficio Circular 6.232 de mayo de 2003 del Ministerio del Interior, adoptado en colaboración con el Ministerio de Educación, que promueve la incorporación a establecimientos educacionales (de preescolar, básica y media) a todos los hijos de migrantes que se encuentren residiendo en el país. Este instrumento reconoce el derecho de acceso a la educación a niños y niñas migrantes con independencia de su situación migratoria o la de sus padres, otorgando un permiso de residencia en calidad de estudiantes a los alumnos que cumplan con los requisitos.²⁹
- Resolución Exenta 1.914 de abril de 2008 del Ministerio del Interior que aprueba el convenio de colaboración celebrado entre los Ministerios de Salud y del Interior y que reconoce el derecho de acceso a la salud a los niños, niñas y adolescentes en situación irregular. Se acuerda proporcionar a todas las niñas, niños y adolescentes menores de 18 años extranjeros atención en salud en los establecimientos de la red pública de salud en igualdad de condiciones que los chilenos. Este beneficio no otorga un permiso de residencia pero genera obligatoriedad a la atención con independencia de la situación migratoria de los niños y de sus padres.
- Resolución Exenta 80.388 de diciembre de 2009 del Ministerio del Interior que aprueba convenio con el Servicio Nacional de la Mujer, con el objetivo de facilitar el acceso a las mujeres migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo en Chile que hubiesen iniciado una acción judicial en los tribunales de justicia a la red de protección para víctimas de violencia intrafamiliar (dependiente del Servicio Nacional de la Mujer). Este acuerdo también compromete al DEM a otorgar permisos de residencia temporaria a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, con independencia de su situación migratoria.

4.2. La deuda pendiente

Estos acuerdos vinculantes, enmarcados dentro de los esfuerzos de los gobiernos recientes por mejorar la política migratoria, sin duda han significado avances en materia de reconocimiento de derechos de las personas migrantes. No obstante, falta mucho camino por recorrer para poder asegurar una aplicación efectiva en todos los casos que lo requieran que garantice la debida protección para categorías específicas de inmigrantes. En base a la información disponible, consideramos que en la práctica el DEM continúa dando mayor jerarquía a los criterios discrecionales del DL 1.094 y su reglamento que a estos acuerdos particu-

²⁹ También ver Ministerio de Educación, Oficio Circular 07/1008 (1531), agosto de 2005.

lares. Casos de niños que se encuentran estudiando y cuyas solicitudes de visa son rechazadas por la irregularidad de sus padres, constituyen ejemplos de cómo se contravienen los acuerdos y como el DEM continúa actuando bajo la lógica que está detrás de la normativa migratoria dictatorial.³⁰ Cuando el DEM decide en tal sentido no solo vulnera los acuerdos interministeriales sino que también, al igual que con los hijos de extranjeros transeúntes, desatiende el principio de que el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos, emanado de la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH.

Grafica lo anterior lo que ocurrió con una mujer de nacionalidad peruana, cuyo nombre será reservado, a quien, pese a su calidad de víctima de violencia intrafamiliar debidamente acreditada, el DEM no otorgó la residencia temporaria –en razón del acuerdo entre el Ministerio del Interior y el SERNAM– por haber ingresado de forma irregular al país y contar con una orden de expulsión al momento de hacer la solicitud.³¹ En este caso el Estado incumple los compromisos internacionales asumidos en materia de no discriminación, violencia intrafamiliar y protección de los derechos humanos de la mujer, ilustrando que la administración aún pone énfasis en la protección de la seguridad nacional, siguiendo la lógica del marco normativo. Esta es solo una instancia de un fenómeno más amplio: el Estado de Chile ha actuado de manera reactiva ante el fenómeno migratorio, sin situarse estratégicamente frente a una realidad que es imposible de detener y demostrando incapacidad en la últimas décadas para legislar con un enfoque acorde a los estándares de derechos humanos en la materia.

El proyecto de ley presentado el 20 de mayo de 2013, impulsado por el gobierno del ex presidente Sebastián Piñera,³² que constituye el mayor esfuerzo gubernamental en este tema desde la moción de Patricio Aylwin de 1993, no varía la lógica de seguridad nacional. Como se ha tratado en *Informe* anterior,³³ ese proyecto no se sustenta en una lógica de derechos humanos: concede amplias facultades al DEM y a la PDI en materia de ingreso al territorio (replicando la lógica del DL 1.094) y otorgamiento de permisos de residencia; prácticamente ignora el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos y las recomendaciones que en materia migratoria han emanado de los órganos de tratados. Información confiable sugiere que el proyecto no va a prosperar en el Parlamento. Diversas autoridades ya se han manifestado en tal sentido, asumiendo el compromiso de reformular en mejores términos la política migratoria nacional.

30 DEM, Oficios Ordinarios 167 y 168 del 13 de enero de 2013 y Oficios Ordinarios 956, 957 y 958 del 14 de febrero de 2013.

31 DEM, Oficio Ordinario 419 de 8 de enero de 2013 del jefe del departamento.

32 Mensaje 089-361, Boletín 8970-06.

33 *Informe 2013*, pp. 135 y ss.

De las declaraciones efectuadas por Rodrigo Sandoval Ducoing el pasado 9 de julio, en su calidad de Jefe del DEM, se desprende que la temática migratoria constituye un desafío para la actual administración, en un contexto en que el DEM –que puede resolver mejor en virtud de sus propias facultades discrecionales– al menos en el discurso busca modificar su actual lógica restrictiva, estrictamente legalista y carente de un enfoque de derechos humanos.

5. LA VÍA JUDICIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES

5.1. Una alternativa viable

Frente a una normativa que no ha cambiado en 18 años y que de manera sorprendente permanece en el sexto gobierno posterior a la dictadura de Pinochet a pesar de que la realidad migratoria en Chile es diametralmente diferente a la de las décadas de los setenta y ochenta, y en un escenario donde la administración no ha concretado cambios para actualizar sus criterios a esa realidad, pese a la dictación de algunos acuerdos particulares, han surgido otras alternativas para hacer efectiva la protección de las personas migrantes frente a la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales. Los recursos judiciales se han transformado en un mecanismo efectivo para controlar los criterios discrecionales que la legislación otorga a la administración respecto al egreso, el ingreso, la expulsión y el control de los extranjeros que permanecen en el país.

La principal herramienta judicial que ha facilitado un relativo control de las facultades discrecionales de la administración es la acción judicial de amparo. Se ha interpretado que los impedimentos arbitrarios de ingreso y las dictaciones de órdenes de abandono y expulsión vulneran, o al menos amenazan, el derecho fundamental de la libertad ambulatoria en los términos del artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución Política. La Corte Suprema, entendiendo lo grave que puede resultar la limitación arbitraria de este derecho, ha establecido un precedente que ha operado como un mecanismo de control a la aplicación de los criterios discrecionales del decreto ley y a la inactividad administrativa.³⁴

5.2. Impedimentos de ingreso

La Corte Suprema se ha pronunciado en varias oportunidades sobre los impedimentos de ingreso y las arbitrariedades en frontera. En junio de este año revocó un fallo de la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que había rechazado en primera instancia un recurso de amparo en favor de un ciudadano tunecino a quien se le

³⁴ Godoy y Didier, op. cit., pp. 139-150.

había impedido el ingreso como turista al país por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de correo electrónico, en dos oportunidades y sin mayor fundamento. Entiende la Corte Suprema que en materia de normas que regulan las solicitudes de visa para que un extranjero ingrese al territorio existe un margen de discrecionalidad administrativa. No obstante señala que estas facultades discrecionales no pueden ignorar el principio de juridicidad ni vulnerar las garantías constitucionales.³⁵ Agrega que las facultades discrecionales no pueden invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de las personas.³⁶

En otro caso puesto bajo el conocimiento de la Corte Suprema, se alegó la arbitrariedad en negar el ingreso al territorio de una ciudadana peruana que venía como turista en consideración a que no contaba con una cantidad de dinero o “bolsa de viaje” (a juicio del funcionario policial de turno en frontera) suficiente como para permitir su ingreso a Chile. El artículo 44 del DL 1.094 permite que la autoridad migratoria solicite a la persona demostrar medios económicos para residir en el país durante su estadía, pero nada dice de cuanto al monto que se debe acreditar, quedando esto a criterio del funcionario de policía internacional que recibe a la persona en el punto fronterizo. En el mismo tenor del fallo anterior, la Corte Suprema, si bien admite la existencia de estas facultades discrecionales de los funcionarios policiales fundadas en el DL 1.094, señala que la norma que facultó al funcionario a impedir el ingreso por no tener el monto de dinero solicitado nada señala acerca de la forma en que este monto debe ser determinado. Esto debe ser analizado de forma prudente y restringida para no vulnerar la libertad de desplazamiento de la persona, motivo por el cual se acoge la acción de amparo en favor de la ciudadana peruana.³⁷

5.3. Órdenes de expulsión del territorio nacional

Existe en la legislación particular un recurso especial para atacar las expulsiones de los extranjeros conforme a la Ley de Extranjería, pero que no procede en todos los casos. El artículo 89 del DL 1.094 y el artículo 167 del Reglamento de Extranjería señalan que el extranjero cuya expulsión del territorio se haya dictado por decreto supremo podrá recurrir por sí o por medio de alguno de los miembros de su familia ante la Corte Suprema en las siguientes 24 horas a la notificación del acto para intentar revocar la medida administrativa por medio del recurso

³⁵ Corte Suprema, Soufien Lahouel contra Ministerio del Interior, 12 de junio de 2014, considerando 6.

³⁶ *Ibid.*, considerando 5.

³⁷ Corte Suprema, Velasquez Cancahua contra Jefe de Prefectura Policía Internacional Aeropuerto de Santiago, 4 de junio de 2013, considerando 2.

extraordinario de reclamación. Este recurso especial, contemplado solo para expulsiones dictadas por el Ministro del Interior, deja fuera a las personas: a) que son expulsadas por ingreso irregular y b) que no renovaron su permiso de residencia una vez vencida su visa de turista. En estos dos casos, la expulsión se materializa mediante un acto administrativo proveniente de la Intendencia regional respectiva y no mediante un decreto supremo del Ministro del Interior, quien lo dicta “por orden del presidente de la Republica”.³⁸ En este escenario, la acción de amparo ha tomado relevancia para controlar las facultades de la administración.

A pesar de lo cuestionable del plazo del recurso extraordinario de reclamación de 24 horas, contrario a los estándares del debido proceso, este también ha funcionado en menor medida como una forma de controlar expulsiones cuando existen vínculos familiares o cuando la sanción es especialmente gravosa. En enero de 2014, la Corte Suprema acogió un recurso extraordinario de reclamación interpuesto en virtud del artículo 89 del DL 1.094 por la Clínica Jurídica a Migrantes y Refugiados en favor de una ciudadana peruana a quien se le estaba sancionando con una orden de expulsión por no haber renovado su permiso de residencia una vez vencida la visa de turista. La medida administrativa además la castigaba porque, al solicitar su visa sujeta a contrato, había presentado ante el DEM un documento falso, sin considerar que en ello había sido engañada por una ciudadana chilena. La Corte Suprema consideró que la medida era desproporcionada y carente de razonabilidad, ya que la sanción se basaba en un supuesto (la falsedad del contrato) que no se había podido comprobar, y estableció que se vulneraba el derecho de la libertad ambulatoria de la ciudadana peruana, el derecho que toda familia tiene de permanecer unida y el derecho de un menor chileno de no ser separado de sus padres.³⁹

Es importante destacar que la Corte Suprema ha utilizado el derecho internacional de los derechos humanos en su argumentación al resolver y plantear su posición acerca de la legalidad de las medidas de expulsión.⁴⁰ Ha declarado que es pertinente considerar esos estándares ante situaciones de quiebre familiar o cuando quienes se amparan por esa acción constitucional han desarrollado actuaciones positivas con el afán de resolver su situación migratoria. Entre los motivos principales para acoger los recursos de amparo se encuentra el que las órdenes de expulsión hayan adolecido de un fundamento razonable o la ausencia de motivación del acto administrativo. En

38 Ministerio del Interior, Reglamento 597 de 1984, art. 167.

39 Corte Suprema, Reclamo de expulsión en favor de Carmen Rosa Eguisquiza Yanac, 29 de enero de 2014, considerandos 5 y 6.

40 Particularmente la Convención de los Derechos del Niño, Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

estos supuestos, el control ejercido por la Corte Suprema ha sido enfático en exigir la efectiva fundamentación del acto y muy cuidadoso con la vulneración a los estándares del derecho internacional.

En materia de acción de amparo por expulsión, la Corte Suprema ha controlado las facultades de la administración con el afán de proteger principalmente a la familia y los derechos de los hijos chilenos de extranjeros de no ser separados de sus padres. También ha revocado sanciones administrativas por considerarlas extremadamente gravosas. En un caso, la Corte Suprema revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que mantenía vigente la expulsión de un ciudadano peruano por haber cometido el delito de hurto en Chile. La Corte razonó en consideración a que la expulsión implicaría la separación de una familia y el abandono de su hijo menor de nacionalidad chilena, lesionando de esta forma el interés superior del niño en los términos de los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño.⁴¹

En otro caso llevado por la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, la Corte Suprema falló favorablemente un recurso de amparo, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones, interpuesto a favor de una ciudadana colombiana que se encontraba esperando un hijo chileno con su pareja chilena. En esta oportunidad, la Corte razonó señalando que materializar la expulsión del país de la madre del menor que estaba por nacer implicaba desconocer el derecho que tiene toda persona a formar una familia, derecho que a juicio de la Corte Suprema el Estado no podía desconocer.⁴² En otro caso, la Corte Suprema confirmó lo dispuesto por la Corte de Apelaciones de Santiago, revocando una orden de expulsión en contra de un ciudadano de nacionalidad alemana basada en que el extranjero había sido condenado por el delito de tráfico ilícito de drogas, sumando más de nueve años de condena. Este pudo optar a beneficios carcelarios por su irreprochable conducta durante el tiempo que estuvo privado de libertad en el centro penitenciario, además de contar con una familia y completo arraigo en el país durante varios años. La Corte Suprema consideró estos elementos para revocar la expulsión.⁴³

5.4. Hijos de extranjeros transeúntes

El artículo 12 de la Constitución consagra la acción de reclamación de nacionalidad que se interpone ante la Corte Suprema. Esta herramienta ha sido la garantía para el efectivo reconocimiento de la nacionalidad de los/as niños/as nacidos/as dentro del territorio nacional.

⁴¹ Corte Suprema, Loyola Perez contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Policía de Investigaciones, 9 de enero de 2013, considerando 6.

⁴² Corte Suprema, Diaz Ramirez contra Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 4 de febrero de 2013, considerando 2.

⁴³ Corte Suprema, Schenell contra Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 23 de enero de 2013.

La mayoría de los reclamos han sido acogidos favorablemente por la Corte Suprema, reconociendo el derecho a la nacionalidad que a ese menor le corresponde.

Varios de estos reclamos han sido presentados por la Clínica Migrantes y Refugiados de la UDP, siendo resueltos favorablemente en todos los casos.⁴⁴ La Corte Suprema ha rechazado en reiteradas oportunidades la actuación del Registro Civil y del DEM, considerando elementos como el desarrollo de actividades ordinarias –como el arrendamiento de un bien inmueble, la obtención de ingresos económicos para subsistir en Chile e inscripción en consultorios, entre otros– para concluir que los padres del menor no inscrito sí tenían residencia y ánimo de permanencia en Chile al momento del nacimiento del/la niño/a, con independencia de su situación migratoria.

A modo de ejemplo, en un fallo sobre reclamación, la corte señaló: “Que el interés desplegado por largo tiempo por los padres de Carla Choque Zepita para permanecer en el país, que esta Corte Suprema considera acreditado valorando en conciencia conforme lo dispone el citado artículo 12 de la Carta Fundamental los antecedentes que obran en el presente cuaderno, conducen a concluir que se mantiene en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, de manera tal que no resulta procedente calificarla como extranjera transeúnte. En tales condiciones, Carla Choque Zepita no ha podido quedar comprendida en la situación de excepción ya analizada del N° 1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República, motivo por el cual deberá acogerse el reclamo interpuesto”.⁴⁵ En otro reclamo, en el mismo sentido, la Corte Suprema razonó: “los antecedentes que obran en el presente cuaderno, conducen a concluir que se mantiene en el territorio nacional precisamente con el ánimo de permanecer en él, de manera tal que no resulta procedente calificarla como extranjera transeúnte. En tales condiciones, Jorge Luis Mendives Pastor no ha podido quedar comprendido en la situación de excepción ya analizada del N° 1 del artículo 10 de la Constitución Política de la República”.⁴⁶ En este tipo de sentencias la Corte Suprema también ha utilizado el derecho internacional de los derechos humanos para fundar sus fallos, en particular, lo referente al derecho a la nacionalidad contemplado el artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

44 Corte Suprema, Sentencias en favor de: Melissa Angélica Rupay Chavez; Noemí Marianela Neza Goñi; René Choque Acho y; Jorge Luis Mendives Pastor, todos contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Registro Civil e Identificación.

45 Corte Suprema, Choque Acho contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Registro Civil e Identificación, 14 de enero de 2014, considerando 7.

46 Corte Suprema, Mendives Pastor contra contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Registro Civil e Identificación 7 de marzo de 2014, considerando 7.

Cabe agregar que, a la fecha del presente informe, y demostrando voluntad para un cambio de enfoque en la materia, el DEM se ha allanado en dos casos en los que la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados ha recurrido para reclamar la nacionalidad de hijos de padres irregulares al momento de su nacimiento, a inscribir como chileno al menor en nombre de quien se solicita la rectificación de su partida de nacimiento. Así, el DEM estaría realizando una correcta interpretación del principio del *ius soli* y reconociendo el derecho a la nacionalidad chilena que corresponde a esos menores.⁴⁷

6. SITUACIÓN DE LOS REFUGIADOS EN CHILE

6.1. Realidad cuantitativa nacional

El refugio en Chile ha ido en aumento durante los últimos diez años. Ello condujo a la adopción de la Ley 20.430, que entró en vigencia el 8 de abril de 2010,⁴⁸ estableciendo disposiciones sobre la protección de refugiados.

6.1.1. Ingresos y formalizaciones de solicitante de asilo

El *Informe* 2009 indicaba que, entre 2004 y 2008 había aumentado el número de solicitudes de asilo en un 760%.⁴⁹ A su vez, las estadísticas oficiales muestran una fuerte disminución del número de solicitudes de asilo presentadas ante el Ministerio del Interior a partir de 2010, fecha de adopción de la Ley 20.430.

Tabla 3: **Solicitudes de asilo**

| Año | Total de solicitudes |
|------|----------------------|
| 2008 | 918 |
| 2009 | 561 |
| 2010 | 260 |
| 2011 | 265 |

⁴⁷ Corte Suprema, Romero Morales contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Registro Civil e Identificación, 21 de junio de 2014 y Hurtado Achundia contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Registro Civil e Identificación, 29 de julio de 2014.

⁴⁸ Chile fue parte de la Declaración y el Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. Adoptados por 20 gobiernos en 2004, constituyen el marco regional para brindar protección a las personas víctimas del desplazamiento forzado. Mediante la adopción del Plan de Acción, los gobiernos de América Latina se han comprometido para fortalecer la protección internacional para los refugiados y utilizar un enfoque integral para alcanzar soluciones duraderas. Disponible en www.acnur.org

⁴⁹ *Informe* 2009, p. 268.

| | |
|-------|-------|
| 2012 | 168 |
| 2013 | 249 |
| Total | 2.421 |

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el DEM, diciembre de 2013.

Esta disminución es particularmente visible entre 2008 y 2012, con una baja de un 81%. Puede ser un factor clave en este descenso la aplicación de una entrevista de pre admisibilidad no contemplada en la ley pero que en la práctica se da comúnmente, tanto en Santiago como en regiones.

6.1.2. Reconocimientos y rechazos a las solicitudes de asilo

Respecto a los reconocimientos y los rechazos a las solicitudes de asilo, el Centro de Derechos Humanos de la UDP se enfrentó a una discrepancia no menor entre las cifras entregadas por el DEM y por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR). Para ciertos años, esto se puede deber al programa de reasentamiento llevado a cabo en el primer gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, situación en la que llegaron al país personas ya reconocidas como refugiados por otros Estados o por ACNUR (ver tabla 4). Sin embargo, tanto las estadísticas del DEM como las del ACNUR muestran una disminución significativa del número de reconocimientos del estatuto de refugiado en Chile entre 2008 y 2012, correspondiente a un 74%, según las cifras del DEM, y a un 92%, según las del ACNUR. Ahora bien, al analizar estas cifras debe tenerse en cuenta que el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado es lato, por lo que los solicitantes de, por ejemplo, 2008 no han sido los mismos que los rechazados o reconocidos en 2008, ya que en muchos casos el proceso dura más de un año.

Tabla 4: Reconocimientos y rechazos a solicitudes de asilo

| Año | Reconocimientos a las solicitudes de asilo | | Rechazos a las solicitudes de asilo | |
|------|--|------------------|-------------------------------------|------------------|
| | Cifras del DEM | Cifras del ACNUR | Cifras del DEM | Cifras del ACNUR |
| 2008 | 109 | 124 | 766 | 371 |
| 2009 | 88 | 30 | 375 | 115 |

| | | | | |
|------|--------------|----|-----|-----|
| 2010 | 32 | 75 | 195 | 409 |
| 2011 | 93(*)/52(**) | 72 | 181 | 142 |
| 2012 | 28(*)/30(**) | 10 | 112 | 169 |
| 2013 | 11*/37 | - | 72 | - |

Fuentes: Elaboración propia con datos proporcionados por el DEM, diciembre de 2013 y mayo de 2014; ACNUR, abril de 2014.

(*) Estadísticas entregadas por el DEM en diciembre de 2013.

(**) Estadísticas entregadas por el DEM en mayo de 2014.

6.1.3. Recursos de reposición y recursos en subsidio jerárquico

Los solicitantes de asilo que vieron rechazada su solicitud tienen acceso a dos recursos: el *recurso de reposición* y el *recurso jerárquico*. El primero se presenta ante el mismo órgano que dictó el acto de rechazo de la solicitud, es decir, el subsecretario del Interior, para que este vuelva a examinar su decisión. Si el recurso es rechazado y el solicitante había presentado un recurso jerárquico junto con el primero (en subsidio), la solicitud vuelve a ser examinada, esta vez por una instancia jerárquicamente superior a la que dictó el acto, es decir, el Ministro del Interior.

Se observa un aumento significativo del número de ambos recursos presentados entre 2010 y 2013: 5 en 2010, 19 en 2011, 16 en 2012 y 35 en 2013, lo que corresponde a un aumento de 600% entre 2010 y 2013. Este aumento encuentra una explicación en la disminución de los reconocimientos del estatuto de refugiado.

6.1.4. Promedio de la duración de una solicitud de refugio

Según las cifras entregadas por el DEM, el promedio de duración de una solicitud de refugio varía, en el período 2008-2013, entre 7 y 13 meses.

Tabla 5: Duración del procedimiento

| Promedio trámite (en meses) | |
|-----------------------------|----|
| 2008 | 13 |
| 2009 | 9 |
| 2010 | 8 |
| 2011 | 12 |
| 2012 | 8 |
| 2013 | 7 |

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el DEM, diciembre de 2013.

6.2. Aplicación arbitraria de la Ley 20.430

6.2.1. Rechazos en frontera

El derecho de asilo, que permite a toda persona en situación de persecución recibir asilo en cualquier país, se contempla en el derecho internacional, primeramente en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), siendo recogido en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. Este derecho ha sido también acogido en instrumentos de derechos humanos de particular relevancia en el contexto americano. Entre ellos, cabe mencionar el artículo 27 de la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que aluden expresamente al derecho de buscar y recibir asilo en caso de persecución.

Los recién citados instrumentos internacionales sirvieron de base a la Ley 20.430 del 8 de abril de 2010, la cual establece en su artículo 4 inciso 1 que:

No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren.

De acuerdo a lo anterior, no se puede prohibir el acceso al territorio a las personas que solicitan asilo en la frontera chilena. Adicionalmente, dicha ley establece, en su artículo 26:

Al ingresar a territorio nacional, los extranjeros [...] podrán [solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado] ante la autoridad migratoria que se encuentre en un paso habilitado de la frontera, quien le proporcionará la información necesaria sobre el procedimiento.

Si bien esta ley reconoce el derecho de asilo, la aplicación correcta de ella está sujeta a controversia. De hecho, tanto antecedentes entregados por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en 2013⁵⁰ como casos vistos en la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, establecen que la aplicación de la ley por parte de los funcionarios de frontera no es acorde a derecho. Sobre esto ofreceremos, como ejemplo, el relato de un caso. Roberto⁵¹ (nombre ficticio de un solicitante

⁵⁰ INDH, *Informe Misión de observación por situación de la población migrante en Iquique y Colchane*, 9 a 31 de mayo de 2013.

⁵¹ Entrevista realizada para este informe. La persona solicitó reserva de su nombre.

de refugio en Chile) nos señaló sobre su intento de ingreso por Chacalluta: “Llegué a Tacna y tomé el bus en dirección a Chile. En el paso fronterizo la policía chilena (PDI) me dijo que no quedaban cupos de refugio, que debía devolverme. Insistí con que quería solicitar refugio, pero no me permitieron el ingreso”. Este relato, escuchado reiteradamente, sobre todo por parte de colombianos afrodescendientes, explica por qué la línea ferroviaria Tacna-Arica y el borde costero están siendo utilizados actualmente como ruta terrestre por muchos refugiados a los cuales no se les permitió ingresar al país. Cabe recordar que el ingreso irregular al país se hace mediante coyotes, los cuales cobran para traficar personas de un país a otro.⁵²

Otros refugiados, ante la negativa en el paso fronterizo de Chacalluta, buscan ingresar a Chile por Bolivia, a través del paso Colchane: “Ya rechazado en Chacalluta, regresé a Tacna, donde se me acercó una persona peruana preguntando si me habían rechazado el ingreso, ofreciendo ingresarme a Chile mediante Bolivia. Él decía que la policía era menos estricta y que podría ingresar regularmente al país. Viajamos varios en bus. Nos cobró a cada uno 100 dólares y nos dejó en Pisiga. No volvimos a saber de él. Intentamos ingresar de forma regular, pero no se nos permitió. Yo dije que deseaba pedir refugio, pero me pedían mil dólares como bolsa de viaje para ingresar a Chile. Me quedé un par de días donde las monjitas. No podía volver a Colombia pues me matarían, así que ingresé caminando por el desierto en la madrugada”.⁵³ Este testimonio, junto con muchos otros recolectados por la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, ilustra cómo las personas que escapan de sus países de origen, ante la imposibilidad de ingresar de forma regular para formular una solicitud de asilo, no tienen otra opción que ingresar por pasos no autorizados.

La situación antes descrita afecta a personas ya extremadamente frágiles, obligándolas a cruzar la frontera con la colaboración de traficantes o embaucadores, y poniendo en peligro su vida ante la posibilidad de que se detone una mina antipersonal en el desierto. Es lo que sufrió un joven colombiano, en octubre de 2013: “...un joven colombiano perdió su pie derecho intentando llegar hasta Arica desde Perú a través de un paso no habilitado, cuando pisó un explosivo. Pese al daño sufrido, el hombre llegó por sus propios medios hasta el Complejo Fronterizo Chacalluta, desde donde luego fue trasladado al Hospital Regional”.⁵⁴

⁵² Publimetro.cl: “Sujeto formalizado por tráfico de migrantes tras ingresar clandestinamente a siete personas en Arica”, 16 de mayo de 2014.

⁵³ Entrevista realizada para este informe. La persona solicitó reserva de su nombre.

⁵⁴ <http://radio.uchile.cl/2013/10/04/nuevo-accidente-con-minas-antipersonales-reabre-debate-por-reparacion-a-las-victimas>

Se solicitó a la PDI, mediante Ley de Transparencia, la entrega de estadísticas respecto al número de rechazos y de solicitudes en frontera; hasta el cierre de este capítulo, no hubo respuesta, habiendo transcurrido cuatro meses desde la solicitud de información.

6.2.2. Entrevista previa y derivación a sección visas

La Ley de Refugio establece en su reglamento, Decreto 837, artículo 1, que se entenderá como solicitante de refugio a “todo extranjero que se encuentre en el territorio nacional y formalice su intención de ser reconocido como refugiado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 36 y 37 del presente reglamento”. Así, la ley prevé que para solicitar el refugio basta con la intención de ejercer el derecho de asilo, ser extranjero, encontrarse en territorio nacional y formalizar ante la autoridad competente. Esto último conlleva ingresar un formulario con los datos de los/as solicitantes y la motivación de la solicitud, la que debe ser recepcionada por el o la funcionario/a de la sección refugio en Santiago o por el DEM de la Gobernación en regiones. Ahora bien, como ha sido observado de manera repetida por la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, el modus operandi de ciertos funcionarios no se apega a lo establecido por la ley. Se ha hecho corriente el uso de una pre entrevista, realizada por cualquier funcionario de extranjería, que funciona como primer filtro. Esta práctica no está prevista por la ley; por lo contrario, se establece que las entrevistas a los solicitantes de asilo deben ser realizadas por oficiales de elegibilidad, capacitados para cumplir tal función. Consecuentemente, un número indeterminado de personas se encuentra imposibilitado de ingresar al procedimiento de refugio, lo que impide contar con una estadística confiable relativa al número real de solicitantes de refugio en Chile.

Desde principios de 2014, más de 25 personas –solo en la ciudad de Santiago– han llegado a la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados solicitando que se les asesore respecto a la negativa por parte del DEM de formalizar el refugio. Muchos de estos solicitantes llegaron con un documento entregado en la misma sección de refugio, dando prueba de la derivación interna que se realiza con el fin de que estas personas soliciten visa de carácter temporal. Este impedimento a la solicitud de asilo vulnera tanto el derecho de asilo como el derecho al debido proceso. En dichos casos, la Clínica ha realizado acompañamiento para que estas personas sean formalizadas, situación que se ha concretado en la mayor parte de las oportunidades. Uno de los casos que quedó sin resolver fue el de una persona de nacionalidad cubana que vivía en Bolivia (no quiso ser identificada) e ingresó a Chile por un paso no autorizado, escapando tanto de la persecución y violencia psicológica que sufría en Bolivia por ser desertor de una misión médica como de la vulneración de sus dere-

chos en Cuba. Esta persona se acercó a la PDI al quinto día de ingresar al territorio chileno y solicitó ser formalizado como solicitante de refugio, respetando el plazo de 10 días desde el ingreso irregular contemplado por la ley. Sin embargo, el DEM se negó a formalizar la solicitud bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos para ser refugiado, ya que nunca había sido perseguido. Posteriormente, fue entrevistado por la jefa de la sección de refugio del mismo DEM, quién también se negó a formalizar la solicitud.

Ante esta situación, se ha solicitado un pronunciamiento a la Contraloría General de la República en relación a la legalidad de las actuaciones de los funcionarios de la administración, no teniendo respuesta a la fecha de cierre de esta edición. En el caso de la no formalización de la solicitud de una familia de origen colombiano, la Clínica Jurídica recurrió mediante recurso de protección, que fue rechazado en primera instancia por Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte sostuvo: “Que la actuación de la Sección Refugio y Reasentamiento no importa un rechazo a la solicitud de refugio amparada en la Ley N° 20.430, toda vez que, como se señala en el informe del recurrido, los recurrentes ni siquiera han formalizado una solicitud de refugio, por lo que mal puede haberseles negado por la autoridad competente su tramitación”. A dicha resolución judicial se presentó un recurso de apelación. La Corte Suprema estuvo por confirmar la sentencia de primera instancia, salvo por un voto en contra.

El voto minoritario señala:

3° Que según consta de fs. 10, aparece una “derivación interna 448” desde la Sección Refugio y Reasentamiento a la Sección Oficina de Informaciones del Ministerio del Interior con la leyenda “visa ordinaria” y abajo manuscritos los nombres de Marlod y Terán Suárez y William Guapacha, documento con cargo del Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración, Sección Refugio y Reasentamiento de fecha 25 de diciembre de 2012.

4° Que del antecedente aludido resulta palmaria la intención del recurrente al haberse dirigido a dicha repartición competente para obtener la condición de refugiado, a la que no se le dio la tramitación que establece los artículos 26, 27 y 29 de la Ley, derivándolo a otra repartición del Ministerio del Interior para que se le otorgada una “visa ordinaria”.

5° Que la recurrida, al no haber recibido la solicitud de refugiado y darle la tramitación contemplada en la ley, ha actuado en forma arbitraria e ilegal.⁵⁵

55 Corte Suprema, Guapacha contra Departamento de Extranjería y Migración, 20 de noviembre

Cabe señalar que tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema no consideran el derecho de asilo ni el proceso para dictaminar si la persona solicitante es o no reconocida como refugiada por el Estado chileno, sino que solo hacen referencia a la posibilidad de regularizar su situación migratoria, desconociendo los instrumentos internacionales ratificados por Chile referentes al refugio.

6.2.3. Barrera idiomática

Tabla 6: **Solicitantes por origen**

| Continentes | 2010- 2013 |
|-------------|------------|
| América | 923 |
| África | 26 |
| Europa | 7 |
| Asia | 27 |
| Total | 983 |

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el DEM, diciembre de 2013.

Si bien menos del 10% de los solicitantes de asilo del período 2010-2013 proviene de países de habla no castellana, este no es un tema menor: para que se cumpla con el debido proceso estos solicitantes deben ser entrevistados mediante un intérprete profesional y capacitado. Respecto a esto, ACNUR señala:

debe proporcionarse al solicitante los medios necesarios, incluidos los servicios de un intérprete calificado, para presentar su caso a las autoridades competentes. Debe darse también al solicitante la oportunidad, acerca de la cual se le debe informar, de ponerse en contacto con un representante del ACNUR.⁵⁶

Se han dado casos de personas provenientes de África (Congo, Ghana, Nigeria y Senegal), Europa (Rusia y Ucrania) y Asia (Afganistán, Irak y Nepal). Uno de los casos que reflejan la vulneración al derecho de intérprete, dice relación con una familia de nacionali-

de 2013.

⁵⁶ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*.

dad afgana, la cual fue formalizada como solicitante de refugio. Ante la falta de intérpretes por parte de la sección refugio, quien debió asumir esta tarea fue un sobrino que hablaba pastún, dándose el inconveniente que este, además de ser menor de edad, no nació en Afganistán, por lo que su conocimiento del idioma se limitaba a lo enseñado por su madre en Chile. Producto de esto y una errada interpretación del concepto de familia, al no considerarse aspectos culturales, del grupo familiar solo las dos mujeres fueron reconocidas como refugiadas y no así su hermano, quien estaba a cargo de ellas tanto en Afganistán como en Chile.⁵⁷

En una entrevista realizada con Gabriela Saavedra, jefa de la Sección Refugio del DEM, con fecha 20 de mayo de 2014, ella reconoció que el idioma es muchas veces un impedimento en la realización de entrevistas, señalando que actualmente el DEM está estudiando la posibilidad de contratar intérpretes para ciertos casos.

6.2.4. Motivación de resoluciones que rechazan solicitudes de asilo

Una de las falencias identificadas en el procedimiento de refugio es la vaga motivación de las resoluciones administrativas que rechazan el reconocimiento de la condición de refugiado. El rechazo se suele basar en factores como:

1. Contradicciones e inconsistencias en el relato.
2. Situación del país de origen.
3. Necesidades económicas.

Las motivaciones entregadas en el rechazo a la solicitud de asilo son vagas de por sí, a lo que se suma que no profundizan en los hechos o pruebas presentadas por los solicitantes. Ocurre en muchos casos que no todos los miembros de un grupo familiar manejan la misma información y, por tanto en el momento de las entrevistas de elegibilidad, presentan los hechos de distinta forma, lo que el DEM llega a considerar como contradicciones en el relato; en esto también tiene injerencia el nivel de educación de los solicitantes y la edad de los mismos (la ley de refugio contempla que sean entrevistados todos los miembros de un grupo familiar, incluyendo a menores de edad).

Respecto a la situación del país de origen, es llamativo que en casos de solicitantes colombianos, muchas resoluciones establezcan: “Que la información sobre su país de origen da cuenta que los niveles de seguridad ciudadana y la rápida respuesta de las instituciones

⁵⁷ Caso llevado por la Clínica Jurídica. Se guarda reserva de los nombres a petición de los denunciantes.

de protección, han influido positivamente en la protección efectiva hacia las personas”.⁵⁸ Si bien en Colombia hay un actual proceso de paz, la vulneración a los derechos de las personas es una constante, según han expresado tanto el presidente Juan Manuel Santos como los medios de comunicación nacionales e internacionales.⁵⁹

Un número importante de resoluciones que rechazan la solicitud de asilo hacen referencia a que la motivación para la salida del país de origen tiene relación a necesidades económicas y no a búsqueda de protección. En esto se debe entender el contexto de las solicitudes, comprendiendo que, por ejemplo, la violencia generalizada conlleva en muchos casos que las personas deben dejar sus actividades económicas producto de las amenazas y que en muchos casos la motivación principal es la inseguridad, siendo accesorio el aspecto económico.

Es una constante el que las personas a las cuales se les rechaza la solicitud de asilo no comprendan con claridad el motivo del rechazo, causando esto un efecto de mayor desprotección.

6.2.5. Ausencia de notificación de resoluciones

El artículo de 51 del Decreto Supremo 837 señala:

Adoptada una decisión relativa a la determinación de la condición de refugiado, la autoridad competente la notificará al solicitante en el plazo de quince días, por carta certificada dirigida a su domicilio, acompañando copia íntegra de la resolución respectiva. Las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos.

Este artículo contiene una presunción “*juris tantum*”, entendiendo por tanto prueba en contrario.

El conflicto en lo relativo a las notificaciones de las resoluciones se da por cuanto el DEM entiende que la notificación se realiza a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos y no cuando esta es recepcionada realmente por el solicitante. Este tipo de práctica ha sido un impedimento para el ejercicio viable de los recursos, pues muchos solicitantes no habían recibido la carta certificada por correo en su domicilio o bien, habiéndola recibido, no habían guardado el sobre que contenía la resolución, en el que constaba el sello con la fecha de entrega.

⁵⁸ Cita a una resolución en la cual se rechaza el refugio. Se omite el número de resolución y la identidad del solicitante a petición de este.

⁵⁹ Ver bbc.com: “Colombia: ¿Está realmente en peligro el proceso de paz?”, 30 de julio de 2014 y bbc.com: “Colombia: Los cinco momentos más tensos del proceso de paz”, 19 de noviembre de 2013.

Una solicitante relató: “Nunca recibí carta en mi domicilio, el cual tenía informado a extranjería. Solo me informé del rechazo cuando fui a prorrogar mi visa y me dijeron que hace dos meses había sido rechazada y que había sido enviada por correo. Consulté en correos y no había carta para mí. Los señores de la clínica presentaron recurso de todas formas, pero este fue rechazado”.⁶⁰ El recurso presentado en este caso no fue acogido por entenderse extemporáneo: el DEM utilizó la presunción de los tres días, no existiendo prueba de que la carta no hubiera sido entregada en dicho plazo, aunque nunca fue entregada. Correos de Chile se negó a entregar un documento para certificar esto.

El caso antes descrito pudo haber tenido una mejor resolución si la sección de refugio hubiera hecho uso de lo estipulado en el inciso 2º del artículo 51:

Las notificaciones también podrán practicarse en el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior o en las oficinas de Extranjería de las Gobernaciones Provinciales, entregando copia íntegra de la resolución, bajo la firma del interesado, e indicándose la fecha, hora y lugar en que se practicó. En caso que este se negare a firmar, se dejará constancia de esto.

La legislación permite que la notificación sea realizada de forma presencial en el DEM y no solo mediante correo certificado. El uso de la presunción significa un agravio para los solicitantes que no son notificados en sus domicilios y se enteran del rechazo cuando los plazos para recurrir ya han vencido.

Además de la problemática de la falta de notificación, el plazo comprendido por la ley es solo de cinco días hábiles para recurrir desde entendida notificada la resolución. Ello no considera lo propuesto por ACNUR: “si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, debe concedérsele un plazo razonable para apelar ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, administrativa o judicial, con arreglo al sistema prevaleciente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada”.⁶¹

La falta de notificación también conlleva inconvenientes respecto a los beneficios que puede recibir el solicitante. Algunas personas pueden creer que aún gozan de ayuda económica, pero en la mayoría de los casos los organismos pertinentes son puestos en conocimiento del rechazo, por lo que no asignan prestaciones a esas personas.

⁶⁰ Caso visto por la Clínica Jurídica. El denunciante solicitó reserva de su identidad.

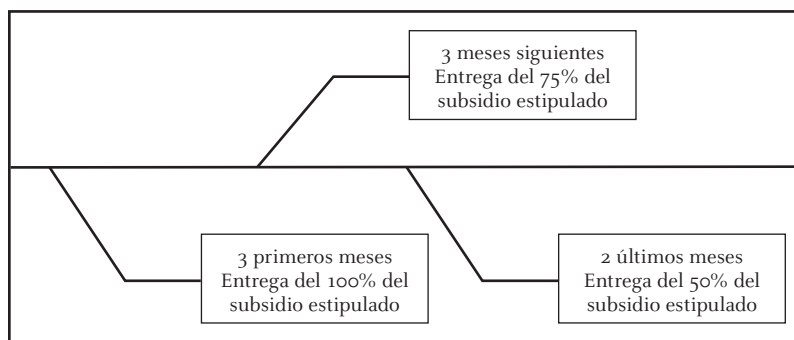
⁶¹ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, op. cit.

6.3. Acceso a DESC, la ayuda social y económica a los solicitantes de asilo y refugiados

Chile es el único país de la región que entrega una ayuda económica no solo a las personas refugiadas, sino también a los solicitantes de asilo. Esto se realiza mediante un programa regulado por el Instructivo del Programa de Refugio, radicado en el Departamento de Acción Social (en adelante, DAS) del Ministerio del Interior.⁶² Este programa, negociado cada año, quedó a cargo de la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (en adelante, FASIC) desde enero de 2014.⁶³

El Programa de Refugio está dividido en tres subprogramas: 1) el Programa de asistencia humanitaria básica, 2) el Programa de integración de refugiados y 3) el Programa de casos vulnerables.

Tabla 7: **Ayuda económica a solicitantes**



Fuente: *Elaboración propia con datos proporcionados por FASIC, junio de 2014.*

(1) El primer período de tres meses es automático. Los dos siguientes están sometidos a evaluación de la situación del solicitante de asilo por parte de FASIC (inserción en el sistema laboral, de salud, vivienda, etc.), en base a la cual el DAS resuelve la posibilidad de extender la ayuda. La mayoría de los solicitantes solo se beneficia de la ayuda durante el primer tramo de tres meses.

(2) El segundo subprograma se dirige únicamente a las personas refugiadas ya reconocidas. Existe un subsidio de cesantía solo para los que tenían dependencia laboral (no indepen-

⁶² Inicialmente, este programa fue radicado en el DEM, para luego ser traspasado al DAS.

⁶³ Hasta el año pasado, dos organizaciones estaban a cargo de entregar la ayuda económica proporcionada por el Estado a los solicitantes de asilo y refugiados: el Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI) y la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC).

dientes), salvo que la persona por alguna razón haya dejado de realizar su actividad económica (por ejemplo, por haber sido hospitalizado). El subsidio de cesantía es por tres meses (\$100.000). También existe un apoyo para micro emprendimiento (capital semilla) o para fortalecimiento de una actividad ya iniciada.

(3) El tercer y último programa se dirige a los casos más vulnerables entre los solicitantes de asilo y refugiados ya reconocidos, y no concierne más de 10 casos al año. La vulnerabilidad de las personas es evaluada por FASIC, y el DAS toma la decisión final.

Hasta 2012, existían varios programas de asistencia a solicitantes de asilo y refugiados, articulados por la Vicaría de la Solidaridad, que no pudieron ser mantenidos por razones financieras. Es el caso, por ejemplo, del Programa de mujeres en riesgo, el Programa de becas educacionales y el complemento al subsidio habitacional.⁶⁴ La desaparición de estos programas tuvo un impacto nefasto en la ayuda social concreta a los solicitantes y refugiados.

Es imprescindible informar que el traspaso de fondos del Estado a las organizaciones a cargo de la ayuda social y económica se realizó con mucho retraso en los dos últimos años. En 2013, tuvo lugar en abril. En 2014, en la primera quincena de julio, por lo que, durante los primeros seis meses, los solicitantes de asilo y refugiados no recibieron ninguna ayuda económica.

Adicionalmente, los cambios prestatarios del Programa de Refugio, asociados a la salida de INCAMI a fines de 2013, conllevaron una adecuación en la entrega de la ayuda social y económica. Esta transición tuvo implicancias negativas para los solicitantes de asilo y refugiados, dado que se produjo una desorganización que afectó a muchos de ellos, ya radicados en INCAMI o derivados a esta institución, demorándose la tramitación y entrega de la ayuda social.

Aunque FASIC entrega servicios económicos y no tangibles (de orientación y vinculación a redes laborales, educacionales y de salud), estos no pueden compensar la grave falta de consistencia y continuidad en el Programa de Refugio, verificada en un traspaso de fondos extremadamente tardío, que impide la entrega plena de la ayuda social prevista por ley.

64 Cabe destacar que una persona refugiada está considerada como cualquier extranjero para postular al subsidio habitacional, es decir, está sometida al plazo de cinco años de residencia definitiva.

CONCLUSIONES

La realidad migratoria en Chile se encuentra en un punto de no retorno. El auge económico que vive el país y sus altos estándares en materia de seguridad lo posicionan como un foco atractivo para llevar a cabo un proyecto migratorio. El tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado nos lleva a concluir que Chile necesita un cambio legislativo en esta materia para responder al fenómeno migratorio actual, tarea que ha sido asumida por el actual gobierno. Chile carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche.

El plan para legislar sobre la materia del gobierno anterior, aunque encomiable como iniciativa, no consideraba el contexto actual y mantenía la lógica del DL 1.094, ignorando el razonamiento de la Corte Suprema en materia de hijos de extranjeros transeúntes. Las declaraciones de representantes del Ministerio del Interior manifiestan la intención del nuevo gobierno de legislar sobre la materia y de modificar sustancialmente el proyecto presentado por el ex presidente Piñera. En el futuro se podrá evaluar qué tan efectiva sea la reforma y si va a considerar las recomendaciones realizadas por el Consejo de Derechos Humanos en el último Examen Periódico Universal y los órganos de tratados.

Las situaciones de discriminación en materia de ingreso, los casos de niños inscritos como hijos de extranjeros transeúntes y los casos de órdenes de expulsión no revocadas, han sido debidamente denunciadas ante la administración, sin que esto produzca un cambio en su lógica. La sede judicial se ha transformado en estos últimos años en una vía alternativa para el reconocimiento de derechos fundamentales en tales situaciones. La acción de amparo y la acción de reclamación de nacionalidad han funcionado como mecanismos eficaces para velar por el derecho de la libertad de movimiento y el derecho a la nacionalidad, ante la acción u omisión arbitraria de los órganos de la administración.

En materia de reconocimiento de nacionalidad se han visto cambios en los últimos meses. Da la impresión que los criterios elaborados por la Corte Suprema han comenzado a permear a los órganos de la administración, cuyos representantes han manifestado la intención de terminar con esas prácticas arbitrarias. Si bien resulta importante destacar este nuevo enfoque, es también urgente legislar sobre la materia, lo que significa un importante desafío para el Congreso y el gobierno de la presidenta Bachelet.

En materia de refugiados y de derechos humanos de las personas extranjeras en general, la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance. La ley acoge lo estipulado en la Convención sobre

el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, y en la Declaración de Cartagena de 1984, ampliando la definición de refugio. Si bien la Ley de Refugio cumple con los estándares internacionales, estableciendo principios, una definición ampliada y un proceso administrativo claro, su aplicación, al menos hasta 2013, no fue congruente con los estándares de derechos humanos, por lo que Chile aún vulnera los instrumentos internacionales ratificados.

Durante el procedimiento surgen constantes impedimentos para que los solicitantes de asilo gocen de un trato acorde al derecho internacional, tales como el rechazo en frontera, la entrevista de preadmisibilidad, la falta de intérpretes, la presunción para las notificaciones, el plazo breve para recurrir a la resolución administrativa de rechazo y la falta de motivación de las mismas resoluciones. Ello significa que una legislación que otorga claros derechos y obligaciones a los solicitantes termina en su aplicación afectando los derechos de personas ya vulnerables, lo que en algunos casos implica una doble victimización.

RECOMENDACIONES

1. Se insta al Estado de Chile a que implemente un nuevo marco regulatorio en materia de migración. En la discusión y aprobación de la ley el Estado debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados. Se recomienda al Estado que la nueva legislación también sea efectiva para proteger a la población en situación irregular, con atención a sus derechos básicos y con especial énfasis en derechos como salud, vivienda, educación y libertad de movimiento.
2. Mientras el cambio legislativo se materializa, la administración del Estado, por medio del DEM, debe flexibilizar los criterios para el otorgamiento o rechazo de permisos de residencia de las personas migrantes, respetando en todo momento los acuerdos interministeriales para casos especiales y materializando un cambio de paradigma en relación a la migración, considerándola como el resultado de factores económicos, familiares y demográficos, entre otros, y no como un fenómeno peligroso para la seguridad del Estado.
3. Respecto a los casos de hijos de extranjeros transeúntes y apatridia, se recomienda al Estado de Chile ratificar la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los casos de Apatridia.
4. No obstante el cambio en la práctica administrativa de los últimos meses, resulta fundamental que se legisle en relación al concepto de hijos de extranjeros transeúntes que establece la Constitución. Se debe reconocer el derecho a la nacionalidad a

- las personas que nacen dentro del territorio nacional, para así permitir su inclusión en el sistema público de servicios básicos.
5. El Estado de Chile debe ampliar el acuerdo sobre residencia de los Estados partes del Mercosur al resto de las nacionalidades, particularmente a los ciudadanos que mayor número concentran en el país, a saber, Perú y Colombia, para que puedan optar a un permiso de residencia temporario.
 6. El Estado debe corregir las prácticas arbitrarias en frontera por parte de la PDI. En particular, debe mejorar el monitoreo de los funcionarios para evitar discriminaciones. Se deben establecer protocolos para enfrentar las distintas situaciones, como el ingreso de turistas o solicitantes de refugio. Además, se debe elaborar material informativo sobre derechos y deberes de los migrantes, que incluya información sobre requisitos de ingreso, para ser entregado en frontera por los funcionarios policiales.
 7. El Consejo de Política Migratoria, próximo a sesionar, debe incluir –además de ministros de Estado– la participación de la sociedad civil y las organizaciones de migrantes, de manera de constituirse en una oportunidad efectiva de participación de las decisiones que afecten la migración.
 8. Resulta necesario que Chile respete el derecho de asilo, contemplado en la misma ley, y abandone prácticas basadas en criterios arbitrarios y, en algunos casos, ilegales. Para esto es necesario que, tanto funcionarios de pasos fronterizos como de gobernaciones y del DEM, sean capacitados permanentemente sobre la temática de refugio, considerando la rotación de estos funcionarios, sobre todo de la PDI.
 9. La Ley de Refugio permite distintos tipos de notificación. En la actualidad se emplea una que en ciertos casos perjudica a los solicitantes. Se requiere usar la notificación en las dependencias de extranjería y gobernaciones. La práctica de la presunción de la notificación ha significado que solicitantes han quedado sin la oportunidad de recurrir a resoluciones de rechazo, lo que en muchos casos ha puesto en peligro su seguridad e integridad física y psíquica.
 10. La Ley de Refugio establece, entre las funciones de la Comisión de reconocimiento, el planificar, promover y coordinar políticas en materia de protección de solicitantes de la condición de refugiado y de refugiados, relacionándose directamente, para tales efectos, con cualquier institución pública o privada, nacional, internacional o extranjera, que fuese pertinente. Esta función admite mejoras: se debe ampliar la participación a otros organismos, tanto estatales como no gubernamentales, que trabajen en el tema de refugio.

11. El uso de agencias implementadoras (FASIC, INCAMI y Vicaría de la Solidaridad) ha sido hasta el momento el vehículo utilizado por el Estado para prestar servicios a los solicitantes de asilo y refugiados. Es necesario se mejore la entrega de recursos a estas instituciones o que sea un órgano estatal existente o por crearse el que realice estas funciones, que tienen relación directa con la integración y bienestar de los beneficiados.
12. El Estado debe considerar los aspectos positivos y negativos de la Ley de Refugio. Debe considerarse la mejora en las resoluciones en lo referente a las motivaciones de rechazo y el uso de intérpretes. También es necesario aumentar la planta de funcionarios de la sección de refugio (secretaría técnica), que a la fecha cuenta solamente con 11 funcionarios, lo cual conlleva prolongar plazos de estudio de solicitudes y al incumplimiento de los plazos establecidos en la ley, por ejemplo, en la resolución de los recursos presentados ante los rechazos.

**DERECHO A LA
SALUD MENTAL
EN CHILE:
LA INFANCIA
OLVIDADA¹**

Es doloroso no obtener respuestas cuando tu hijo adolescente quiere quitarse la vida. No sabes qué hacer, dónde ir. La frialdad del sistema decepciona, porque sin recursos es como si la vida de tu hijo valiera menos...²

La salud pública ha logrado algunos éxitos notables en las últimas décadas, sobre todo en lo relativo a reducir la frecuencia de muchas enfermedades de la infancia. Sin embargo, salvar a nuestros niños de estas enfermedades para que caigan víctimas de la violencia, o para perderlos más adelante a manos de sus parejas, por la ferocidad de las guerras y los conflictos, o por lesiones autoinfligidas o víctimas del suicidio... sería un fracaso de la salud pública.

DRA. GRO HARLEM BRUNDTLAND.³

¹ Por Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela. Las autoras manifestamos nuestro especial agradecimiento a Estela Ortiz, Soledad Larraín, Paula Bedregal y Jaime Fontbona, quienes con sus diversas contribuciones permitieron ampliar el horizonte de reflexión de este capítulo. Asimismo, este contó con la valiosa colaboración de Javiera Aravena y Soledad Castillo y con la participación de Nicolás Cachaña, Francisca Pino y Vicente Martínez.

² Extracto de entrevista a mujer de 34 años, usuaria del sistema público de salud.

³ Gro Harlem Brundtland, Ex Directora General de la Organización Mundial de la Salud, Extracto del prefacio sobre el Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud, 2002.

SÍNTESIS

En este capítulo se examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos de promoción y las posibilidades de acceso a la atención en esta materia. Los resultados son dramáticos. Se constata la presencia de importantes inequidades sociales que, mediante procesos de discriminación social, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando los derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. No hay salud sin salud mental y no hay ejercicio efectivo de otros derechos sin salud. Hace un cuarto de siglo Chile adquirió compromisos internacionales en la materia. Ante ello surge la pregunta: ¿está dispuesto el Estado a invertir en un grupo que sigue siendo invisible a los ojos del sistema político?

PALABRAS CLAVE: salud mental; derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, inequidad social en salud.

INTRODUCCIÓN

La atención en salud mental presenta importantes brechas que generan discriminación en grupos de población vulnerable. Muchos de ellos han sido identificados como excluidos o vulnerados en sus derechos fundamentales, entre los cuales cobra particular relevancia la salud mental en la infancia y adolescencia.⁴ A la falta de evidencia sobre la acción del Estado que permita evaluar el cumplimiento de los estándares de compromisos internacionales en atención en salud mental⁵ se suma la carencia en materia de investigación para conocer la situación actual del problema, siendo la investigación científica un insumo básico para el diseño y evaluación de cualquier política pública.⁶ En el último *Informe sobre la salud en el mundo* (2013),⁷ la OMS instó a generar mejor investigación para favorecer el cumplimiento de la cobertura sanitaria universal. Así, señaló que “las investigaciones pueden ayudar a trazar el rumbo hacia la mejora de los resultados sanitarios y la reducción de la pobreza, pero para tener éxito deben contar con el respaldo nacional e internacional”.⁸

A pesar del déficit en investigación, los datos disponibles permiten constatar la gravedad del problema de salud mental en la infancia y adolescencia, y, sobre todo, la medida en que al daño en la salud mental le antecede, de manera única o agregada, un conjunto de determinantes sociales, como el nivel de educación o el ingreso económico de los padres.⁹ ¹⁰ De este modo, personas que se ubican en los escalones bajos

4 *Informe 2013*, pp. 165-184.

5 *Íd.*

6 Elisa Ansoleaga, “Investigación y políticas públicas, una necesidad urgente para Chile: El Fondo para el estudio de las políticas públicas como instrumento de gestión de proyectos”, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, 2005.

7 OMS, *Informe sobre la salud en el mundo. Investigaciones para una cobertura sanitaria universal*, 2013.

8 *Íd.*

9 Tom Fryers, David Melzer y Rachel Jenkins, “Social Inequalities and the Common Mental Disorders: A Systematic Review of the Evidence”, *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 38 (5), 2003.

10 Ricardo Araya, Glyn Lewis, Graciela Rojas y otro, “Education and Income: Which is More

de la gradiente social tienen problemas de salud mental más graves que quienes se ubican en las posiciones superiores y a su vez tienen un peor acceso a la atención. Por ello, si interesa combatir la desigualdad social y avanzar en materia de equidad,¹¹ hacerse cargo de la provisión de atención en salud y de la promoción de la salud mental infantojuvenil es una tarea urgente. Este capítulo aborda los problemas de las prestaciones en salud mental en la infancia, concibiendo a esta como un grupo vulnerable en Chile, desde un análisis de las actuales políticas públicas, normativa vigente y lo que efectivamente el Estado entrega a los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en esta materia.

Tradicionalmente no se ha concebido a los niños y niñas desde una perspectiva de derechos. Por lo mismo, las regulaciones nacionales e internacionales y las políticas públicas que involucran a la infancia han ignorado la necesidad de visibilizarlos e incorporarlos atendiendo sus características especiales. Luego de la Convención Internacional de Derechos del Niño, Niña y Adolescentes (en adelante, CIDN), a nivel de discurso se les concibe como sujetos de derecho; sin embargo, pese a ser un tratado que generó alta adhesión a nivel mundial, la tarea en los distintos países de adecuar su normativa y, sobre todo, sus políticas públicas a los principios instalados por la Convención ha sido lenta e inexistente en algunas materias.

La condición de vulnerabilidad implica que un sector de la población queda fuera del ejercicio de la ciudadanía. Niños y niñas son sujetos que no pueden ejercer por sí mismos sus derechos, y que además dependen de otros para poder subsistir en todas las esferas, por lo que es necesario que el Estado asegure la cobertura de cada una de sus necesidades. Como señala Freeman (2006), “los niños son particularmente vulnerables y necesitan derechos para proteger su integridad y dignidad”.¹² La infancia requiere la cobertura de necesidades específicas, dadas por un conjunto de aspectos fisiológicos y del entorno familiar, psicológico, social y cultural.

El paradigma de la protección integral, que considera las necesidades y el ejercicio de derechos en términos globales, es esencial en la protección de este grupo, constituido por personas en estado de desarrollo. Los Estados deben asegurar la efectividad de los derechos que la CIDN reconoce no solo absteniéndose de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino también realizando prestaciones positivas para que el ejercicio de estos sea efectivo, garantizando activamente el acceso a la educación, la salud y la protección social para todos los NNA en términos integrales.

Important for Mental Health?”, *Journal of Epidemiology & Community Health*, 57 (7), 2003.

¹¹ Michelle Bachelet, *Programa de Gobierno 2014-2018*, 2013.

¹² Michael Freeman, “Tomando más en serio los derechos de los niños”, *Revista de Derechos del Niño UDP-UNICEF*, octubre de 2006, p. 257.

Los problemas de salud mental implican una importante y creciente porción de la carga de enfermedad, cuestión relevante a la hora de fijar las prioridades en gastos. Como se analizará más adelante, el financiamiento es un factor relevante para garantizar el efectivo derecho a la salud mental. Asimismo, desde el punto de vista económico, la concentración de gastos en la infancia y adolescencia tiene un mejor retorno de la inversión en comparación con el gasto en adultos. Por lo tanto, invertir en salud mental de la infancia y adolescencia es una apuesta segura, ya que la intervención temprana es la clave para obtener mejores resultados en la adultez: la mitad de los trastornos mentales que sufre la población adulta provienen de la infancia, generando a lo largo de la vida graves afectaciones al desarrollo emocional, intelectual y social de quienes los padecen, dañando la autoestima, el desempeño y la adaptación al sistema escolar, junto con alterar profundamente la dinámica familiar.¹³ Un número importante de estudios ha demostrado que los programas eficaces de crianza y aquellos basados en las escuelas pueden resultar en ahorros significativos en el ciclo de toda la vida. Se ha estimado que los programas de crianza para los padres que tienen niños con trastornos de conducta cuestan alrededor de £1,200 por niño (libras esterlinas). La implementación de programas para estas familias ha mostrado ahorros de alrededor de £8,000 por cada niño durante un período de 25 años (14% de ahorro en el servicio nacional de salud, el 5% en el sistema educativo y el 17% en el sistema de justicia penal).¹⁴

¿Qué razones tiene el Estado para no priorizar en este asunto? Como se mencionó, este capítulo pretende abordar los deberes que el Estado Chileno ha contraído a través de la legislación nacional y la ratificación de tratados internacionales con NNA chilenos en materia de salud mental, examinando concretamente el deber de promoción, acceso y provisión a este grupo vulnerable y las consecuencias que ello representa para el uso y goce de estos sujetos en el derecho a la salud.

En Chile existe una realidad dramática en materia de salud mental de NNA. Uno de cada cinco NNA en Chile presenta algún problema de salud mental, acompañado de discapacidad, lo cual interfiere con su desarrollo en esta etapa de la vida y en las posteriores. En 2009, el suicidio se convirtió en la primera causa de muerte externa en jóvenes, superando la mortalidad por accidentes de tránsito. Se trata de la consecuencia más grave de no atender oportunamente la salud mental de jóvenes.

¹³ Ming Tsuang y Mauricio Tohen, *Textbook in Psychiatric Epidemiology*, Nueva York, Wiley-Liss, 2004.

¹⁴ HM Government, *No Health Without Mental Health. A Cross-Government Mental Health Outcomes Strategy for People of All Ages*, Londres, 2011.

Chile cuenta con escasa evidencia sobre salud mental de los NNA. No es posible acceder a información respecto de las acciones que el Estado ha emprendido para atender la salud mental de NNA, lo cual dificulta la evaluación respecto del cumplimiento de los compromisos que el Estado ha asumido en los ámbitos nacional e internacional.

Dada la complejidad que reviste el tema, la respuesta estatal debe ser intersectorial. Constatamos que esta coordinación está presente a nivel discursivo en los programas pero ausente en los hechos. A lo anterior se añaden problemas de inequidad social vinculados a la salud mental infanto-juvenil: desigualdades de infraestructura, territoriales y de disponibilidad de especialistas, entre otras. Asimismo, existen enormes brechas entre regiones y comunas, tanto en provisión de servicios (horas profesionales) como en infraestructura (camas psiquiátricas de corta, mediana y larga estadía). El gran Santiago urbano cuenta con el doble de recursos humanos de especialidad ambulatoria y de camas de corta estadía que el resto del país. Además, se observa como barrera para la atención de calidad en salud mental de NNA la escasa disponibilidad de especialistas. El porcentaje de profesionales de la red de salud pública que tienen formación en salud mental infantil es escaso e insuficiente. En el período 2004-2012 la capacitación en salud mental de médicos de la atención primaria de salud disminuyó, tanto en el porcentaje de médicos capacitados (de 23,1% a 18,6%) como el de centros con al menos un médico capacitado (de 65,1% a 57,4%).¹⁵ Por su parte, los beneficiarios de los seguros privados o Instituciones de Salud Previsional (en adelante, Isapres) tienen un acceso 8 veces superior al de los beneficiarios de FONASA.¹⁶ Hoy en Chile, a excepción del tratamiento para el consumo de alcohol y drogas y del primer episodio de esquizofrenia (que tiene una baja prevalencia), las patologías de salud mental incluidas en el paquete de GES excluyen al grupo etario menor de 15 años, por lo que este segmento de la población no cuenta con garantías reclamables ante el Estado.

Sostenemos que invertir en salud mental es una apuesta segura, pues la no provisión oportuna de servicios en esta área para la infancia reviste mayores costos para el Estado y peores consecuencias para los individuos y sus familias, con peores resultados, que las intervenciones tempranas. Sin embargo, se constata un descenso del porcentaje del presupuesto de salud que se asigna a salud mental. El 2,16% que se reportó en 2012 es inferior al 3,1% de 2008, que su vez es inferior a la meta que fijó el Plan nacional de salud mental y psi-

¹⁵ MINSAL, *Segundo informe Evaluación de Sistemas de Salud Mental en Chile (Informe sobre la base del Instrumento de evaluación del sistema de salud mental de OMS [OMS IESM/WHO AIMS])*, 2014.

¹⁶ *Id.*

quiatría para 2010 (5%). Asimismo, hoy resulta imposible conocer el monto del gasto del conjunto de las reparticiones del Estado en materia de salud mental infantojuvenil. Atendiendo que la oferta sectorial en esta área es diversa en las prestaciones ofrecidas, cabe preguntarse si la administración de recursos desde el Estado es eficiente, o si es posible imaginar una mejor manera de organización y optimización de ellos de modo de garantizar el real ejercicio de derecho a la salud mental en NNA.

1. ESTADO DE SITUACIÓN: LA SALUD MENTAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CHILE

El artículo 24 de la CIDN establece que la salud es un derecho. En tal sentido, constituye un desafío específico para las políticas públicas nacionales. A pesar de la escasa evidencia epidemiológica disponible, es posible apreciar la gran magnitud del problema. Los estudios de prevalencia de trastornos psiquiátricos en NNA en Latinoamérica, así como en otras regiones en desarrollo, son escasos en comparación con los de población general adulta y, por cierto, con estudios sobre otros problemas de salud. Estos estudios son importantes para entender la variación de los patrones de los distintos desórdenes, y sus determinantes, las necesidades de tratamiento y atención asociadas, con el objetivo final de desarrollar políticas públicas pertinentes y eficientes.¹⁷

En Chile, el primer estudio de prevalencia psiquiátrica, publicado en 2002, mostró que uno de cada tres chilenos había tenido algún desorden psiquiátrico a lo largo de su vida y uno de cada cinco, en los últimos seis meses. Se identificó a los más jóvenes (15 a 24 años) como uno de los grupos etarios de mayor riesgo.^{18 19 20}

En un estudio reciente sobre prevalencia psiquiátrica en NNA,²¹ cuatro de cada diez NNA en Chile (38%) presentaron algún problema psiquiátrico (33% hombres y 43% mujeres), siendo mayor la prevalencia en niños/as (4 a 11 años, 43%) que en adolescentes (12 a 18 años, 33%). Para casos en que el problema psiquiátrico implicó alguna discapacidad (que afectara el desempeño y realización de ac-

17 Benjamín Vicente, Pedro Rioseco, Sandra Saldívar y otros, "Estudio chileno de prevalencia de patología psiquiátrica (DSM-III-R/CID) (E CPP)", *Revista Médica de Chile*, 130 (5), 2002.

18 *Id.*

19 Vicente, Robert Kohn, Rioseco y otros, "Population Prevalence of Psychiatric Disorders in Chile: 6-Month and 1-Month Rates", *The British Journal of Psychiatry*, 184, 2004.

20 Vicente, Kohn, Rioseco y otros, "Lifetime and 12-month Prevalence of DSM-III-R Disorders in the Chile Psychiatric Prevalence Study", *Journal of the American Psychiatric Association*, 163 (8), 2006.

21 Vicente, Saldívar, de la Barra y otros, "Salud mental infanto-juvenil en Chile y brechas de atención sanitarias", *Revista Médica de Chile* 140 (4), 2012.

tividades cotidianas), la cifra alcanzó a un 22%.²² Es decir, uno de cada cinco NNA en Chile presenta algún problema de salud mental acompañado de discapacidad.

La evidencia sobre la salud mental de NNA es escasa en Chile. Además, los promedios tienden a ocultar o invisibilizar diferencias importantes. Por ejemplo, hay localidades que muestran peores indicadores que la media, siendo posible hipotetizar sobre el rol de los determinantes sociales de la salud mental. Las condiciones de vida y de vivienda, y la calidad del barrio, se han vinculado a problemas de salud mental. Un estudio realizado en la ciudad de Calama reportó que un 37% de los niños y niñas de entre 11 y 18 años presentaba depresión infantil y un 18% había cometido uno o más intentos de suicidio.²³

Otros estudios sobre NNA retratan algunas situaciones alarmantes respecto a la salud mental, dada su alta prevalencia e impacto sanitario, como desórdenes alimenticios,²⁴ consumo de alcohol y drogas,²⁵ y los trastornos del comportamiento en niños.²⁶ Ello también emerge como relevante del testeo de programas de intervención con niños, tanto en escuelas²⁷ como en las comunidades, mediante visitas domiciliarias a madres adolescentes.²⁸

Asimismo, se ha estudiado la salud mental de niños vinculada al grado de adhesión y participación en sus comunidades de pertenencia. Es el caso de un estudio realizado con niños aymaras²⁹ que migran desde sus comunidades a la ciudad, el cual mostró que aun cuando no se observan diferencias entre niños aymaras y no aymaras respecto a las puntuaciones en las escalas de salud mental, sí se encontró que niños con alto compromiso de participación en su comunidad presentaban mejores indicadores de salud mental en comparación con aquellos que tenían un bajo compromiso con sus comunidades. Ello alerta sobre el respeto y cuidado por la pertenencia a etnias desde la temprana infancia.

22 Vicente, Saldívia, de la Barra y otros, "Prevalence of Child and Adolescent Mental Disorders in Chile: A Community Epidemiological Study", *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 53 (10), 2012.

23 Carlos Haquin, Marcela Larraguibel y Jorge Cabezas, "Factores protectores y de riesgo en salud mental en niños y adolescentes de la ciudad de Calama", *Revista Chilena de Pediatría*, 75 (5), 2004.

24 Jaime Silva, Manuel Ortiz, Álvaro Quiñones y otros, "Affective Style and Eating Disorders: A Field Study", *Eating and Weight Disorders*, 16 (2), 2011.

25 Eugenia Vinet, Ximena Faúndez y Larraguibel, "Application of the Millon Adolescent Clinical Inventory (MACI) to Adolescent Drug Abusers", *Revista Médica Chilena*, 137 (4), 2009.

26 Vicente, Saldívia, de la Barra y otros, op. cit., 2012.

27 Araya, Alan Montgomery, Fritsch y otros, "School-Based Intervention to Improve the Mental Health of Low-Income, Secondary School Students in Santiago, Chile (YPSA): Study Protocol for a Randomized Controlled Trial", *Trials* 12 (49), 2011.

28 Marcela Aracena, Mariane Krause, Carola Pérez y otros, "A Cost-Effectiveness Evaluation of a Home Visit Program for Adolescent Mothers", *Journal of Health Psychology*, 14 (7), 2009.

29 Alejandra Caqueo-Urizar, Alfonso Urzúa y Koen De Munter, "Mental Health of Indigenous School Children in Northern Chile", *BMC Psychiatry*, 14 (11), 2014.

Otro campo de estudio en el cual se ha levantado evidencia se relaciona con los trastornos por déficit atencional y desórdenes con hiperactividad (en adelante, TDAH). Estos trastornos muestran una altísima prevalencia en Chile, como muestra un estudio realizado en población infantojuvenil entre los 4 y 18 años de edad en cuatro provincias, donde se encontró que un 14,6% de los NNA presenta algún tipo de trastorno disruptivo, siendo los TDAH los más comunes: el 10,3% de prevalencia es más alto que lo reportado en otros países.³⁰ Más allá de las bases neurobiológicas del fenómeno, algunos investigadores han estudiado la contribución de los fenómenos de vinculación temprana, conocidos como apego. Un estudio multicéntrico³¹ mostró que el aumento en el nivel de los síntomas de TDAH fue predicho por la duración de la privación de apego temprano, estimada a partir de la edad de adopción, después de controlar la influencia de variables del niño/a adoptado y del país del estudio. Una mayor edad de adopción predijo una mayor presentación de síntomas de TDAH en la adolescencia. De este modo, NNA institucionalizados sufren una merma en su salud mental futura.

Por otra parte, junto con evidenciar que los problemas de salud mental pueden ser evitados y/o prevenidos, diversos estudios constatan qué dimensiones socioeconómicas desfavorables actúan como predictores para peores condiciones de salud mental. La escasa educación y un nivel socioeconómico bajo fueron dimensiones relevantes en la prevalencia de problemas de salud mental.³² Otros estudios³³ han constatado que un bajo nivel educacional, junto a una disminución reciente en los ingresos familiares y una pobre calidad de vivienda, se correlacionaron con el incremento de la prevalencia de los desórdenes mentales más comunes.

El mejor estándar disponible en esta materia son los estudios longitudinales. En Chile, un estudio realizado con una cohorte de niños de primero básico seguidos hasta sexto básico mostró que la detección de problemas en el primer año predice resultados al sexto año. El estudio arrojó que uno de cada cuatro niños en 1º básico (25,8%) y uno de cada cinco niños en 6º básico (21,7%) tenía problemas de concentración, mientras que uno de cada tres niños tenía problemas de conducta en 1º y 6º básico (33% y 35,5% respectivamente). Destaca que casi la mitad de los niños que habían sido evaluados en su pri-

30 de la Barra, Vicente, Saldívia y otro, "Estudio de epidemiología psiquiátrica en niños y adolescentes en Chile. Estado actual", *Revista Médica Clínica Las Condes*, 23 (5), 2012.

31 Isabelle Roskam, Marie Stievenart, Réjean Tessier y otros, "Another Way of Thinking about ADHD: The Predictive Role of Early Attachment Deprivation in Adolescents' Level of Symptoms", *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 49 (1), 2014.

32 Vicente, Kohn, Rioseco y otros, "Population Prevalence of Psychiatric Disorders in Chile", op. cit.

33 Araya, Lewis, Rojas y otro, op.cit.

mer año de enseñanza básica (44%) presentaron los mismos problemas de conducta al sexto año³⁴ y que existirían altas tasas de prevalencia para el trastorno de déficit atencional: 14% al cursar 1º básico y 22% en 6º básico. Asimismo, se determinó que las evaluaciones de los docentes podían predecir en 1 de 3 estudiantes los casos de mala conducta que se mantenían en 6º básico,^{35 36} lo que sugiere la necesidad de generar programas preventivos en la escuela.

Es importante destacar que, en un análisis del cambio en la tasa de mortalidad por suicidio (1995-2009) de los países miembros de la OCDE (2011), Corea, seguido por Chile, ocupan los dos primeros lugares entre los países miembros que mostraron tasas crecientes. La tasa de suicidio juvenil se duplicó en Chile entre 2000 y 2010, pasando de 4 a 8 por 100 mil habitantes.³⁷ Por ello, parte del análisis de este capítulo revisará la manera cómo el Estado ha abordado esta dramática situación.

Hasta aquí hemos esbozado el grueso panorama en relación a la evidencia disponible sobre la salud mental de la infancia y adolescencia en Chile. Como hemos señalado, la disponibilidad de información es absolutamente insuficiente como insumo para el diseño de políticas públicas en la materia, lo que resulta preocupante. Es conocido el número de psicólogos y psiquiatras en la atención primaria a nivel nacional, pero no se sabe cuántos de ellos poseen especialización infanto-juvenil. Tal como se puede constatar en el gráfico 1, el porcentaje de profesionales de la red de salud pública que han tenido capacitación en salud mental infantil es escaso e insuficiente.

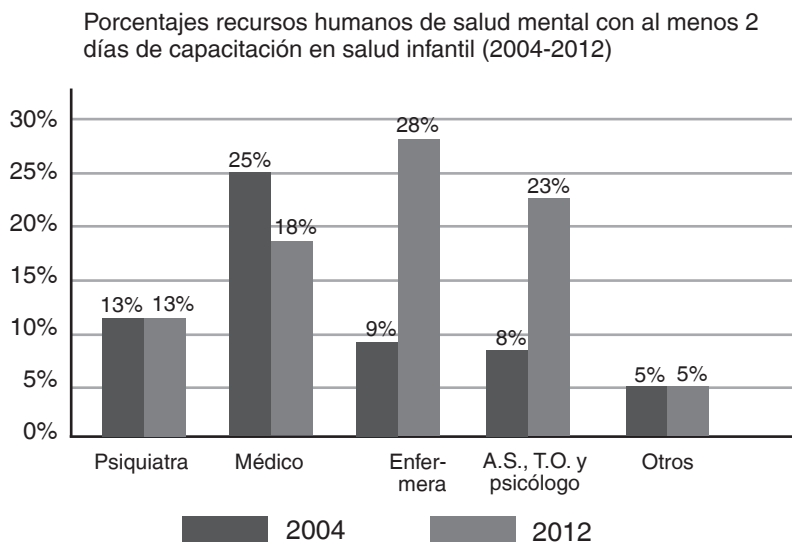
34 de la Barra, Virginia Toledo y Jorge Rodríguez, "Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago occidente: II: Factores de riesgo familiares y escolares", *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 40 (4), 2002.

35 *Id.*

36 de la Barra, Toledo y Rodríguez, "Prediction of Behavioral Problems in Chilean Schoolchildren", *Child Psychiatry & Human Development*, 35 (3), 2005.

37 *Informe 2013*, pp. 165-184.

Gráfico 1: Personal de salud pública con capacitación en salud mental infantil (al menos 2 días de capacitación) 2004 -2012



Fuente: MINSAL, Segundo informe Evaluación de Sistemas de Salud Mental en Chile (Informe sobre la base del Instrumento de evaluación del sistema de salud mental de OMS [OMS IESM/WHO AIMS]), 2014.

La carencia de respuestas públicas a las necesidades de atención en salud mental de NNA se vincula no solo a la disponibilidad de oferta, sino también a la calidad de ésta, en virtud de la formación de quienes entregan el servicio. Así, la rotulación y diagnóstico de patologías graves, tal como se describe en un caso clínico de un niño de 10 años que recibió el diagnóstico de trastorno generalizado del desarrollo (TGD),³⁸ puede tener graves consecuencias si el sistema implementado por el Estado, una vez que diagnostica oportunamente, no dispone de dispositivos para atender la complejidad de este tipo de casos. Es también responsabilidad de quien presta el servicio evitar la concomitancia de procesos de exclusión y discriminación en otros ámbitos de desarrollo, como, por ejemplo, la escuela.

Los datos presentados sugieren la urgencia en realizar estudios poblacionales específicos que permitan constatar la magnitud del problema de salud mental en la infancia y adolescencia en Chile y el peso relativo que estos problemas tienen en discapacidad y en años

³⁸ Paz Canales, Marcela Flores y Constanza Raurich, “El peso del diagnóstico: Una historia de infancia, soledad y diferencia en un contexto de pobreza”, *De Familias y Terapias*, 32, 2012.

perdidos por enfermedad. Para 2020, un 22% de la carga de enfermedad y 40% de los años vividos con discapacidad estarán asociados a las patologías psiquiátricas, en contraste con el 8% y 33% en 1990, respectivamente.³⁹ Asimismo, un reciente estudio estimó que el impacto mundial acumulado de los trastornos mentales en pérdidas económicas ascenderá a US\$ 16 billones en los próximos 20 años.⁴⁰

2. OFERTA PROGRAMÁTICA Y DE POLÍTICAS DE SALUD MENTAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CHILE

Si bien Chile no dispone de una ley de salud mental, como Argentina y Brasil,⁴¹ tal como recoge el Segundo Informe WHO AIMS (2014),⁴² nuestro país cuenta con un cuerpo legal que incluye disposiciones, procedimientos y reglamentaciones sobre salud mental.⁴³ Asimismo, aun cuando Chile no cuenta con un plan específico de salud mental infanto-juvenil, existe una oferta programática que aborda directa o indirectamente la salud mental para este grupo específico.

El Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría (2000) (en lo sucesivo, Plan o PNSMP) del Ministerio de Salud (en adelante, MINSAL), tiene como propósito “contribuir a que las personas, familias y comunidades alcancen y mantengan la mayor capacidad posible para interactuar entre sí y con el medio ambiente, de modo de promover el bienestar subjetivo, el desarrollo y uso óptimo de sus potencialidades psicológicas, cognitivas, afectivas y relacionales”.⁴⁴ El Plan define acciones intersectoriales de salud mental, cuyos ejes estratégicos

³⁹ Vicente, Kohn, Riaseco y otros, “Lifetime and 12-month Prevalence”, op. cit.

⁴⁰ David Bloom, Elizabeth Cafiero, Eva Jané-Llopis y otros, *The Global Economic Burden of Noncommunicable Diseases*, Ginebra, Foro Económico Mundial, 2011.

⁴¹ OMS, *Informe sobre los Sistemas de Salud Mental en América del Sur mediante el Instrumento de Evaluación de los Sistemas de Salud Mental (IESM - OMS). Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay*, 2011.

⁴² MINSAL, op. cit.

⁴³ Ley 20.584 que Regula los Derechos y Deberes que Tienen las Personas en Relación a las Acciones Vinculadas a su Atención de Salud, promulgada en 2012. Esta ley hace referencia a la hospitalización y a las prácticas de investigación en personas con discapacidad psíquica e intelectual, y determina la existencia y funcionamiento de una Comisión Nacional de Protección de los Derechos de las Personas con Enfermedades Mentales y de Comisiones Regionales de Protección, entre otros temas; Ley 20.609 que Establece Medidas Contra la Discriminación, de 2010; Ley 20.422 que Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, de 2010; Ley 20.332 sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alkoholes Etilicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, de 2009; Decreto 201 que Promulga la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, de 2008; Ley 20.000 que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 2005; Ley 19.966 que Establece un Régimen de Garantías en Salud, de 2004, que incluye actualmente 80 condiciones de salud, cuatro de ellas correspondientes a condiciones o patologías de salud mental (esquizofrenia, depresión, consumo perjudicial y dependencia a drogas y alcohol, y trastorno bipolar); Ley 20.379 que crea el Sistema Intersectorial de Protección Social e Institucionaliza el Subsistema de Protección Integral a la Infancia “Chile Crece Contigo” de 2009, el cual incluye aspectos de promoción y protección de la salud mental.

⁴⁴ MINSAL, *Plan Nacional de Salud Mental y Psiquiatría*, 2000, párr. 11.

se basan en la necesidad de desarrollar acciones para elevar el nivel de la salud mental, mediante la promoción, prevención, detección temprana y facilitación del acceso y continuidad del tratamiento y rehabilitación, y favoreciendo la reinserción social.⁴⁵

Dichas acciones intersectoriales de salud mental definen cuatro áreas de acción, dos de las cuales se refieren explícitamente a la población infantojuvenil: salud mental en la educación preescolar y escolar, etapa del ciclo vital caracterizada por ser “un período de tiempo privilegiado para promover, proteger, detectar problemas, y realizar acciones de recuperación y rehabilitación, en conjunto con los sistemas sanitarios”;⁴⁶ y salud mental de NNA y adultos en conflicto con la justicia, población que presenta una alta frecuencia de enfermedades mentales. Se reconoce la necesidad de “establecer sistemas de atención y rehabilitación en salud mental y psiquiatría para los menores en protección y conflicto con la justicia, con definición de competencias, financiamiento y formas de referencia entre ambos sectores [justicia y salud]”.⁴⁷

Dentro de los programas nacionales de salud dirigidos específicamente a la población infantil, destaca el Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral (2013)⁴⁸ del MINSAL, cuyo propósito es favorecer la salud y desarrollo integral mediante la ejecución de actividades de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación, que promuevan la máxima expresión del potencial biopsicosocial y mejor calidad de vida de niños y niñas menores de 10 años, enfatizando la necesidad, dentro de sus objetivos específicos, de “promover la salud y bienestar mental de niños, niñas y sus familias”.⁴⁹

Las acciones de este programa se enmarcan en el sistema intersectorial de protección social,⁵⁰ modelo de gestión en que las acciones y prestaciones sociales son ejecutadas y coordinadas por distintos organismos y programas del Estado, en este caso, *Chile Solidario* y *Chile Crece Contigo*. Este último subsistema de protección integral a la infancia tiene por objetivo custodiar el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema de salud pública, desde su primer control gestacional hasta el ingreso al sistema escolar. En su oferta programática considera las diversas dimensiones que afectan el desarrollo infantil, otorgando atención de salud mental a sus beneficiarios (niños, niñas y cuidador).

45 Íd.

46 Íbid., p. 6.

47 Íbid., pp. 12-13.

48 MINSAL, *Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral*, 2013.

49 Íbid., p. 77.

50 Sistema creado mediante la Ley 20.379, promulgada el 17 de agosto de 2009.

Las prestaciones universales del Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral incluyen el control de salud infantil⁵¹ y el control de salud escolar,⁵² en que se efectúa el primer screening de salud mental a los 7 años de edad.⁵³ El control de salud escolar implica un trabajo coordinado entre el MINSAL y la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (en adelante, JUNAEB), perteneciente al Ministerio de Educación. La JUNAEB implementa además el programa de *Habilidades para la vida*,⁵⁴ cuyo propósito es contribuir en el corto plazo al aumento del éxito en el desempeño escolar y al largo plazo a fomentar el bienestar psicosocial y las competencias personales, y disminuir actitudes y conductas negativas para la salud mental, tales como depresión, consumo de alcohol y drogas, y violencia.

Las prestaciones específicas del Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral⁵⁵ están dirigidas a la población infantil con mayor vulnerabilidad biopsicosocial. En el ámbito de salud mental, incorpora la atención especializada a niños, niñas o cuidadores, la cual incluye: psicodiagnóstico, psicoterapia individual y/o familiar, intervención psicosocial grupal y visita integral de salud mental. Respecto a los niños y niñas en situación de vulneración de derechos y/o vulnerabilidad social, se considera como prestación específica la posibilidad de realizar la detección de maltrato y/o abuso sexual, considerando cuatro tipos principales de maltrato: abusos físicos, sexuales, emocionales y psicológicos, y desatención o negligencia. La visita domiciliaria integral tiene como propósito principal promover condiciones ambientales y relacionales favorables para el desarrollo infantil integral, y es realizada por equipos de salud especializados.

El Programa Nacional Salud Integral Adolescentes y Jóvenes 2012-2020⁵⁶ del MINSAL, dirigido a adolescentes de entre 10 y 19 años, y jóvenes de entre 20 y 24 años, tiene como campo de acción principal el sistema primario de atención de salud. Este programa busca alcanzar la detección oportuna de problemas de salud mental, planteándose como metas para 2020: “disminuir en un 10% la prevalencia de discapacidad severa en trastornos de salud mental, disminuir en un 10% la prevalencia proyectada de consumo de riesgo de alcohol en población de 15 a 24 años, disminuir en un 5% la prevalencia de

51 Control conocido como control del niño sano, el cual corresponde a una prestación promocional y preventiva que se realiza en los centros de salud de atención primaria, con el objetivo es realizar un seguimiento al crecimiento, desarrollo y detección de riesgo de niños y niñas de 0 a 9 años.

52 Control cuyo propósito es mejorar el acceso a actividades promocionales, preventivas y de pesquisa de los factores de riesgos en salud más prevalentes en la población de 5 a 9 años en base a controles de salud realizados en los establecimientos educacionales.

53 MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit.

54 <http://www.junaeb.cl/>

55 MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit.

56 MINSAL, *Programa Nacional Salud Integral Adolescentes y Jóvenes 2012-2020*, 2012.

consumo de drogas ilícitas durante el último año en población de 12 a 64 años y disminuir en un 15% la tasa proyectada de mortalidad por suicidio en población de 10 a 19 años”.⁵⁷

Dentro de las atenciones de salud mental entregadas por el Programa Nacional Salud Integral Adolescentes y Jóvenes, hay dos niveles de acción. El primero corresponde a la consulta de salud mental, en el ámbito de la prevención, cuyo objetivo es “evaluar integral y oportunamente un problema de salud mental, e iniciar tratamiento específico de acuerdo a protocolos y guías clínicas vigentes”.⁵⁸ El segundo opera en el ámbito del tratamiento, recuperación y rehabilitación, con el fin de entregar atención clínica a aquellos adolescentes y jóvenes que presenten factores de riesgo y/o de los que se sospeche de algún problema o enfermedad mental y se necesite ratificar el diagnóstico.

Respecto a las Garantías Explícitas en salud (en adelante, GES),⁵⁹ de un total de 80 garantías, solo cuatro prestan atención en salud mental a adolescentes, no incluyendo a niños y niñas. Estas son: depresión en personas de 15 años y más, trastorno bipolar en personas de 15 años y más, esquizofrenia y consumo perjudicial o dependencia de riesgo bajo a moderado de alcohol y drogas en personas menores de 20 años.

También están involucrados en la temática de salud mental infanto-juvenil el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Ministerio de Justicia. El primero, mediante el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA), el cual realiza programas en población infanto-juvenil y desarrolla una serie de iniciativas, programas y acciones que abarcan desde la prevención universal e inespecífica hasta intervenciones complejas de tratamiento, rehabilitación e integración social de consumidores problemáticos.⁶⁰ Y el segundo, por medio del Servicio Nacional de Menores (SENAME), que cuenta con una serie de programas dirigidos a proporcionar atención y tratamiento en salud mental; las Bases Técnicas de Atención de Niños, Niñas y Adolescentes con Trastornos Mentales Usuarios del Servicio Nacional de Menores describen las funciones y objetivos de los dispositivos de salud mental y psiquiatría, tales como: equipo de salud mental y psiquiatría ambulatorio/ comunitario, hospital de día de adolescentes, residencias protegidas especializadas para adolescentes con trastornos conductuales severos, atención de urgencia (SAPU y SAMU), unidades clínicas de hospitalización cerrada y unidades de psiquiatría forense para adolescentes.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁹ <http://www.supersalud.gob.cl>

⁶⁰ Paola Langer, María Jesús Sánchez y Paula Margotta, “Pertinencias de prestaciones públicas de salud mental para niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial y en situación de calle”, *Centro UC Políticas Públicas*, 2014, p. 23.

3. CUMPLIMIENTO DE COMPROMISOS DEL ESTADO CHILENO EN MATERIA DE SALUD MENTAL INFANTOJUVENIL: NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Es importante señalar que no se dispone de información de acceso público para efectos de evaluar el cumplimiento de la normativa nacional y los convenios internacionales, por lo que se evaluarán estándares en función de los datos disponibles.

La Convención sobre los Derechos del Niño define al niño como “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”.⁶¹ Por consiguiente, este instrumento vela no sólo por la infancia sino también por la adolescencia, siendo los adolescentes titulares de los derechos consagrados en este, en sintonía con la evolución de sus facultades, tal como dispone el artículo 5.

El propio Comité de Derechos del Niño, Niña y Adolescente ha establecido por qué la infancia y la adolescencia son grupos vulnerables que requieren una atención especializada, destacando características como “los rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos”.⁶² Los problemas vinculados a la salud mental han aumentado considerablemente en las últimas décadas, lo que se presume está asociado a la urbanización, globalización, cambios en la estructura familiar, incremento en las exigencias vocacionales, desempleo y precarización del trabajo juvenil, y pobreza, entre otras causas.⁶³ Respecto a la pobreza, concretamente, pertenecer a un grupo económico aventajado es un factor protector en temas de salud mental, en particular para los trastornos ansiosos.⁶⁴

El Comité ha advertido la urgencia del tema de salud mental en la infancia y adolescencia. Manifiesta “el peligro del recurso excesivo a la medicalización y el internamiento e insta a los Estados a que adopten un enfoque basado en la salud pública y el apoyo psicosocial para hacer frente a la mala salud mental de los NNA, e invertir en enfoques de atención primaria que faciliten la detección y el tratamiento precoces de los problemas psicosociales, emocionales y mentales de los niños”.⁶⁵

⁶¹ *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 1, 1989.

⁶² ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la convención sobre los derechos del niño*, 2003, párr. 2.

⁶³ MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit.

⁶⁴ Vicente, Saldivia, de la Barra y otros, op. cit., 2012.

⁶⁵ ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*, art. 24, 2013.

Las obligaciones centrales, según lo establecido por el Comité de Derechos del Niño respecto al derecho a la salud, son:

a) Revisar el entorno jurídico y normativo nacional y subnacional; cuando proceda, enmendar las leyes y políticas.

En la actualidad Chile cuenta con un Plan de Salud Mental para 2001-2010⁶⁶ del MINSAL que marca las directrices en la materia. No existe una política de salud mental para la infancia y adolescencia, lo cual es un factor que contribuye a la situación crítica en la cual se encuentran los NNA. No se cuenta con orientaciones, metas o criterios de implementación de las políticas públicas dirigidas a este sector de la población, ni con información para evaluar su cumplimiento.

El MINSAL dispone de un Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral, en el cual el tema de salud mental es mencionado solamente en términos amplios, planteando como objetivo el *promover la salud y bienestar mental de niños, niñas y sus familias*. Se plantean estrategias genéricas pero que no cuentan con acciones específicas para su concreción, ni con un cronograma para el logro de las metas estipuladas.⁶⁷

b) Garantizar la cobertura universal de servicios de calidad de atención primaria de salud, en particular, en la esfera de la prevención, la promoción de la salud, los servicios de atención y tratamiento, y los medicamentos básicos.

Lejos estamos de contar con una cobertura universal de servicios de calidad en atención primaria en salud mental. Las inequidades geográficas de acceso a la atención señaladas en el *Informe 2013*,⁶⁸ se acrecientan en el caso de la infancia, a lo que se agrega la carencia de profesionales especialistas en regiones. El *Segundo Estudio WHO-AIMS*⁶⁹ de evaluación de la salud mental en Chile del MINSAL, mostró que el porcentaje de niños atendidos en la red pública de salud mental es menor al que debiese ser en virtud de la demografía, la participación en FONASA y los datos disponibles de epidemiología. A nivel nacional se observa que, del total de atenciones en salud mental, en promedio un 24%(mediana del mismo valor) son para NNA. Se observan diferencias importantes por servicios de salud. En algunas instancias, el porcentaje es menor. Específicamente, en el servicio de salud de Coquimbo, un 10% del total de prestaciones de salud mental; en el servicio Araucanía Sur, un 6,3%; Chiloé, un 9,4%; Concepción y O'Higgins un 11%. En cambio, los servicios de salud metropolitanos superaron,

66 MINSAL, *Plan Nacional*, op. cit.

67 MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit.

68 *Informe 2013*, pp. 187-221.

69 MINSAL, *Segundo Informe*, op. cit., p. 27.

en todos los casos y a pesar de las importantes diferencias entre ellos, el 26%, ubicándose sobre la media.⁷⁰

Es posible concluir que los sistemas de salud mental en nuestro país siguen presentando una serie de inequidades. Ello se expresa en situaciones tales como:

- para los beneficiarios de FONASA, la posibilidad de acceso y la calidad de las prestaciones en salud dependerá del servicio de salud al cual estén adscritos;
- existen diferencias en los indicadores de recursos para salud mental entre el gran Santiago urbano y el resto del país (la Región Metropolitana tiene el doble de recursos humanos de especialidad ambulatoria y el doble de camas de corta estadía);
- los NNA aún no acceden a los servicios de salud mental en la proporción correspondiente con la representación que tienen en la población beneficiaria de FONASA, ni acorde con la prevalencia de trastornos mentales encontrada en la población infanto-juvenil de Chile.⁷¹

Se debe poner énfasis en la tarea de desarrollar servicios especializados para la atención de la salud mental de niños y adolescentes de acuerdo con las características del sistema de salud del país y los recursos disponibles. Estos servicios deben estar distribuidos de manera equitativa territorialmente para poder asegurar un apropiado sistema de referencia y contrarreferencia desde los servicios especializados de salud mental.

Es también fundamental garantizar el acceso a tratamiento y la posibilidad de recibir atención oportuna, contrarrestando las actuales brechas en atención de salud mental de NNA. Un estudio en población preescolar y escolar mostró que un tercio de la población entre 30 y 48 meses presenta problemas de la salud mental,⁷² los que, de no ser abordados oportunamente, redundarán en trastornos familiares y escolares, adquiriendo mayor gravedad clínica.

Un tercio (33%) de los NNA entre 4 y 18 años—con problemas conductuales, emocionales, psiquiátricos o asociados al consumo de sustancias— que participaron en un estudio reciente,⁷³ declaró haber buscado ayuda, tanto formal como informal, durante el año previo. Mientras que un 67% de la población infanto-juvenil (entre los 4 y 18 años de edad) con problemas de salud mental no accede al uso de ningún servicio de salud, la brecha existente respecto al uso de

70 Íd.

71 Íd.

72 Pontificia Universidad Católica de Chile, *Seminario sobre Salud Mental e Infancia*, Doctora Paula Bedregal (Chile), 3 de Junio de 2014.

73 Vicente, Saldívia, de la Barra y otros, op. cit., 2012.

servicios ambulatorios de salud pública alcanza un 86% (ver tabla 1), lo cual no debe simplemente interpretarse como un síntoma de vulnerabilidad, sino como una vulneración de los derechos de una parte de la población.⁷⁴

A lo anterior se suma la brecha asistencial para la población de niños con diagnóstico psiquiátrico más discapacidad (39.2%, lo que equivale a 145.170 NNA), que no recibe asistencia. Considerando solo los servicios de salud ambulatorios, la brecha aumenta a un 62.2%, lo que equivale a 230.346 niños, siendo mayor para los trastornos ansiosos y afectivos. La esquizofrenia y los trastornos de la alimentación son atendidos más frecuentemente en el sistema, aun cuando su prevalencia es muy baja.⁷⁵

74 Pontificia Universidad Católica de Chile, op. cit.

75 Clínica las Condes, *Epidemiología de trastornos psiquiátricos en niños y adolescentes en Chile*, Doctora Flora de la Barra Mac Donald (Chile), s.f.

Tabla 1. Número de sujetos que usan y requieren servicios por problemas de salud mental

| Brechas en la atención | Diagnóstico (+) | | Uso de servicios (+) | | Brecha asistencial | | Uso de servicios ambulatorios (+) | | Brecha asistencial | |
|-----------------------------------|-----------------|-----------|----------------------|----------|--------------------|-----------|-----------------------------------|----------|--------------------|-----------|
| | % | personas | % | personas | % | personas | % | personas | % | personas |
| Dx DIS-IV Chile (N= 4.409.299) | | | | | | | | | | |
| Trastornos ansiosos | 18,5 | 815.720 | 33,9 | 276.529 | 66,1 | 539.191 | 13,1 | 106.859 | 86,9 | 708.861 |
| Trastornos afectivos | 6,1 | 268.967 | 36,1 | 97.097 | 63,9 | 171.870 | 10,7 | 28.779 | 89,3 | 240.188 |
| Esquizofrenia | 0,2 | 8.819 | | | 100,0 | 8.819 | | 0 | 100,0 | 8.819 |
| Trastornos conductuales | 21,8 | 961.227 | 37,3 | 358.538 | 62,7 | 602.689 | 18,1 | 173.982 | 81,9 | 787.245 |
| Abuso y dependencia de sustancias | 4,8 | 211.646 | 26,9 | 56.933 | 73,1 | 154.713 | 2,5 | 5.291 | 97,5 | 206.355 |
| Trastornos de alimentación | 0,3 | 13.228 | 10,9 | 1.442 | 89,1 | 11.786 | 10,9 | 1.442 | 89,1 | 11.786 |
| Cualquier diagnóstico DSM-IV | 38,3 | 1.688.762 | 33,3 | 562.358 | 66,7 | 1.126.404 | 14,5 | 244.870 | 85,5 | 1.443.891 |

Fuente: Benjamín Vicente, Sandra Saldívar, Flora de la Barra, Roberto Melipillán, Mario Valdivia y Robert Kohn, *op. cit.*

c) Elaborar, ejecutar, supervisar y evaluar políticas y planes de acción presupuestados que reflejen un enfoque basado en los derechos humanos para hacer efectivo el derecho del niño a la salud.

Chile no ha elaborado una política de salud mental infantojuvenil destinada únicamente a esa población en el Programa Nacional de Salud de la Infancia con Enfoque Integral (2013) o el Programa Nacional de Salud Integral de Adolescentes y Jóvenes (2012-2020), los cuales se sustentan bajo el enfoque de derechos. Este plantea entre los derechos fundamentales el derecho a la salud, el acceso a atención y al ejercicio de la autodeterminación de las personas. Ello implica asegurar la igualdad en el ejercicio de estos derechos de todos los NNA, con independencia de su estrato socioeconómico, edad, identidad de género, religión, pertenencia a pueblos originarios u orientación sexual, entre otros, por parte de los distintos niveles y agentes de salud.⁷⁶ El enfoque de derecho es la guía en el cual se enmarca el desarrollo de las políticas de salud para este grupo poblacional.⁷⁷

Michael Freeman⁷⁸ plantea que es fácil tomar las palabras por hechos y asumir que con la promulgación de disposiciones que otorgan derecho a NNA se provocarán cambios en sus condiciones de vida. Para que esto ocurra es fundamental su instrumentación en la práctica. Leyes mal o parcialmente implementadas o no implementadas pueden causar más daño que bienestar en los NNA. Existe una necesidad imperiosa de que Chile de instrumentación clara a todos los acuerdos, convenciones y tratados internacionales vinculados con la salud de NNA a los cuales ha suscrito. Es posible afirmar que el enfoque de derechos está incorporado a nivel discursivo en las políticas y programas, pero ausente en los hechos, acciones y realizaciones efectivas de dichos discursos.

Esta falta de incorporación práctica también está presente en la atención de salud mental de la infancia, lo que se refleja en el acceso ineficiente a la red pública. Existen falencias y fracturas en la oferta, el trabajo del Estado es solo de respuestas reactivas frente a determinados problemas, pero no desde una visión integral, transversal, conducente a que el sistema funcione eficazmente.

Como resultado de la insuficiente atención que los Estados partes han brindado al cumplimiento de los deberes en temas de promoción de salud y desarrollo de NNA, el Comité de los Derechos del Niño, mediante la Observación General 4,⁷⁹ estableció las obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, planteando que todo plan o estrategia a nivel nacional sobre salud mental debe considerar dichas obligaciones. Ello con el propósito de posibilitar un efec-

⁷⁶ MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit.

⁷⁷ MINSAL, *Programa Nacional*, 2012, op. cit.

⁷⁸ Freeman, op. cit.

⁷⁹ ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General 15*, op. cit., párr. 39.

tivo ejercicio de los derechos humanos, específicamente respecto al derecho a la salud.⁸⁰

Disponibilidad: hace referencia a la necesidad de que los servicios de atención de salud respondan a las necesidades reales de NNA en materia de salud mental.

Como se ha señalado, nuestro país no cuenta con un plan nacional de salud mental para NNA. Es urgente la elaboración de planes y políticas específicas, integradas y transparentes para el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mental de la infancia. “Tomar más en serio los derechos de los niños requiere que tomemos en serio la crianza y la autodeterminación, nos demanda que adoptemos políticas, prácticas, estructuras y leyes que protejan más a los niños [y] sus derechos”.⁸¹

Estas políticas y planes deben contemplar un trabajo intersectorial para facilitar la implementación de estrategias para aumentar la detección, el acceso y la promoción en la atención de salud y a otros servicios dedicados a la infancia y adolescencia. En la actualidad, la ausencia de políticas específicas y de un trabajo coordinado han incidido en la falta de protección integral de NNA. Esto ha acrecentado la invisibilización de los mismos en una materia que es clave para su desarrollo y que tiene impacto en el ejercicio de otros derechos, como la dignidad y la igualdad.

Los problemas de salud son claramente intersectoriales e involucran a los Ministerios de Salud, Educación, Justicia y Desarrollo Social. Sin embargo, en la actualidad no existe una coordinación entre estos ministerios que potencie el trabajo necesario para conducir recursos y programas a una esfera de mayor efectividad. Algunas ONGs han debido suplir este trabajo de coordinación, estando la efectividad de su trabajo entregada a la voluntad de personas específicas.⁸² En la actualidad hay programas funcionando con importantes recursos estatales que, si se coordinaran adecuadamente, podrían entregar una oferta consistente con la demanda de atención y con las necesidades particulares de la infancia y adolescencia en Chile.

Es preocupante la falta de coordinación entre el Ministerio de Educación y Ministerio de Salud en el área de salud mental, toda vez que los datos arrojan que uno de los lugares donde se detectan mayoritariamente los problemas de salud mental son los colegios. Programas como *Habilidades para la vida* requerirían una interrelación con el MINSAL. Por ejemplo, constatamos problemas en el seguimiento de los casos derivados desde ese programa: una vez ingresado el niño al

80 Informe 2013, pp. 187-221.

81 Freeman, op. cit., p. 274.

82 Entrevista con Fundación OPCIÓN.

consultorio, el profesional del programa pierde la posibilidad de acceder a la información.⁸³

Emerge como desafío el realizar planes y programas de salud mental basados en datos objetivos, que hoy no están disponibles de manera agregada, para lograr disminuir las brechas de necesidades insatisfechas respecto a la salud mental de NNA.⁸⁴ Solo de este modo se podrá dar respuesta efectiva a las necesidades de esta población. Uno de nuestros entrevistados señala: “La principal crítica al sistema de salud en materia de SM de niños y adolescentes es la ausencia de políticas públicas” (padre de un niño de 6 años con autismo y fundador de una ONG).

Accesibilidad: Es imperioso que las instalaciones, bienes y servicios de salud sean de fácil acceso (económico, físico y social) a todos los NNA, sin distinción alguna, dando énfasis especial a la confidencialidad cuando sea necesaria.

El acceso efectivo a la atención de salud mental de la población infantojuvenil de Chile es un problema vigente y real, a partir de la evidencia recolectada. Chile se encuentra en deuda. Según los datos de un estudio,⁸⁵ del total de NNA que posee algún problema de salud mental (según los criterios del DSM IV), solo el 33,3% había buscado ayuda formal o informal. Esta situación se torna aun más desalentadora al considerar la brecha entre quienes efectivamente reciben atención de salud y el total de NNA que la requieren en el sistema de salud formal (85%).

La experiencia de una usuaria del sistema de salud pública refleja las dificultades de acceso al sistema público de atención en salud mental:

Es el medio “hueveo”. En general, si vas te dan una hora como para un mes más. Para ciertos tipos de cosas te envían a distintos centros. En el consultorio hay solo una psicóloga, no hay psiquiatra. Si quieres ir al psiquiatra te mandan a otro lado (usuaria del sistema de salud público, Comuna de Providencia, 20 años).

Entre las razones que explican las limitaciones en la accesibilidad a salud mental para la población infantojuvenil, la OMS (2006)⁸⁶ señala deficiencias en el área de los servicios y programas de salud mental infantil, tales como la existencia de centros ambulatorios de salud men-

83 Entrevista al coordinador del Programa Habilidades para la Vida, Javier Sepúlveda.

84 De la Barra, “Epidemiología de trastornos psiquiátricos en niños y adolescentes: Estudios de prevalencia”, *Revista chilena de Neuro-Psiquiatría*, 47 (4), 2009.

85 Vicente, Saldivia, de la Barra y otros, op. cit., 2012.

86 OMS y MINSAL, *Informe WHO-AIMS sobre Sistema de Salud Mental en Chile, Santiago, Chile*, 2006.

tal que no prestan servicios a niños/as y adolescentes (un 30% de los centros de salud mental no entrega prestaciones a la población infantojuvenil), un mínimo número de centros ambulatorios dedicados a esta población (13%), reducido porcentaje de atenciones en centros ambulatorios para niños y adolescentes (solo un 28% del total de prestaciones), la insuficiente estructura hospitalaria a nivel nacional para NNA (dos hospitales de día para adolescentes y un servicio de corta estadía para NNA en todo el país). El MINSAL (2014)⁸⁷ presenta algunos indicadores sobre la atención de NNA en los centros de salud mental ambulatorios (centro comunitario salud mental, centro de referencia de salud, centro de diagnóstico y tratamiento y consultorio adosado a hospital) que ilustran las dificultades de acceso de esta población. Entre un 84,3% y un 100% de los centros ambulatorios del país atienden población infantojuvenil. Pero la atención en salud mental de NNA es menor a su representación en la población general: el 28,9% de los usuarios de los centros ambulatorios son menores de 20 años, mientras que el porcentaje de este grupo etario en la población general FONASA para 2012 fue de 56,1%. Entre 2004 y 2012 se produjo un aumento en el porcentaje de centros que atienden niños y adolescente de 69,5% a 96,3%; sin embargo, disminuyó el porcentaje de centros dedicados exclusivamente a la atención de esta población de 13,2% a 3,7%.

Del total de atenciones de salud mental realizadas en centros de tratamiento diurno en 2004, un 6,2% corresponde a población menor de 18 años, cifra que disminuye a 3,5% para 2012. La situación semejante para las atenciones realizadas en centros diurnos: en 2004 el 3,4% de las prestaciones realizadas fueron para población menor a 18 años, lo que disminuye al 1,9% para 2012.⁸⁸

Asimismo, se plantean como barreras para atención en salud mental de NNA la complejidad del sistema, lo confuso del diseño institucional actual y el desconocimiento de la población sobre las prestaciones disponibles. El usuario no tiene claridad sobre dónde dirigirse, los tiempos de espera para la derivación, cómo funciona la prestación o las coberturas del servicio.⁸⁹ Lo cual es reflejado por una usuaria del sistema de salud pública: “[respecto al acceso] es difícil en el sentido de que tienes que esperar un mes para llegar a ser atendida por la psicóloga del consultorio, para que ella te evalúe y después te derive a Provisam... No digo que es malo, pero es tedioso, porque tienes que esperar mucho” (usuaria del sistema de salud público, Comuna de Providencia, 20 años). A lo anterior se suma la estigmatización de los usuarios de servicio de salud mental.⁹⁰

87 MINSAL, *Segundo Informe*, op. cit.

88 *Íd.*

89 Pontificia Universidad Católica de Chile, op. cit.

90 *Íd.*

Las múltiples inequidades en el acceso a los servicios de salud en nuestro país también impactan la salud mental. Los beneficiarios de los seguros privados o Isapres tienen un acceso 8 veces superior al de los beneficiarios de FONASA.⁹¹ Para 2009, el 82,7% de la población menor de 18 años se encontraba cubierto por FONASA, el 12,4% por Isapres, un 2,6% por el sistema de las FF.AA. u otros, y un 2,35% por ninguno.⁹²

Otro factor que interviene en la accesibilidad de NNA a los servicios de salud es la distribución territorial de los mismos. Menos del 25% los centros de salud mental ambulatorios públicos reconocen un adecuado acceso para sus usuarios de zonas rurales durante 2012, lo cual se constituye en una potente señal de inequidad geográfica para la población general y particularmente para NNA.

También ha contribuido a la presencia de inequidades en la accesibilidad el descenso del porcentaje presupuestario de salud asignado a salud mental. El 2,16% que se reportó para este indicador en 2012 es inferior al 3,1% que se alcanzó en 2008, lo cual a su vez es inferior a la meta que fijó el Plan Nacional de salud mental y psiquiatría para 2010 (5%). En comparación con países de ingresos medios altos (grupo al que Chile pertenecía en 2012, según el Banco Mundial), Chile asignaba un porcentaje levemente inferior que el promedio de dicha categoría (2,16% contra 2,38%). Esta situación cambió drásticamente en 2013, cuando Chile pasó a formar parte de los países de ingresos altos, pues asigna menos de la mitad del porcentaje promedio de dicho rango (2,16% contra 5,10%).⁹³ De hecho, algunos países en esa categoría que han abordado adecuadamente los problemas de salud mental gastan en promedio un 10%.⁹⁴

Aceptabilidad: todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben comprometerse en el respeto de los valores culturales, diferencias de género y la ética médica, y ser aceptables tanto para los adolescentes como para las comunidades en que viven.

En los distintos planes y programas revisados existe poca información sobre la necesidad de que los establecimientos sanitarios respeten la cultura de los niños, niñas, adolescentes y sus familias, considerando a las minorías y comunidades. El Programa de salud de la Infancia plantea como necesidad desarrollar un enfoque intercultural, enfatizando la relevancia de identificar los aspectos culturales que actúan como protectores o generan riesgo para la salud de niños y niñas.

Este programa plantea como lineamientos generales a los equipos de salud infantil que interactúan con comunidades heterogéneas culturalmente (originarias, migrantes y territoriales) la necesidad de:

91 OMS, *Mental Health Atlas*, 2011.

92 MINSAL, Programa Nacional, 2013, op. cit.

93 MINSAL, *Segundo Informe*, op. cit.

94 *Informe 2013*, p. 194.

“1) Reconocer el medio territorial al que pertenece la familia y establecer actividades de fomento, protección y prevención acorde a sus necesidades; 2) Conocer los rasgos culturales en cuidados y crianza de la población infantil; 3) Mejorar el acceso a la atención en salud y trabajar con las personas que ellos validan en su comunidad indígena y cultural; 4) Reconocer y respetar las características del estilo de vida de las personas que viven en comunidades indígenas; 5) Utilizar mecanismos de ayuda efectiva y escucha activa para favorecer la adherencia a las políticas en infancia y la óptima salud de la población indígena”.⁹⁵ Sin embargo, no especifica acciones concretas para implementar de modo eficiente dicho enfoque intercultural. Así lo sugiere el Segundo Informe de evaluación de sistemas de salud mental en Chile realizado por el MINSAL (2014),⁹⁶ que plantea que un bajo porcentaje de centros ambulatorios de especialidad presentan un acceso adecuado para minorías lingüísticas, étnicas y religiosas. Específicamente, durante 2012, menos del 8% de los centros de salud mental ambulatorios públicos reconocían un acceso adecuado para usuarios de tales grupos.

Calidad: los servicios y bienes de salud deben ser científica y médicamente adecuados, lo que requiere personal capacitado, instalaciones adecuadas y métodos aceptados.

Se observa como barrera para la calidad de la atención en salud mental de NNA la escasa disponibilidad de especialistas. En este sentido, una de las usuarias del sistema de salud pública plantea: “Existe una desorganización en los horarios, considerando también que es alta la demanda y teniendo en cuenta que es un psicólogo el que atiende en el consultorio a todos los adolescentes y preadolescentes” (madre de adolescente de 15 años, que se trató por un problema de ansiedad).

Los profesionales de atención primaria tienen poco acceso a instancias de capacitación en la temática, y estas se orientan principalmente al uso de medicamentos, estando dirigidas a profesionales médicos. La situación es peor respecto el acceso a formación en salud mental infantojuvenil.⁹⁷ Para el período 2004-2012, bajó el porcentaje de capacitación en salud mental para médicos de la atención primaria de salud, tanto de médicos capacitados (de 23% a 18%) como de centros con al menos un médico capacitado (de 65% a 57%).⁹⁸

Entre 2004 y 2012, se constató un aumento, dentro del porcentaje de recursos humanos capacitados en salud mental infantil, de enfermeras y trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y psicólogos, llegando al 28% y 23%, respectivamente. Sin embargo, esta situación

⁹⁵ MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit., p. 89.

⁹⁶ MINSAL, *Segundo Informe*, op. cit.

⁹⁷ OMS y MINSAL, op. cit.

⁹⁸ MINSAL, *Segundo Informe*, op. cit.

no incluyó al resto de profesionales y técnicos, quienes mantuvieron sus porcentajes de capacitación (13% para médicos psiquiatras y un 5% para otros). El porcentaje de médicos capacitados disminuyó de un 25% a un 18% entre 2004 y 2012.⁹⁹

Lo anterior implica la imposibilidad de entregar una atención de calidad a NNA, situación que es reconocida por los propios usuarios, tal como señala el siguiente entrevistado: “Hay un trato poco adecuado del personal del sistema de salud público hacia los niños con algún trastorno mental, provocado por un alto grado de desconocimiento que se tiene sobre la condición de nuestros niños” (padre de un niño de 6 años con autismo y fundador de una ONG).

La calidad de la atención en salud y, particularmente, en salud mental depende del servicio de salud en el que están adscritos NNA, de la ciudad y comuna donde viven y del centro de atención primaria particular en el que están inscritos.¹⁰⁰ Ello está asociado a la capacidad de gestión, recursos económicos disponibles del municipio y la complejidad de la población usuaria.¹⁰¹ Ello es claro para los propios usuarios del sistema de salud, quienes identifican diferencias en la atención según la comuna de residencia, tal como plantea la siguiente usuaria:

En esa evaluación que te hace el psicólogo quizás cuántas veces pasó que no cacharon que esa persona tenía problemas y esa persona se suicidó. Quizás no tuvieron tanta suerte como yo. Eso es lo que tuve, suerte. Y eso que el sistema de Provi [Comuna de Providencia] es bueno, imagínate en otras comunas (usuaria del sistema de salud público, Comuna de Providencia, 20 años).

Respecto a las instalaciones adecuadas, el aspecto geográfico sigue siendo un ámbito de discriminación, afectando a la calidad de las prestaciones en salud mental. Existen 13,5 camas de corta estadía psiquiátrica por cada 100.000 beneficiarios FONASA en el gran Santiago urbano, mientras que para el resto de los beneficiarios de todo el país hay 6,5 (ver gráfico 2). En el caso particular de los adolescentes, la situación es aún más crítica, ya que, del total de servicios de salud (29), solo 8 presentan infraestructura de corta estadía para adolescentes, encontrándose 3 de ellos en la Región Metropolitana.¹⁰²

99 Íd.

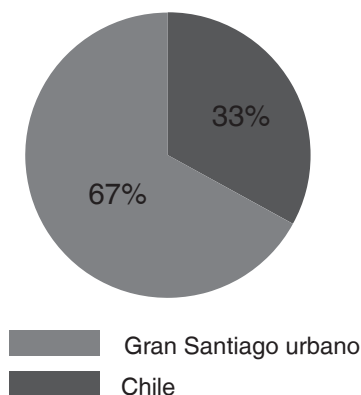
100 OMS, *Mental Health Atlas 2011*, op. cit.

101 *Informe 2013*, pp. 187-221.

102 MINSAL, *Segundo Informe*, op. cit.

Gráfico 2: Tasa de camas de corta estadía por cada 100.000 beneficiarios

Tasa camas corta estadía por cada 100.000 beneficiarios



Fuente: MINSAL, Segundo informe Evaluación de Sistemas de Salud Mental en Chile (Informe sobre la base del Instrumento de evaluación del sistema de salud mental de OMS [OMS IESM/WHO AIMS]), 2014.

Otro gran déficit dice relación con las camas de hospitalización psiquiátrica (de 781 en 2004 se transitó a 441 en 2012),¹⁰³ que implica que casos de gravedad y urgencia no pueden ser atendidos debidamente. En 2012 existía un déficit de 135 camas de corta estadía para adolescentes a nivel nacional. A lo anterior se suma la inexistencia de datos y catastros sobre cuántos NNA requieren internación y qué tipo (corta, mediana o larga estadía). Sin embargo, todos los entrevistados (médicos, ONG, MINSAL, etc.) coinciden en que lo existente es absolutamente insuficiente frente a la demanda actual.

Dentro de los factores que dificultan la provisión de servicios de salud mental de calidad, se encuentra el incumplimiento de la norma técnica que exige disponer de un centro de salud mental comunitario por cada 40.000 beneficiarios de FONASA. Ello puede explicar el aumento en el tiempo de espera para la primera consulta psiquiátrica en el nivel ambulatorio de salud mental de especialidad.¹⁰⁴ En este contexto, una de las entrevistadas relata su experiencia: “Una hora la primera vez esperé. Siempre es así en la salud en general, en salud pública siempre tienes que esperar mucho rato, aunque te estés mu-

¹⁰³ Íd.

¹⁰⁴ Íd.

riendo”(usuaria del sistema de salud público, Comuna de Providencia, 20 años).Este escenario hace difícil dar respuesta de calidad a las necesidades en atención de salud mental de los NNA de nuestro país.

Antes de concluir queremos analizar la situación actual del peor resultado en jóvenes que presentan problemas de salud mental: el suicidio.

4. SUICIDIO JUVENIL EN CHILE¹⁰⁵

Hace veinte años, Australia evidenció una fuerte alza de suicidios en jóvenes. En ese contexto histórico, un *Informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental*¹⁰⁶ denunció serias deficiencias respecto a los derechos humanos de afectados, sus familiares y su comunidad. El presente análisis de las condiciones existentes en Chile plantea un panorama muy similar.

Entre 1992 y 2009, las tasas chilenas de suicidio experimentaron un incremento sostenido, pasando de 5,8 a 13,3 muertes por cada 100.000 habitantes (129% de aumento).¹⁰⁷ En 2009, el suicidio se convirtió en la primera causa de muerte externa, superando la mortalidad por accidentes de tránsito, en la población infantojuvenil,¹⁰⁸ con las más alta presencia en regiones extremas y de menor densidad poblacional, como las XI, VI, X, XIV, XII y I.¹⁰⁹ Más allá de las pérdidas humanas, la OCDE ha reportado que esto le cuesta al Estado chileno anualmente US\$ 943 millones, debido a años de vida perdidos prematuramente (AVPM).¹¹⁰

Los incrementos en las tasas de suicidio más significativos se producen en los grupos de 15 a 19 y 20 a 24 años.¹¹¹ Así, entre 1990 y 2002, la tasa adolescente se triplicó de 3,56 a 11,1 muertes por 100.000 habitantes, convirtiéndose en la segunda mayor alza entre los países de la OCDE.¹¹² Destacan las tasas de jóvenes indígenas, 2 a 7 veces más altas que la de población no indígena.¹¹³ Estas tasas

105 Caso elaborado por Jaime Fontbona, candidato a doctor en Salud Pública, Universidad de Melbourne, Australia.

106 Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Human Rights & Mental Illness Report: Report of the National Inquiry into Human Rights of People with Mental Illness (Australia)*, 1994, vol. 2.

107 OCDE, *Stat Extracts - Free online version of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) database*, 2014.

108 Vicente, Saldívia y Kohn, “Epidemiology of Mental Disorders, Use of Service and Treatment Gap in Chile”, *International Journal of Mental Health*, 41 (1), 2012.

109 Servicio Médico Legal (SML), *El suicidio en Chile: Análisis del fenómeno desde los datos médico legales*. Unidad de Estadísticas, Erwin Nahuelpan y José Varas (Chile), 2010.

110 *El Mercurio*: “US\$ 12.600 millones pierde al año Chile por enfermedades, suicidios y accidentes de tránsito”, 29 de enero de 2012.

111 OCDE, *Health at a Glance 2011: OECD Indicators*, 2011.

112 OCDE, *CO4.1: Teenage Suicide (15-19 years old)*, 2012.

113 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Salud de la población joven indígena en América Latina: Un Panorama general (Chile)*. 2011.

fueron calificadas como vergonzosas para Chile en varias oportunidades por el Ministro de Salud de la época.^{114 115}

4.1. Análisis de la estrategia de prevención del suicidio en Chile

Para la década 2000-2010, el MINSAL fijó como objetivo de salud la reducción en un 10% de la tasa general de suicidio, constatándose un aumento del 60% en su evaluación final.¹¹⁶ Estos resultados parecen coherentes con una falta de prioridad en el abordaje del problema, que se ve reflejada en la casi ausencia de esfuerzos preventivos reportados para el suicidio,¹¹⁷ o su confusión con otros objetivos como la depresión¹¹⁸ y la esquizofrenia,¹¹⁹ o que las medidas adoptadas para enfrentar el suicidio hayan sido descritas en la sección sobre el embarazo adolescente.¹²⁰ Los objetivos de salud para la década 2011-2020¹²¹ son más claros sobre las estrategias preventivas: i) trabajo intersectorial, ii) detección de casos en riesgo, iii) mejoramiento de cobertura y calidad en atención y iv) programa de vigilancia. Pero, pese a incrementarse el objetivo de prevención de la década anterior de 10 a 15%, este se restringe injustificadamente al grupo de jóvenes de 10 y 19 años.

Ahora bien, el siguiente análisis sugiere que estas inconsistencias se deben a la implementación de abordajes predominantemente clínicos, más que preventivos, que fueron diseñados, evaluados y corregidos en forma insuficiente y tardía.

Por ejemplo, un *abordaje indirecto* del suicidio a través de medidas dirigidas a tratar la depresión parece coherente con una visión psiquiátrica convencional, que ha considerado al suicidio como un *criterio de severidad* de otras enfermedades psiquiátricas y no como una entidad independiente.¹²² Esta visión fue respaldada por estudios epidemiológicos retrospectivos, como las autopsias psicológicas, apuntando a las enfermedades mentales como factores de riesgo para el suicidio.¹²³

114 Diario Electrónico Universidad de Chile: "Según Informe de la OCDE: Mañalich: Chile se pone colorado porque la tasa de suicidios es una de las más altas del mundo", 28 de noviembre de 2011, www.radio.uchile.cl.

115 *La Tercera*: "Minsal: Chile registra la segunda mayor tasa de aumento del suicidio adolescente en el mundo", 10 de diciembre de 2012.

116 MINSAL, *Objetivos sanitarios de la década 2000-2010: Evaluación final del período: Grado de cumplimiento de objetivos de impacto (Chile)*, (s.f.).

117 *Íd.*

118 *Íd.*

119 *Ibid.* *Capítulo II: Enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento y de los cambios de la sociedad (Chile)*, 2008.

120 MINSAL, *Programa Nacional*, 2013, op. cit.

121 MINSAL, *Metas 2011-2020: Elige vivir sano: Estrategia Nacional de Salud para cumplimiento de los Objetivos Sanitarios de la década 2011-2020 (Chile)*, (s.f.).

122 María Oquendo, Enrique Baca-García, John Mann y otro, "Issues for DSM-V: Suicidal Behaviour as a Separate Diagnosis on a Separate Axis", *The American Journal of Psychiatry*, 165 (11), 2008.

123 Jonathan Cavanagh, Alan Carson, Joseph Sharpe y otro, "Psychological Autopsy Studies of Suicide: A Systematic Review", *Psychological Medicine*, 33, 2003.

El diseño de la estrategia preventiva 2000-2010 no consideró evidencia internacional de mayor jerarquía, como son estudios prospectivos en población general y adolescente. Estos estudios son costosos y de largo plazo, y no existen en Chile. Estos descartan relaciones causales entre las enfermedades mentales, como la depresión, y el suicidio.¹²⁴

Además, los abordajes preventivos indirectos del suicidio, basados solo en la atención de salud mental –como el Programa Nacional para la Depresión–, ya en la época de su implementación empezaban a ser desestimados por la literatura internacional.^{125 126 127} Un abordaje basado solo en factores de riesgo, pero sin medidas más específicas, están arriesgado como prevenir enfermedades cardiovasculares apuntando a la obesidad y otros factores, pero sin proveer atención de pabellones especializados. Estas limitaciones comienzan a evidenciarse con la evaluación parcial del Programa Nacional de Depresión, que señaló que el 92% de sus usuarios eran mujeres de edad mediana,¹²⁸ perfil muy distinto al grupo predominante de jóvenes varones en riesgo suicida.

En 2004, en entrevista a *El Mercurio*, el jefe de la Unidad de Salud Mental, el Dr. Alberto Minoletti,¹²⁹ declaró que la emergente alza de suicidios era esperable al considerar la experiencia de EE.UU., Canadá y Europa, y como posible fruto del desarrollo. En el contexto nacional, ahondó en el efecto de la mayor inestabilidad laboral y la pérdida de redes sociales que aumentarían la depresión, esquizofrenia y abuso de drogas y alcohol, y, subsecuentemente, los suicidios.

Probablemente, este análisis impulsó el lanzamiento, cuatro años más tarde, del Programa Integral de Salud Mental en Atención Primaria,¹³⁰ donde convergen la atención de los aludidos problemas y la violencia intrafamiliar, ampliando el abanico de factores de riesgo individual para el suicidio. Luego de 6 años, el Programa Integral no se ha implementado totalmente y no existe información respecto de porqué.

Es necesario destacar que solo a finales de 2013 se ha planificado la evaluación a nivel comunal de actividades para el fomento de las

124 Louise Pouliot y Diego De Leo, “Critical Issues in Psychological Autopsy Studies”, *Suicide and Life-Threatening Behavior*, 36 (5), 2006.

125 James Mercy y Mark Rosenberg, “Building a Foundation for Suicide Prevention: The Contributions of Jack C. Smith”, *American Journal of Preventive Medicine*, 19 (1), 2000.

126 Alexandra Fleischmann, José Bertolote, Myron Belfer y otro, “Completed Suicide and Psychiatric Diagnoses in Young People: A Critical Examination of the Evidence”, *American Journal of Orthopsychiatry*, 75 (4), 2005.

127 De Leo, “Suicide Prevention is Far More than a Psychiatric Business”. *WorldPsychiatry*, 3 (3), 2004.

128 Alberto Minoletti y Alessandra Zaccaria, “Plan nacional de salud mental de Chile: 10 años de experiencia”, *Revista Panamericana de la Salud*, 18 (4/5), 2005.

129 *El Mercurio*: “Alza en la tasa de suicidios inquieta a Salud”, 6 de junio de 2004.

130 Minoletti, Graciela Rojas y Marcela Horvitz-Lennon, “Salud mental en atención en Chile: Aprendizajes para Latinoamérica”, *Cadernos SaúdeColetiva*, 20 (4), 2012.

redes sociales en jóvenes.¹³¹ Pero aún no se han considerado medidas tendientes a mejorar las condiciones de inestabilidad laboral, pese a que serían sintónicas con el principio de intersectorialidad dispuesto ya en el Plan Nacional de Salud Mental en 2000.¹³²

Ahora bien, la restricción de las metas preventivas del suicidio sólo a la cohorte adolescente no parecen justificadas, dado que la tasa general de suicidios también aumentó. Es esperable que esto no esté motivado por la dificultad de dar con abordajes eficaces. Esto no solo sería políticamente imprudente respecto de un problema que sigue en alza, sino que iría en contra de principios éticos en salud pública, pues el Estado tiene la obligación moral de tomar las medidas necesarias, cuando posea las condiciones para hacerlo, y mientras no se sacrifique nada de igual importancia.¹³³

4.2 Avances en suicidología

En las últimas décadas, la suicidología ha logrado varios avances y diversos países desarrollados han reportado reducción de sus tasas generales.¹³⁴ ¹³⁵ También se han encontrado discrepancias significativas de factores de riesgo entre países industrializados y en vías de desarrollo,¹³⁶ ¹³⁷ como Chile.¹³⁸ Esto ha llevado a la OMS a postular la “cultura” como agente “facilitador, modulador y mediador del suicidio”,¹³⁹ que necesita ser más profundamente comprendido. Así, las prácticas efectivas en prevención del suicidio¹⁴⁰ requerirían tanto de evaluación periódica como de adecuación “cultural” a los contextos de aplicación.

También han surgido polémicas. Mientras que la American Psychological Association (APA)¹⁴¹ ha redefinido el suicidio como categoría diagnóstica independiente de otras enfermedades mentales, la OMS¹⁴² la ha retirado de entre las enfermedades psiquiátricas. Por otro lado, desde 2003 ha surgido preocupante evidencia del aumento de

131 MINSAL, *Situación actual del suicidio adolescente en Chile con perspectiva de género*, 2013.

132 MINSAL, *Plan Nacional*, op. cit.

133 Peter Singer, “The Drowning Child and the Expanding Circle”, *New Internationalist*, 289, 1997.

134 OCDE, *Health at a Glance 2011*, op. cit.

135 OCDE, *CO4.1: Teenage Suicide*, op. cit.

136 Lakshmi Vijakumar, Kanthi Nagaraj, Jane Pirkis y otro, “Suicide in Developing Countries (1): Frequency, Distribution, and Association with Socioeconomic Indicators”, *Crisis*, 26 (3), 2005.

137 Michael Phillips, Gonghuan Yang, Yanping Zhang y otros, “Risk Factors for Suicide in China: A National Case-control Psychological Autopsy Study”, *The Lancet*, 360 (9347), 2002.

138 SML, op. cit.

139 Heidi Hjelmeland, Keith Hawton, Hilmar Nordvikyotros, “Why People Engage in Parasuicide: A Cross-cultural Study of Intentions”, *Suicide & Life-Threatening Behavior*, 32 (4), 2002.

140 OMS, *Towards Evidence-based Suicide Prevention Programmes*, Ginebra, 2010.

141 *Huffington Post Healthy Living*: “DSM-5’s New Approach to Suicide Risk Behavior. The Blog of David J. Kupfer”, 8 de octubre de 2013, disponible en www.huffingtonpost.com.

142 De Leo, “DSM-V and the Future of Suicidology”, *Crisis*, 32 (5), 2011.

suicidabilidad posterior al uso de antidepresivos en jóvenes menores de 24 años,¹⁴³ lo que plantea importantes implicancias aún no evaluadas en los abordajes nacionales implementados.

Además, la prevención en Chile, como en el resto de Latinoamérica, se ve dificultada, por una baja percepción de urgencia del problema entre investigadores,¹⁴⁴ y un reducido número de ellos y de profesionales con capacitación en suicidología, ausencia de fondos específicos, muy pocas instituciones ciudadanas abocadas a la prevención y alto nivel de estigma, entre otros.

En conclusión, el suicidio posee características muy particulares y su prevención es compleja. Los abordajes intentados por el Estado chileno en las últimas décadas son, a lo menos, inconsistentes y carentes de la debida prioridad. Pese a ciertos avances, los insuficientes esfuerzos preventivos han descuidado los derechos de personas en riesgo, principalmente de grupos vulnerables, de acceder a mejores condiciones de bienestar y salud, permitiendo una enorme pérdida social y económica para el país.

Por esto, el Estado chileno tiene la obligación de asumir un rol de liderazgo para generar y sostener las condiciones necesarias para su prevención, congregando a distintos organismos públicos y privados, centros de investigación y organizaciones ciudadanas, en la medida de sus potencialidades.

¿Cómo afrontar entonces el problema del suicidio juvenil? Parecen no existir medidas únicas que aseguren la reducción de este. Así, la prevención debe tender a un sistema multinivel de medidas sostenidas en el tiempo,^{145 146 147} que debiera incluir, además de algunos elementos ya señalados: *creación de una oficina permanente ad-hoc*: que supervise progresos, recopile evidencia relevante, realice evaluaciones y considere reformulaciones, evitando tardanzas. Además, es preciso considerar un *Enfoque de ciudadanía-total (The whole-of-community approach)*: este abordaje congrega una serie de potenciales recursos dispersos en la comunidad¹⁴⁸ y reparte responsabilidades políticas, sin necesidad de reducir las metas sanitarias. Además de las iniciativas de

143 Marc Stone, Thomas Laughren, Lisa Jones y otros, "Risk of Suicidality in Clinical Trials of Antidepressants in Adults: Analysis of Proprietary Data Submitted to U.S. Food and Drug Administration", *British Medical Journal*, 339 (2), 2009.

144 Carla Gallo, Oye Gureje, Itzhak Levav y otros, "Mental Health Research Priorities in Low-and Middle-Income Countries of Africa, Asia, Latin America and the Caribbean", *British Journal of Psychiatry*, 195 (4), 2009.

145 OMS, *Public Health for the Prevention of Suicide: A Framework*, (Ginebra), 2012.

146 Clinical Care and Intervention Task Force y National Action Alliance for Suicide Prevention, *Suicide Care in Systems Frameworks*, 2012.

147 Francisco Bustamante y Ramón Florenzano, "Programas de prevención del suicidio adolescente en establecimientos escolares: Una revisión de la literatura", *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 51 (2), 2013.

148 De Leo, "DSM-V and the Future of Suicidology", op. cit.

intervención desplegadas en la actualidad, existen otras de *prevención* y *posvención* (destinada a trabajar con las personas o instituciones que estuvieron relacionadas con la persona que se quitó la vida), que pueden ser apoyadas por la ciudadanía. Dentro de ellas, están las impulsadas en comunidades escolares¹⁴⁹ y lugares de trabajo,¹⁵⁰ para concientizar a la población, dirigidas al cambio cultural y a entregar herramientas comunicacionales para el soporte emocional.¹⁵¹ ONGs como Todo Mejora¹⁵² demuestran el potencial de la ciudadanía en la reducción del estigma asociado al suicidio. En tercer lugar, las asociaciones de deudos y amigos de víctimas permiten reducir riesgo de futuros suicidios por imitación. *Inversión en capacitación, prevención e investigación en suicidio*: en países desarrollados, los planes preventivos son diseñados en conjunto por clínicos, servidores públicos, ONGs e investigadores en suicidología.^{153 154 155 156} El Estado chileno debe promover una capacidad instalada en suicidología,¹⁵⁷ hoy insuficiente.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

1. Escasa evidencia

Chile cuenta con escasa evidencia sobre salud mental de NNA. A ello se suma la falta de información respecto de las acciones que el Estado ha emprendido para atender la salud mental de NNA. Lo anterior: a) dificulta que el Estado efectúe un diagnóstico preciso para determinar los recursos necesarios para atender a dicha población y b) impide el uso eficiente de los recursos del Estado para ofrecer una respuesta adecuada y oportuna a las necesidades de salud mental infantil.

2. Dramáticos resultados

Uno de cada cinco NNA en Chile presenta algún problema de salud mental acompañado de discapacidad, lo cual interfiere con su desarrollo en la actual etapa de la vida y en las posteriores.

149 Bustamante y Florenzano, op. cit.

150 Christina Hoven, Danuta Wasserman, Camilla Wasserman y otro, "Awareness in Nine Countries: A Public Health Approach to Suicide Prevention", *Legal Medicine*, 11, 2009.

151 Fundación Todo Mejora para la prevención del suicidio en grupos de lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT).

152 Fondo Nacional de Investigación y Desarrollo en Salud (FONIS), *I Concurso Temático Nacional de Proyectos de Investigación y desarrollo en salud: Salud Mental (Chile)*, 2014.

153 Hjelmeland, Hawton Y Nordvikiyotros, op. cit.

154 OMS, *Towards Evidence-based Suicide Prevention Programmes*, op. cit.

155 OMS, *Public Health for the Prevention of Suicide*, op. cit.

156 Clinical Care and Intervention Task Force y National Action Alliance for Suicide Prevention, op. cit.

157 Centro de Investigación Periodística (CIPER), Marianella Abarzúa y Álvaro Jiménez, *Las reformas que urgen*, 10 de abril de 2014.

En 2009, el suicidio se convirtió en la primera causa de muerte externa en jóvenes, superando la mortalidad por accidentes de tránsito. Chile y Corea ocupan los dos primeros lugares entre los países miembros de la OCDE que mostraron tasas crecientes. En Chile, la tasa de suicidio juvenil se duplicó entre 2000 y 2010, pasando de 4 a 8 por 100 mil habitantes.¹⁵⁸ Este es el resultado más grave de no atender oportunamente la salud mental de jóvenes.

3. Ausencia de monitoreo y seguimiento para el necesario trabajo intersectorial

Pese a que el MINSAL¹⁵⁹ ha considerado un abordaje intersectorial desde 2000, este ha sido difícil de implementar.¹⁶⁰ Hoy, el Estado no cuenta con un sistema de seguimiento y evaluación, lo que interfiere con la capacidad de monitorear la efectividad de los programas y obtener un insumo crucial para coordinar la acción intersectorial requerida para proveer salud mental a los NNA. Dada la complejidad que reviste el tema de salud mental, la respuesta estatal debe ser intersectorial y no sectorial como lo es en la actualidad, en que la coordinación está presente a nivel discursivo en los programas pero ausente en los hechos.

4. Carencia de formación

Para el período 2004-2012 se constató una baja en la capacitación en salud mental para médicos de la atención primaria de salud, disminuyendo tanto el porcentaje de médicos capacitados (de 23,1% a 18,6%) como el de centros con al menos un médico capacitado (de 65,1% a 57,4%).

5. Inequidad social vinculada a la salud mental infanto juvenil

La salud mental en NNA puede ser entendida también como un resultado más de la inequidad social existente en nuestro país. Diversos estudios constatan que dimensiones socioeconómicas desfavorables actúan como predictores de peores condiciones de salud mental en NNA. Existe un escenario de procesos de discriminación que se van agregando. Ello puede apreciarse en las inequidades de infraestructura, territoriales y disponibilidad de especialistas, entre otras. Por ejemplo, durante 2012, menos del 8% de los centros de salud mental ambulatorios públicos reconocían un acceso adecuado para usuarios de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Asimismo, las brechas existentes entre regiones y comunas tanto para la provisión del servicio (horas profesionales) como en la disponibilidad de infraestructura (camas psiquiátricas de corta, mediana y larga estadía), muestran

158 Informe 2013, pp. 165-184.

159 Minoletti y Zaccaria, op. cit.

160 CIPER, op. cit.

enormes inequidades de acceso a la atención de la infancia y adolescencia en salud mental. El gran Santiago urbano tiene el doble de recursos humanos de especialidad ambulatoria y de camas de corta estadía que el resto del país. Se observa como barrera para la calidad de la atención en salud mental de NNA la escasa disponibilidad de especialistas. El porcentaje de profesionales de la red de salud pública que tienen formación en salud mental infantil es escaso e insuficiente. Específicamente, los profesionales de atención primaria tienen un bajo acceso a instancias de capacitación en la temática, y estas se orientan principalmente al uso de medicamentos y estándares dirigidos a profesionales médicos. También es bajo el acceso a formación en salud mental infantojuvenil. Los beneficiarios de los seguros privados o Isapres tienen un acceso 8 veces superior al de los beneficiarios de FONASA.

6. Garantías explícitas excluyen a menores de 15 años

A excepción del programa de tratamiento de problemas de alcohol y drogas, y del primer episodio de esquizofrenia, las patologías de salud mental incluidas en el paquete de GES excluyen a la población menor de 15 años, con lo cual este segmento de la población no cuenta con garantías reclamables ante el Estado.

7. Invertir en salud mental: Una apuesta segura

La no consideración de la provisión oportuna de servicios de salud mental para la infancia reviste mayores costos para el Estado y peores consecuencias para los individuos y sus familias, que la opción por intervenciones más tempranas. Sin embargo, se constata un descenso del porcentaje del presupuesto de salud que se asigna a salud mental. El 2,16% que se reportó para este indicador en 2012 es inferior al 3,1% que se alcanzó en 2008, que su vez es inferior a la meta que fijó el Plan Nacional de salud mental y psiquiatría para 2010 (5%). Chile se encuentra lejos del 10% que destinan los países desarrollados y se desconoce cuánto de ese 2,16% se destina a salud mental infantojuvenil. Asimismo, hoy resulta imposible conocer el nivel de gasto del conjunto de las reparticiones del Estado en materia de salud mental infantojuvenil. Siendo que la oferta sectorial en esta área es diversa en las prestaciones ofrecidas, algunos a nivel de promoción de la salud mientras otros de la provisión de servicios de atención en salud mental, cabe preguntarse si la administración de recursos del Estado es eficiente o si acaso es posible imaginar una mejor manera de organización y optimización de estos.

RECOMENDACIONES

1. El Estado debe incrementar el presupuesto destinado a salud mental a al menos un 5% del gasto total en salud, y evidenciar cuánto de aquello se destina a la población infantojuvenil.
2. Elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore un marco regulatorio en consonancia con la CIDN y las interpretaciones emanadas del Comité, y que establezca garantías relativas al resguardo del derecho a la salud y, concretamente, a la salud mental de NNA.
3. Generar una campaña comunicacional que disminuya las barreras de entrada al sistema de salud en materia de salud mental; en concreto, esta campaña debe disminuir el estigma asociado a la salud mental e informar a la población respecto de la oferta pública existente.
4. Fondos especiales para investigación e iniciativas de prevención: se requiere evidencia científica constante sobre las dimensiones culturales y locales del problema de salud mental infantojuvenil para la evaluación de medidas preventivas. Además, se deben fomentar iniciativas preventivas de ONGs en una agenda inclusiva de la ciudadanía. Para eso se requieren más fondos especiales, similares al propuesto por el vigente concurso FONIS. El desafío está en realizar planes y programas de salud mental basados en datos objetivos, para lograr disminuir las brechas de necesidades insatisfechas respecto a la salud mental de NNA.¹⁶¹
5. El Estado debe establecer un sistema de información en torno a la atención en salud mental de la infancia y adolescencia con el objeto de disponer de datos relevantes para la elaboración de políticas públicas adecuadas y oportunas en esta área. Para ello debe contar con mecanismos de seguimiento y evaluación de los diversos programas de salud mental dirigido a NNA.
6. El Estado debe desarrollar servicios especializados para la atención de la salud mental de niños y adolescentes de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio.
7. Elaborar una política nacional de salud mental infanto juvenil más allá de los programas existentes, que, junto con entregar directrices desde una perspectiva de derechos de NNA, establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos dichos derechos.

¹⁶¹ De la Barra, "Epidemiología de trastornos psiquiátricos en niños y adolescentes: Estudios de prevalencia", *Revista chilena de Neuro-Psiquiatría*, 47 (4), 2009.

8. *Enfoque de gobierno-total*: se requiere de un órgano que sea capaz de coordinar las diversas respuestas que el Estado –a través de múltiples programas– entrega a la población infanto-juvenil, articulando así a los respectivos Ministerios. Esto implicaría la gestión eficiente de recursos y la entrega de una respuesta integral a las necesidades de la población infantojuvenil.
9. El Estado debe establecer alianzas con el sistema universitario para que la formación de los profesionales del área se vincule a las necesidades de la oferta en salud mental infantojuvenil; asimismo, el Estado debe velar por la inclusión en la formación de la perspectiva de derechos de la infancia y adolescencia.
10. Los programas existentes no constituyen garantía reclamable, a excepción del programa GES de alcohol y drogas, y del primer episodio de esquizofrenia. El Estado debe establecer un conjunto de garantías explícitas reclamables en relación a la salud mental de NNA.
11. En relación al problema del suicidio juvenil, se requiere un sistema multinivel que debiera incluir la creación de una oficina permanente ad-hoc que supervise progresos, recopile evidencia relevante, realice evaluaciones y considere reformulaciones, evitando tardanzas. Este debe incluir un enfoque de ciudadanía-total; iniciativas de intervención, prevención y posvención; inversión en capacitación en prevención e investigación en suicidio. En síntesis, el Estado chileno debe promover una capacidad instalada en suicidología, hoy inexistente.

**DERECHOS HUMANOS
DE LA INFANCIA
Y ADOLESCENCIA:
POLÍTICA PÚBLICA
DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DE
NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES¹**

¹ Capítulo elaborado por las investigadoras Camila De la Maza Vent y María Paz Riveros Calderón, con la colaboración de Paulina Hernández, Macarena Hernández, Óscar Manríquez, Luis Peredo y Juan Ignacio Vásquez.

SÍNTESIS

En el presente capítulo se aborda la política pública infanto juvenil en Chile y, especialmente, el sistema de promoción y protección de derechos fundamentales. El análisis se articula en torno a la pregunta si el Estado es efectivo garante de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se da cuenta de aspectos que son de urgente intervención por parte del Estado, haciendo una especial mención a la situación de aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, quienes están en una situación de grave vulneración de derechos.

PALABRAS CLAVE: Niños, Niñas, Adolescentes, Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Herramientas legales internas

INTRODUCCIÓN

El *Informe*, desde 2008, ha monitoreado la situación de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en relación a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado en torno a sus derechos fundamentales.

Si bien, desde 2008, se han abordado cuestiones relativas a los derechos humanos de NNA desde distintas ópticas, el denominador común en cada uno de los *Informes* ha dicho relación con la extrema precariedad de la respuesta estatal en la promoción y protección de los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia.

En este capítulo nos enfocaremos en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema. Nos preguntaremos si se ha dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído con la ratificación de una serie de tratados que componen el derecho internacional de los derechos humanos y de los instrumentos emanados del sistema interamericano de protección.

En este capítulo analizaremos el sistema de protección de derechos, teniendo presente que en nuestro país la política pública se enfoca en los NNA principalmente desde una perspectiva protección al tutelar, es decir, se ocupa solo de aquellos NNA que se encuentran en situación de grave vulneración de derechos. Ello, como se señalará más adelante, es un incumplimiento a los estándares internacionales que indican que la política pública de infancia debe ser universal, esto es, dedicada a todos los NNA que habitan el territorio nacional. Esto implica que el Estado debe no solo proteger a NNA que se encuentren en situación de vulneración, sino que también debe promover el acceso a todos y todas a sus derechos fundamentales.

Una vez descrita la política pública de protección de derechos y planteadas algunas conclusiones, analizaremos, como ejemplo del sistema de protección de derechos, a las residencias creadas por el Estado para

aquellos casos en que éste decide que algún NNA debe ser separado de su familia de origen. El caso del sistema residencial chileno se transformó en un hito informativo el año 2013 en materia de infancia y adolescencia, cuando el portal CIPER Chile, en julio de ese año² publicó los resultados de un informe elaborado por Unicef en coordinación con el Poder Judicial –conocido como el Informe Jeldrez–, que evidenció la extrema condición de vulneración en la que se encuentran los NNA que están a cargo del sistema residencial en Chile. Dicha investigación periodística dejó ver las graves falencias del sistema y la vulneración de derechos fundamentales resultante de la intervención del Estado, por carecer esta de una política pública armónica y sistemática que en la actualidad no tiene su énfasis en promover y proteger los derechos de todos los NNA.

A partir de la ratificación en 1990 por parte de Chile de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante, la Convención), el Estado debió avanzar hacia una política estatal de infancia basada en lo que se conoce como doctrina de la protección integral de derechos,³ según la cual los NNA son sujetos de derechos humanos y no objetos de la tutela estatal. Esta no considera la infancia y adolescencia como estados de tránsito hacia la adultez, sino como una etapa autónoma. Por ello, cada NNA ejerce derechos de acuerdo a su autonomía progresiva y etapa de desarrollo; entendiendo que además NNA son sujetos de una especial preocupación por parte de los Estados lo que hace necesario que éste y la comunidad entera tengan especial consideración por la promoción, protección y difusión de los derechos de NNA.

Esta doctrina se contrapone a la adoptada por Chile y otros países de la región hasta antes de la ratificación de la Convención, conocida como la doctrina de la situación irregular.⁴ Ella, entiende a NNA como individuos en tránsito a convertirse en ciudadanos sujetos de derechos y “concibe a los niños y jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales”.⁵ Así, el Estado actúa en torno a ellos cuando se encuentran en una “situación de irregularidad”, que pone en peligro a la sociedad, segregando y criminalizando determinadas situaciones en que se encuentran NNA, cuando en realidad se trata de una situación de vulneración de sus derechos.

2 CIPER Chile: “Niños protegidos por el Estado: Los estremecedores informes que el poder judicial mantiene o cultos”, 5 de julio del 2013.

3 Sobre las implicancias de la adopción de este modelo y la doctrina de la protección integral, ver Mary Beloff, “Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Unicef, Chile, 1999.

4 Para más información sobre la doctrina de la situación irregular, ver Patricio Millán y Luis Villavicencio, “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”, *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, 2002.

5 Beloff, op. cit., pp. 9-10.

Este enfoque entiende las problemáticas relativas a la infancia y a la adolescencia como un problema privado, atingente únicamente a las familias –sobre todo a padres, madres o adultos responsables–; en consecuencia, la intervención del Estado solo se materializa cuando dicha conducta eventualmente disruptiva se hace “pública”: vagancia, deserción escolar o infracción de leyes penales. De ese modo, no hay responsabilidad directa del Estado en el resguardo de derechos fundamentales de NNA ex ante.

Esta doctrina dominó nuestro sistema sin excepción hasta 2004 –a pesar de la ratificación de la Convención en 1990–, cuando entró en vigencia la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia, introduciendo algunas modificaciones que incorporaron una mirada desde la doctrina de la protección integral. Lo mismo se puede decir de la Ley 20.084, que instauró un nuevo sistema de justicia penal juvenil. Sin embargo, a partir de la evidencia disponible, se puede sostener que en la actualidad la doctrina de la situación irregular no ha sido completamente abandonada. El Estado sigue ocupándose únicamente de aquellos NNA que se encuentran en situación de vulneración y no de todos los NNA. De hecho, la Ley de Menores, Ley 16.618, se inspira en esta doctrina y aún sigue vigente en algunas materias de gran relevancia en relación a la protección de NNA.

La ratificación de la Convención hace 24 años debió traer aparejado un cambio en el paradigma sobre el tratamiento de NNA por parte del Estado. Sin embargo, la transición hacia la doctrina de la protección integral de los derechos ha sido extremadamente lenta. Ese cambio de eje implica necesariamente considerar a NNA como sujetos de derechos, lo que genera como consecuencia una responsabilidad directa para el Estado en la difusión, promoción y protección de todos sus derechos, de acuerdo a su autonomía progresiva e interés superior. Esto por ahora está lejos de cumplirse en Chile.

Así, luego de 24 años de ratificación de la Convención, *el Estado de Chile no ha dispuesto una política pública en consonancia con la doctrina de la promoción y protección integral de derechos, lo que en la práctica genera que se siga mirando a la infancia y adolescencia desde la “irregularidad” y que, cuando interviene a NNA, lo haga de forma desarticulada, generando en muchas ocasiones una nueva vulneración.*

1. EL ROL DE GARANTE DEL ESTADO BAJO LA LUPA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Chile es signatario de la Convención, por lo que adquiere una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional relativas a la promoción de una cultura de derechos, que genere el desarrollo de NNA

en un ambiente adecuado a sus necesidades y al ejercicio progresivo de sus derechos.

La Convención crea el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité), con la finalidad de precisar el sentido y alcance de las normas de esta, generando estándares con los cuales los Estados partes deben cumplir.

Este capítulo, como anticipábamos, presenta, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, las obligaciones de Chile a partir de tratados suscritos en el ámbito de promoción y protección de NNA, analizando su política pública con particular énfasis en el régimen residencial.

El artículo 4 de la Convención, indica que los Estados partes deberán impetrar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. En ese marco, el Comité adoptó la Observación General 5, con el objetivo de establecer medidas generales de aplicación de la Convención. Señala:

El Comité subraya que, en el contexto de la Convención, los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños.

La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención (...).⁶

Asimismo, el artículo 19.1 señala:

Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En esa línea, el Comité adoptó la Observación General 8, que establece como estándar que ninguna forma de castigo corporal o trato

⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5, 2003, párrs. 11 y 12.

cruel hacia NNA es aceptada en el contexto de la Convención⁷ y que, en consecuencia, es responsabilidad del Estado establecer sistemas adecuados de promoción de los derechos de niños y niñas y, por cierto, un sistema adecuado de protección cuando se produce una vulneración de estos.

El Comité ha formulado en su exámenes periódicos una serie de recomendaciones a Chile que, hasta hoy, no han tenido mayor eco. Especial preocupación merece el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de contar con una ley marco que articule la política pública en materia de infancia y adolescencia, es decir, una ley integral de protección de derechos.⁸ Cabe indicar que Chile es el único país de la región que no cuenta con una herramienta de esta naturaleza.⁹ No ha sido posible generar consensos en el poder legislativo para la incorporación de un estándar mínimo en materia de protección de NNA, como es la prohibición expresa de cualquier forma de castigo corporal. Las recomendaciones del Comité han instado al Estado a adecuar su normativa interna en atención a los derechos consagrados en la Convención y en la Observación General 8, y, en particular, la derogación de la Ley de Menores, lo que no ha ocurrido hasta ahora.

Otra recomendación persistente y respecto de la cual el Estado tampoco ha actuado, dice relación con la necesidad de una mayor coordinación intersectorial para garantizar los derechos de NNA a nivel nacional y proveer los recursos financieros y humanos suficientes para realizar tal cometido.¹⁰ Han existido avances, como se analizará más adelante, a partir de la revisión de la Ley 20.032 que, además de transferir recursos, ha ordenado la relación entre las instituciones colaboradoras. Pero los recursos siguen siendo insuficientes para poder dar cumplimiento efectivo al estándar. El Informe 2013 dio cuenta, a propósito de la situación de adolescentes en conflicto con la ley penal, que parte importante de las dificultades para la aplicación de sanciones no privativas de libertad tenía que ver con la escasa coordinación intersectorial para llevar a cabo de manera exitosa la intervención con infractores condenados.¹¹

Dicho escenario se repite en el ámbito proteccional, lo que se aleja de lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Convención y el estándar fijado por esta.

7 La interpretación realizada por el Comité es clara en afirmar que “Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 8, 2003, párr.18.

8 Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*, abril de 2007, párr.7.

9 Observatorio Parlamentario, *Balance Legislativo 2010-2013*, 2014, p. 112.

10 *Ibid.*, párr.13.

11 *Informe* 2013, p. 177.

En relación al cuidado de niños y niñas cuando se encuentran sujetos a un régimen residencial alejado de sus familias de origen, el artículo 9, numerales 1 y 2, de la Convención señala también determinados estándares:

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado 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 el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

En esta materia en particular, también el sistema interamericano, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ha señalado recientemente que los Estados miembros deben “crear la institucionalidad necesaria para fortalecer las capacidades de la familia como ámbito de protección y cuidado para el niño y la niña”.¹² Entendiendo que la medida de separar a un/a niño/a de su familia de origen es una medida de última ratio y que la Convención garantiza a los niños y niñas el derecho a una familia, la CIDH señala que el estándar para separar a un/a niño/a de su familia de origen es que ello debe tener un fin legítimo, ser una medida objetiva, razonable y predecible. Además, deben existir causales que justifiquen la separación y ello debe constar en una norma de carácter legal.¹³

En consecuencia, la obligación internacional indica que la separación de niños/as de sus familias de origen responde a causales acotadas y debe atender al interés superior del/la niño/a y no generar una nueva vulneración.

A continuación, abordaremos las herramientas legales que en la actualidad configuran la política pública en materia de promoción y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, para luego determinar si estas se ajustan o no a los estándares recién descritos.

¹² CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2014, p. 264.

¹³ *Ibíd.*, p. 268.

2. HERRAMIENTAS LEGALES INTERNAS¹⁴

En el marco normativo existente en Chile, tal como ya se señaló respecto a los estándares internacionales, está caracterizado por la ausencia de una ley marco de promoción y protección de derechos fundamentales de los NNA. Ello en gran parte explica que en nuestra legislación convivan normas basadas en principios distintos y opuestos, desarticuladas entre sí y aplicadas solo al grupo de NNA que participan en algún proceso judicial o administrativo, cuyos derechos deben ser protegidos en virtud de alguna situación de amenaza o vulneración.

Estas normas están pensadas no para todos los NNA, sino solo para aquellos que merecen la protección especial del Estado. A partir de la información recogida para este informe, es posible afirmar que nuestro sistema carece de la universalidad necesaria para cumplir con los estándares internacionales y de la doctrina de la protección integral de derechos, que exigen instrumentos normativos en los cuales se base la política pública de infancia enfocados en todos los NNA.

De acuerdo a los datos entregados por el boletín estadístico del Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME), en el primer semestre de 2014, este solo atendió al 2,13% de la población infanto juvenil del país, en una serie de programas de distinta índole que se analizarán más adelante. El servicio señala que “los usuarios del SENAME son aquellos niños y niñas que han sido gravemente vulnerados en el ejercicio de sus derechos y los adolescentes imputados de infringir la ley penal”.¹⁵ Esto indica que la institución que debe formular la política pública en materia de infancia y adolescencia *solo trabaja con aquella que es gravemente vulnerada en sus derechos*.

Nuestro sistema jurídico sobre infancia y adolescencia se compone por las siguientes normas:

- a) Ley de Menores (Ley16.618): se basa en los principios de la doctrina de la situación irregular. En los últimos 24 años ha sido modificada, pero permanecen vigentes:
 - Las disposiciones relativas a las medidas de protección que pueden aplicar los jueces. En este ámbito, en situaciones de vulneración grave de derechos, el juez podrá decretar las medidas que sean necesarias, quedando la decisión bajo su total discreción (artículo 30). Una de las magistradas entrevistadas

¹⁴ En el presente apartado describiremos las normativas de mayor importancia en relación con el sistema de protección de derechos de NNA en Chile. No haremos referencia explícita a normativas que no tienen que ver con este sistema, como la filiación, las normas sobre relación de los NNA con sus padres o las relativas a procedimientos judiciales distintos de los de protección.

¹⁵ SENAME, *Boletín Estadístico niños, niñas y adolescentes*, Primer trimestre, 2014.

con ocasión de este informe sostuvo que, “en virtud del artículo 30 de la Ley de Menores, uno puede hacer y deshacer al aplicar medidas de protección, y eso no debería ser”.¹⁶

- Las normas relativas al actuar de Carabineros respecto a NNA que se encuentran en situación de vulneración de derechos.
- Las obligaciones de las llamadas “casas de menores e instituciones asistenciales”, entre ellas, la obligación de que los NNA permanezcan en dichas instituciones hasta la mayoría de edad (artículo 56). Esto es completamente opuesto a la doctrina de la protección integral, porque la internación en una residencia siempre debiera ser una medida excepcional y de último ratio. Esta norma se contrapone al artículo 30, inciso 4°, que establece que la medida de internación se debe ordenar solo cuando esta resulte indispensable. Ambos artículos del mismo cuerpo normativo dan cuenta de la confusión existente en nuestra legislación en cuanto a los principios que la iluminan, los actores del sistema y la forma de protección de derechos de NNA. Como señala uno de los magistrados entrevistados: “La Ley 16.618 tiene muchísimas normas que han sido derogadas. Lo que está quedando de esa ley es absolutamente inorgánico y, para efectos de resolver situaciones de protección, tenemos que hacer un trabajo de integración de normas que resulta complejo por no haber un estatuto, valga la redundancia, integral, un estatuto marco [con] una mirada mucho más abarcadora, moderna y más adecuada a los tiempos respecto de las necesidades de los niños”.¹⁷

b) Ley de Adopción, (Ley 19.620): implica un intento de adecuar las normas sobre adopción a la Convención.

- Crea un modelo único de adopción.
- Establece requisitos para que un NNA sea declarado susceptible de ser adoptado.
- Regula la adopción internacional.
- Perfecciona el título dedicado a sanciones por conductas delictivas.

Con todo, aún no es suficiente y no se encuentra plenamente en concordancia con las exigencias internacionales, especialmente en lo que se refiere a privilegiar la familia de origen, a referentes de cuidado de los NNA y a la celeridad de los procesos.

Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley de reforma al sistema de adopción, el que se inició mediante un

¹⁶ Entrevista realizada el 16 de abril de 2014.

¹⁷ Entrevista realizada el 29 de abril de 2014.

mensaje del presidente Sebastián Piñera en octubre de 2013. Esta reforma, busca adecuar esta legislación a los principios de la promoción y protección integral de derechos, que aún no logra adecuarse del todo a dichos estándares.¹⁸

c) Ley que crea los Tribunales de Familia (Ley 19.968): es la primera norma que hace mención explícita a determinados derechos señalados por la Convención, como el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Ambos se encuentran consagrados en el artículo 16 de dicha ley.

Además, contiene importantes innovaciones respecto a la protección integral de NNA:

- Crea el rol de curador ad litem, a través del cual se presta representación jurídica a NNA. Esta figura es un importante avance en relación al derecho a defensa técnica de NNA que participan de una causa judicial. Su creación dio respuesta a lo señalado en el artículo 12 número 2 de la Convención, que extiende el derecho a ser oído al de participar y tener representación en los procesos judiciales.¹⁹
- Estatuye un procedimiento especial de medida de protección, a través del cual se intenta evitar cualquier amenaza o vulneración grave de derechos, estableciendo un sistema rápido y cautelar de los derechos de NNA.

Con todo, la Ley 19.968 no es suficiente para sostener una política pública articulada, integral y enfocada en la promoción y protección de los derechos de NNA. Ello porque tuvo como objetivo reformar la justicia de familia, no crear un sistema de protección de derechos de NNA. En consecuencia, no existiendo en Chile aún una ley de promoción y protección integral y universal de derechos.

d) Ley que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de

18 Mensaje de S.E. el presidente de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, 206-361, p.11.

19 No obstante el avance que significó la figura del curador ad litem para nuestro sistema, la redacción del artículo 19 de la Ley 19.968, que instaura dicha figura, no fue muy afortunada al hacer una relación entre la representación de niños, adolescentes o incapaces, lo que manifiesta la mirada paternalista del Estado sobre los NNA, a los que compara con incapaces, cuando en rigor los NNA son parte de un juicio, y como parte, debe contar con un abogado que represente sus intereses. Por otra parte, los resultados de la institución del curador ad litem han sido menos adecuados de lo esperado, porque, en lo que tiene que ver con cobertura, la evidencia indica que un número muy menor de los NNA que se encuentran con una causa en juicio cuentan con curador y, según datos aportados por entrevistados, estos no actúan en muchos casos como representantes de los intereses y deseos de NNA, ya que no los conocen y por lo que en general responden a lo que ellos estiman que sería el interés superior.

subvención (Ley 20.032): crea los organismos colaboradores del SENAME, estableciendo varios programas para atender a NNA que han sufrido algún tipo de vulneración de derechos. A través de esta ley se diferenciaron los programas que apuntan a dar una respuesta en situaciones de amenaza o vulneración de derechos de aquellos que abordan la situación de adolescentes que se encuentran en calidad de infractores de ley.

La Ley 20.032 crea una variada gama de programas que tienen por objeto dar respuesta a situaciones específicas de vulneración de derechos, pero carece de la universalidad necesaria con la que debería contar la política pública. Es decir, no apunta a todos los NNA sino solo a aquellos que se encuentran en condiciones de vulneración de derechos.

- e) Ley de responsabilidad penal adolescente (Ley 20.084): esta norma aplica muchas de las recomendaciones de organismos internacionales y la doctrina de protección integral de derechos de NNA, no obstante su especialidad y aplicación específica a adolescentes en conflicto con la ley penal. Esta ley ha intentado adecuar los procedimientos penales cuyos imputados son adolescentes a los estándares internacionales.
- Explicita el principio de especialización de la justicia penal juvenil.
 - Establece un listado especial de derechos del adolescente privado de libertad.
 - Consagra la excepcionalidad de las medidas y el fin de reinserción y responsabilización que debe tener toda pena.

A pesar del avance que significó respecto de una justicia tutelar fundada en la citada Ley de Menores, esta norma todavía muestra importantes deficiencias en cuanto a los derechos humanos de los adolescentes, especialmente por el objetivo de prevención de delito que se le asignó, lo que tuvo por efecto que se incrementara la punibilidad y se aplicara el sistema de determinación de penas de los adultos.²⁰

Se han realizado variados intentos de reforma de la legislación existente, en especial para la aprobación de una ley de protección integral de derechos de NNA. El último anteproyecto sobre una ley de protección integral de la infancia y adolescencia fue presentado a través de una moción parlamentaria en 2012, sin éxito, ya que no fue respaldado por el ejecutivo. Durante 2012 y 2013, se promovie-

20 Miguel Cilleros, "Comentario a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente", *Justicia y Derechos del niño*, 8, Santiago, Chile, 2006.

ron desde la Cámara de Diputados y el Senado tres iniciativas diversas que buscaban dar rango constitucional a los derechos de NNA; ninguna de ellas prosperó. Asimismo, hubo tres propuestas sobre el defensor del niño, que tampoco salieron adelante.²¹

A pocos días de instalado el nuevo gobierno, en marzo de 2014, la presidenta de la República dictó el Decreto Supremo 21, mediante el cual se creó el Consejo Nacional de la Infancia,²² que debe, entre otras tareas, asesorar al ejecutivo en la formulación de políticas, planes y medidas para garantizar, promover y proteger los derechos de NNA a nivel nacional y local. Tanto su secretaria ejecutiva, Estela Ortiz, como el ministro de Justicia, José Antonio Gómez, han manifestado que existe por parte del gobierno la voluntad de impulsar transformaciones administrativas y legales acordes con los estándares internacionales respecto de los cuales el Estado de Chile aún está en deuda.²³

Las iniciativas diferentes que intentan mejorar la situación actual de los NNA avanzan hacia un sistema de promoción y protección integral de derechos de NNA. Ello es una muestra de que el diagnóstico en cuanto a legislación es claro y compartido por la mayoría de los actores: es necesario contar con una ley marco que promueva y proteja los derechos de todos los NNA de nuestro país, articule a las diferentes instituciones y promueva una cultura de derechos.

En el desarrollo de este informe, se realizaron entrevistas a jueces de familia y a funcionarios/as del SENAME y organismos colaboradores, quienes advierten como necesidad urgente la creación de la ley marco de protección integral de derechos de NNA. Como señala una entrevistada:

Para contar con un sistema de protección integral de los derechos de los NNA, lo primero que debemos hacer es crear la ley marco de protección integral de derechos, que articule toda la política pública de infancia y [...] cree la institucionalidad necesaria que pueda actuar intersectorialmente para abordar la temática de infancia de manera integral.²⁴

21 Observatorio Parlamentario, Corporación Humanas, "Balance del poder legislativo 2010-2013", 2014.

22 El equipo de investigación intentó realizar una entrevista con el Consejo pero ello no fue posible debido a la ocupada agenda de sus miembros.

23 Consejo Nacional para la Infancia, "Secretaría ejecutiva participa en seminario CODENI", 25 de julio de 2014.

24 Entrevista a directora de organismo colaborador de SENAME, realizada el 8 de mayo de 2014.

3. POLÍTICA PÚBLICA DE INFANCIA EN CHILE

Como ya se ha mencionado, la política pública de infancia se encuentra entregada al SENAME y, a través de la Ley 20.032, a organismos colaboradores que ejecutan diferentes líneas de acción.

Los programas que constituyen la política pública en la actualidad se resumen en la tabla 1, ordenados de acuerdo a temática abordada, cantidad y presencia territorial de los mismos.

Tabla 1: **Programas del SENAME**

| Materia | Tipo de programa | Cantidad en el país | Presencia territorial |
|---|--|---------------------|---|
| Adopción | Familia de acogida especializada | 1 | Solo RM |
| | Adopción global | 3 | Solo RM |
| | Preparación para integración de niños en familias alternativas | 9 | II, V, VI, VII, VIII, IX, X, XV y RM |
| Protección de derechos y primera infancia | Diagnóstico ambulatorio | 66 | Todo el país |
| | Familia de acogida especializada | 35 | Todo el país salvo en la I Región |
| | Familia de acogida simple | 13 | III, VII, VIII, XI, X y XIV |
| | Oficina de protección de derechos | 119 | Todo el país |
| | Protección ambulatoria con discapacidad grave o profunda | 12 | II, IV, VI, IX, XII, XV y RM |
| | Especializado en drogas | 8 | Solo RM |
| | Reinserción educativa | 8 | Solo RM |
| | Especializado en calle | 7 | RM y X |
| | Explotación sexual | 16 | I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XV y RM |
| | Intervención residencial | 103 | Todo el país |
| | Intervención breve | 59 | Todo el país |
| | Intervención especializada | 76 | Todo el país |
| | Prevención comunitaria | 55 | I, III, IX, X, XII, XV y RM |

| | | | |
|---------------------------------------|---|--|---|
| | Prevención focalizada | 148 | Todo el país, salvo la XI y I Regiones |
| | Representación jurídica | 6 | II, VIII y RM |
| | Especializado en maltrato | 114 | Todo el país |
| Centros residenciales | Diagnóstico para lactantes | 4 | IV, V y RM |
| | Diagnóstico para preescolares | 6 | V, X, XV y RM |
| | Protección para niños con discapacidad mental moderada | 9 | IV, VII, VIII, X y RM. |
| | Protección para niños con discapacidad mental grave | 10 | V, VI, VIII y RM. |
| | Residencia especializada | 5 | VII y RM |
| | Protección para lactantes y preescolares | 8 | III, V, VI, XIV y RM |
| | Protección de madres adolescentes | 6 | V, VII, VIII, IX, XIV y RM. |
| | Protección para lactantes | 2 | X y RM. |
| | Protección para mayores | 106 | I, II, IV, V, VII, VIII, IX, X, XII, XIV, XV y RM |
| | Protección para preescolares | 24 | I, II, IV, V, VII, VIII, IX, XI, XII, XIV y RM. |
| | Protección para lactantes de madres internas en recintos penitenciarios | 1 | Sólo RM |
| Residencia especializada con programa | 16 | II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XII, XIV, XV y RM. | |

Fuente: Información proporcionada Fuente: información proporcionada por el propio Servicio, por medio de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de abril de 2014.

Como se puede observar, los programas descritos en la Ley 20.032 apuntan a situaciones específicas y particulares, lo que no permite una respuesta sistémica e integral; la política pública se fragmenta de acuerdo a las determinadas contingencias que fundan cada programa.

En palabras de uno de los funcionarios del SENAME:

el sistema de protección propiamente tal, está distribuido en cuatro líneas de acción que son: los centros residenciales donde están los niños [...] más vulnerados y que no tienen la posibilidad de vivir con familia nuclear extensa o alternativa; [...] el

sistema de diagnóstico, que más bien son servicios periciales que están al servicio de los tribunales y fiscalía más que para el Servicio [Nacional de Menores]. En tercer lugar, están las OPD, oficinas de protección de derechos, que son los dispositivos comunitarios que se instalan a través de las municipalidades, que atienden todo lo que es vulneración de derechos de mediana y baja complejidad; [para] los casos de alta complejidad, ellos derivan a los especialistas. Tienen una labor también de instalación de participación en los territorios. [En cuarto lugar] la red de colaboradores, del sistema ambulatorio que son los programas donde atienden [...] de acuerdo a temáticas específicas. Tenemos programas de calle, explotación sexual, representación jurídica, etc. En la Región Metropolitana atendemos a más de 25.000 niños simultáneamente. De esos niños, tenemos 1.500 que están en residencia y el resto [...] en sistema ambulatorio.²⁵

Las cuatro líneas de acción a las que se refiere el entrevistado, son aquellas descritas en la Ley 20.032. No es fácil advertir los motivos a los que responde la división de la política pública de infancia en estas “líneas de acción”. Cabe preguntarse a qué criterios responde cada una y si ello facilita la generación de una política pública que pueda considerar la infancia de manera integral.

Al respecto, una de las juezas entrevistadas señaló que:

Es muy difícil entender los programas que tiene SENAME, y a veces uno deriva a un niño porque está siendo víctima de algún tipo de vulneración, y de ese programa te responden que no pueden recibirlo porque no responde a los lineamientos de SENAME, ya que tal programa es para vulneraciones de este tipo y no de este otro tipo (...) y así va pasando el tiempo y los niños van rebotando de programa en programa, porque cada uno es para un pequeño y específico grupo de situaciones.²⁶

Por otra parte, en el cuarto lineamiento se encuentra otra variada gama de programas, que intentan responder a diversas situaciones de vulneración experimentadas por NNA. Según lo informado por SENAME,²⁷ entre los programas ambulatorios existen 20 tipos diferentes. En algunos casos, tienen que ver con el tipo de vulneración, como, por ejemplo, los de representación jurídica y los de reparación, ambos para NNA que han sufrido maltrato grave. Otro tipo son los relacionados

²⁵ Entrevista realizada el 28 de abril de 2014.

²⁶ Entrevista realizada el 16 de abril de 2014.

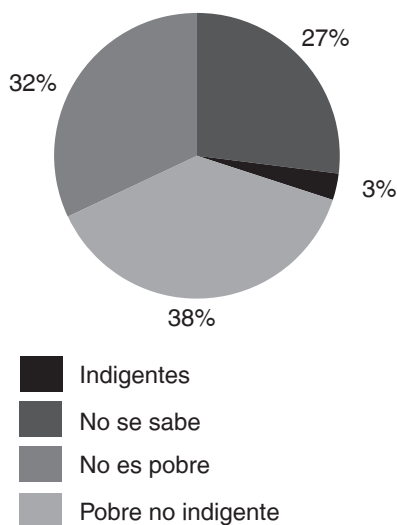
²⁷ Información obtenida, a través de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de abril de 2014.

con la complejidad de la problemática y la vulneración, tales como los programas de intervención breve, de intervención especializada, de prevención comunitaria y prevención focalizada. Otros responden a criterios variopintos, como los programas para agresores sexuales, explotación sexual y especializados en calle.

Lo expuesto da cuenta de una carencia total de armonía, articulación y sistematización de la respuesta estatal, a lo que se suma que esa respuesta es cuantitativamente insuficiente. Por ejemplo, hay 7 programas especializados en calle en todo el país, de los cuales 6 se ubican en la Región Metropolitana. Lo mismo ocurre con los de reinserción educativa: 8 programas, todos ejecutados en la Región Metropolitana (ver tabla 1).

Es importante considerar el nivel socioeconómico de los NNA que reciben alguna intervención por medio de los programas descritos. Según información obtenida desde SENAME, la calificación socioeconómica se efectúa según la encuesta CASEN. Se concluye lo siguiente:

Gráfico 1: Calificación socioeconómica de los NNA que reciben intervención por medio de los programas del SENAME



Fuente: Información entregada por el SENAME al equipo de investigación el 27 de junio de 2014, por medio de Ley sobre Acceso a la Información Pública.

De estos datos se puede concluir que al menos el 40% de los NNA atendidos por la red SENAME pertenece los estratos más pobres de

la población, sin dejar de tener presente que respecto a otro 27% no se tiene información estadística alguna. Esta realidad abre cuestionamientos relativos las vulneraciones de derechos que se producen para aquellos NNA que viven en situación de pobreza y cuánto efectivamente hace el Estado para evitarlo o remediarlo, a través –por ejemplo– de un trabajo con las familias. Ello entendiendo que pesa sobre el Estado la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos fundamentales de NNA, como se menciona en el artículo 4^o de la Convención, lo que incluye, por ejemplo, el derecho a la vivienda.

Asimismo, la evidencia da cuenta que la pobreza es, al parecer, un factor que por sí solo motiva la intervención del Estado; lo que también fue referido por organismos colaboradores. Sin embargo, no fue posible monitorear esa información, ya que el poder judicial no cuenta con cifras ni registra información respecto a las causales de ingreso de cada medida de protección.²⁸ Lo anterior abre también interrogantes sobre la situación de los derechos fundamentales de los NNA que no se encuentran en una condición socioeconómica tan desfavorable. La pregunta es, ¿solo los niños y niñas pobres de Chile sufren vulneración de sus derechos?

La política pública parece estar diseñada de modo más bien improvisado, respondiendo a diversas situaciones específicas y contingencias particulares, lo que no contribuye a lograr el objetivo de proteger y promover los derechos fundamentales de NNA.

En muchas ocasiones el actuar del Estado, al no estar orientado por una mirada global y responder fraccionadamente a situaciones particulares, más que proteger a NNA cuyos derechos fundamentales han sido afectados, los vulnera y no mejora su situación. Así, por ejemplo, cada programa interviene desde su pequeño marco de acción o lineamiento, evitando entrometerse en otras problemáticas y derivando los casos para que otro programa se encargue, generando que los NNA que sufrieron una determinada vulneración de derechos sean atendidos por muchos programas, en lugares diferentes y por personas distintas, generando sobreintervención y victimización secundaria.²⁹

En este sentido, una de las magistradas entrevistadas sostuvo que:

Lo que vemos es un déficit primero de visión, desde lo sistémico, es decir, de considerar a un niño en su contexto, que no es el niño solo y por tanto no nos sirve solo la intervención de SENA-

28 Información facilitada por el poder judicial, a través de la Corporación Administrativa, a partir del requerimiento realizado mediante la Ley de Acceso a la Información Pública. La información fue entregada el 18 de junio de 2014.

29 Se entiende victimización secundaria aquella nueva victimización causada por las consecuencias de la vulneración.

ME, sea como se conciba, o solo la intervención de SERNAM, en otros casos, sino que [...] la intervención sistémica, integral de la familia, coordinada, interinstitucional e interministerial.³⁰

Otra jueza entrevistada considera problemática la falta de recursos y limitados cupos con que cuentan los Programas del SENAME, que no alcanzan a cubrir a la cantidad de NNA que efectivamente son parte del sistema proteccional.³¹

El hecho de que la política pública en Chile no sea universal, sino pensada solo para aquellos NNA que han sufrido vulneración de derechos, y que ni aun así pueda dar cobertura a todos ellos, actuando de manera desarticulada, sin pensar en los NNA integralmente, permite concluir que esa política actúa más cerca de la doctrina de la situación irregular que de la protección integral. Así lo observa también una de las juezas entrevistadas:

Nosotros todavía estamos haciendo un tránsito desde la situación irregular a la protección integral; el paradigma de la situación irregular no está totalmente superado, atendido a que todavía no tenemos ley de protección integral, no tenemos un defensor del niño [...] mientras no tengamos esa visión y esas garantías, no podemos hablar todavía que estamos en un sistema de protección integral. Creo que vamos hacia allá, [pero] lamentablemente tenemos esta visión adultocéntrica, donde pareciera ser que todavía muchos entendemos que protegemos a un objeto con necesidad de protección y no a un sujeto de derechos[...][actuar] poniéndose en los zapatos del niño, desde la mirada del niño, desde esa perspectiva, implica un paradigma y un enfoque totalmente diferente y creo que, si bien estamos avanzando muchísimo, nos falta una ley de protección integral que esté asegurada desde la legislación.³²

A continuación, analizaremos con atención especial el sistema residencial, uno de los ejemplos más dramáticos de la ineffectividad de la política pública de infancia en Chile, por su escasa capacidad de proteger derechos fundamentales de NNA y las consecuencias negativas que produce su intervención.

4. SISTEMA RESIDENCIAL EN CHILE

El sistema residencial es la política pública de protección, correspondiente a uno de los cuatro lineamientos del SENAME, que está enfocada en aquellos NNA que han sufrido vulneraciones graves en

³⁰ Entrevista realizada el 29 de abril de 2014.

³¹ Entrevista también realizada el 29 de abril de 2014.

³² Íd.

sus derechos y que no tienen posibilidad de vivir con su familia de origen, ni con ningún otro cuidador como referente de protección. En tales casos, el Estado, por medio de resolución judicial, decide que dicho NNA debe ser separado de sus cuidadores e internado en una residencia de protección, las que reciben a varios NNA a la vez y quedan a cargo de su cuidado personal.

Como se señaló en las consideraciones sobre el derecho internacional, los Estados deben evitar que los NNA estén a cargo del sistema residencial o “institucionalizados”, siendo esta una medida de último recurso, y deben permanecer por el menor tiempo posible. De esta forma, la primera consideración que deben tener en cuenta los profesionales de una residencia cuando reciben por primera vez a un NNA es proyectar un egreso en el menor plazo posible, buscando a algún miembro de la familia de origen, familia extensa o cuidador sin vínculo sanguíneo que pueda actuar como referente de protección. Debe apoyar a los cuidadores en sus habilidades parentales y vínculo con el NNA y, cuando ello no es posible, ejercer las acciones necesarias para que se lleve a cabo la adopción, siempre velando por asegurar el derecho de ese NNA de vivir en familia.

En este sentido, la CIDH, en su último informe,³³ ha recomendado que los Estados tengan programas diferentes a las residencias para recibir a los NNA que no puedan estar con su familia de origen, tales como las familias de acogida especializada (FAE). Si bien estas existen en Chile, corresponden a un porcentaje muy inferior al de las residencias. Según información aportada por SENAME,³⁴ en el territorio nacional existen solo 18 programas de familia de acogida, que atienden a 3.848 niño/as, y 275 residencias, que se encargan de 9.647 niños y niñas.

En este contexto, en julio de 2013, CIPER Chile³⁵ publicó la noticia sobre el informe encargado por el poder judicial a Unicef sobre la situación de NNA que se encontraban en residencias proteccionales del SENAME. Los resultados exhibidos a la opinión pública encendieron las alarmas de todos los sectores.

Al mismo tiempo que el Ministerio Público recibió una denuncia por algunos de los hechos descritos en el informe, la Cámara de Diputados inició su propia investigación, la cual correspondía a información de 11 Regiones del país, relativa a 6.481 NNA que viven en sistema residencial.³⁶

Las conclusiones de dicho informe fueron devastadoras para el sistema residencial chileno, ya que se exponían situaciones de grave

33 CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia*, 2013.

34 Información solicitada a través de Ley sobre Acceso a la Información Pública, entregada al equipo investigador el 27 de junio de 2014.

35 CIPER Chile, op. cit.

36 Comisión investigadora, Cámara de Diputados, marzo de 2014.

vulneración de derechos de NNA, las que eran producto de grave descuido, negligencia e incluso actuar delictivo de ciertas personas que se encontraban a cargo de las residencias.

La investigación realizada posteriormente por diversas instituciones³⁷ ha arrojado conclusiones todavía más alarmantes: no solo se trata de algunas residencias administradas con descriterio o incluso con ánimo delictivo, sino que de una política pública que no da respuesta a la situación de grave vulneración en que se encuentran los NNA que están en el sistema residencial, que permite y en muchas ocasiones incluso promueve que se separe a NNA de su medio familiar sin siquiera asegurarse que esa acción sea realmente destinada a la promoción y protección de los derechos de estos.

En la elaboración de este informe—que se basa en información recogida por medio de entrevistas, en datos estadísticos con los que cuenta el SENAME, y en observación participante de las investigadoras en los procesos de trabajo de algunas residencias—se detectaron graves problemas en el sistema residencial chileno. Ello se ve agravado porque se trata de una situación altamente normalizada y generalizada, una muestra de cómo el Estado de Chile está fallando en la política pública de infancia y, al intentar proteger a los NNA, genera en la mayoría de los casos nuevas vulneraciones.

A partir de la exposición en los medios de comunicación de la investigación realizada por CIPER, se organizaron comisiones de investigación de diversas instituciones, tales como la Comisión Ascar del Ministerio de Justicia, la experiencia piloto de apoyo jurídico a residencias que desarrolló el propio SENAME y la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados, que entregó sus resultados en marzo de 2014. En estos últimos se detallan los problemas detectados en las residencias, desde el quehacer judicial hasta de los administradores de estas.³⁸ Los principales problemas que detecta en relación al poder judicial tienen que ver con que:

- Jueces ordenan la internación de un niño o niña, muchas veces sin plazo definido ni objetivos concretos.
- No determinan con claridad el concepto de “grave vulneración de derechos”.
- Las causas no son revisadas regularmente.
- Se observa una escasa aplicación de normas internacionales sobre modalidades de cuidado alternativo de NNA.

³⁷ Íd., Comisión investigadora del Ministerio de Justicia ASCAR, Comisión investigadora de la Contraloría.

³⁸ Informe Comisión Cámara de Diputados.

Asimismo, la comisión detectó:

- Deficiencias graves en la administración de las residencias, ya sean de organismos colaboradores del SENAME o de administración directa.
- Falta de profesionales adecuados y técnicos que puedan realizar una intervención enfocada en la promoción y protección de derechos.
- Supervisión técnica insuficiente.
- Importante número de NNA que son declarados susceptibles de ser adoptados para los que luego no se produce un enlace con una familia adoptiva.
- Falta de oferta programática que pueda brindar reparación a los NNA por vulneraciones sufridas, tanto en sus familias de origen como durante su internación.
- Ausencia de una labor sostenida y planificada que tenga por objetivo trabajar con las familias de origen de NNA, para que estos se puedan reintegrarse en ellas.
- Ausencia de un trabajo sistematizado con adolescentes que no cuentan con familia de origen, que brinde apoyo para una posterior vida independiente.

Todos los informes realizados dan cuenta de la gravedad de la situación de la política pública residencial y la urgencia de generar acciones que la mejoren lo antes posible.

En adición a lo anterior, a partir de la evidencia reunida para este trabajo, se han constatado algunas situaciones de especial preocupación en el sistema residencial:

- a) *La institucionalización es prácticamente la única respuesta estatal para aquellos casos en que NNA son separados de sus familias de origen:* según información aportada por SENAME,³⁹ 9.647 niños y niñas se encuentran en el sistema residencial. Muchos de ellos lo están en virtud de situaciones de vulneración que podrían ser tratadas por otro tipo de programas, dejando la institucionalización como último recurso, ante una situación de grave vulneración.⁴⁰
- b) *Las causales de ingreso registradas son amplias y no responden a una situación específica de vulneración:* según información entregada por SENAME,⁴¹ el 98% de los NNA registran en el SE-

³⁹ Información entregada por medio de Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de junio de 2014

⁴⁰ Esto fue especialmente destacado por uno de nuestros entrevistados, abogado de un organismo colaborador del SENAME, en entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

⁴¹ Información entregada por medio de Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de

NAINFO⁴² como causal de ingreso “protección de derechos”, lo que impide determinar con certeza el motivo por el cual los NNA se encuentran institucionalizados.

Si la internación es una situación excepcional, la estadía de un niño o niña en una residencia debiera fundarse en causales determinadas y específicas para asegurar que se está ante una situación de tal gravedad que la amerita como medida de protección. En los hechos, solo se cuenta con causales amplias y desprovistas de significado real, por lo que no es posible establecer la necesidad de la internación.

Un entrevistado refirió que una de las causales de ingreso recurrentes es el consumo de drogas de los padres de los NNA. “Casi un 90% de las causales de ingreso de NNA era por consumo problemático de alcohol y drogas, [y] la ausencia de familia extensa, ausencia de redes de apoyo a los padres y madres”.⁴³ Esta apreciación ilustra cómo el Estado, por no contar con programas que presten un apoyo adecuado a los padres y madres, causa una importante vulneración a los derechos de NNA al ofrecer, como única respuesta, la institucionalización.

- c) *Largas permanencias de NNA en las residencias*: según información aportada por SENAME,⁴⁴ un 48% de los NNA permanece en la residencia un tiempo igual o mayor a la mitad de su edad. Los adolescentes que cumplen 18 años estando en una residencia, han permanecido un promedio de 15 años institucionalizados. Sin perjuicio de lo anterior, no fue posible obtener datos concluyentes al respecto porque no hay registros estadísticos.
- d) *La evidencia indica que los tribunales no revisan con la periodicidad necesaria las causas proteccionales de los NNA que se encuentran bajo el cuidado de una residencia*: según lo referido por algunos entrevistados, existen NNA “que estaban años en una residencia y su situación proteccional nunca fue revisada por un tribunal, en que los informes que debían remitir las residencias a los tribunales no eran aportados por ellas (y es obligación que lo hagan cada 3 meses), pasando 2, 3 años y el tribunal no tenía información actualizada [y] tampoco [...] lo solicitaba de oficio”.⁴⁵ Para verificar esto realizamos una soli-

junio de 2014.

⁴² SENAINFO es el sistema informático con que cuenta SENAME. Cada profesional que trabaja en cualquier programa del SENAME debe completar por cada NNA la ficha diseñada para éste, a lo menos una vez al mes. Por lo tanto, las causales de ingreso señaladas por SENAME fueron ingresadas por los propios profesionales que trabajan cada caso.

⁴³ Entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

⁴⁴ Información entregada por medio de ley sobre acceso a la información, el 27 de junio de 2014.

⁴⁵ Entrevista realizada con fecha 22 de julio de 2014.

citad de información a la Corporación de Administración del Poder Judicial, que, a través de correo electrónico, señaló que no contaba con la información, remitiendo un cuadro con el número de causas proteccionales ingresadas a los tribunales de familia por año. Para 2013, estas ascienden en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago a 55.289 causas. De ello no posible obtener ninguna conclusión porque el ingreso no significa que se haya concedido la medida y no se indica la causal que lo motivó.⁴⁶

- e) *Dificultades presupuestarias*: una de las importantes falencias del sistema residencial es su presupuesto insuficiente. Se pudo apreciar a través de observación participante en una de las residencias que el presupuesto cubre alrededor del 50% de los gastos de esta, lo que significa que muchos directores deben invertir parte importante de su tiempo en conseguir recursos a través de la buena voluntad de sus socios o colaboradores, en vez de dedicarlo a planificar una intervención enfocada en los derechos de NNA que se encuentran bajo su cuidado.
- f) *Carencia de representación jurídica de NNA*: estos no gozan de un derecho a la defensa técnica en juicio. Según señalaron profesionales de una residencia, en general los abogados curadores ad litem designados están atestados de trabajo y por ello es difícil que puedan representar debidamente los intereses de NNA, ya que no tienen contacto con profesionales de la residencia ni conocen a los niños y niñas.⁴⁷ Si bien este problema afecta a todos los NNA en el sistema proteccional, es más dramático que NNA internados en el sistema residencial no cuenten con abogados que defiendan sus intereses y procuren su derecho de vivir en familia. Esta situación implica que el Estado no da cumplimiento a lo señalado en el artículo 12, número 2, de la Convención, que establece el derecho a la defensa técnica con que deben contar los NNA. Se produce el absurdo que un adolescente en conflicto con la ley penal cuente con un/a defensor/a al momento de ser sancionado, pero no para ver protegidos sus intereses. Si se considera que los NNA son sujetos de derechos, los que pueden ejercer de acuerdo a su autonomía progresiva, deben contar con un/a abogado/a en juicio que defienda sus intereses y deseos. Como se señaló en el acápite sobre normativa interna, la Ley 19.968, en su artículo 19, establece la figura del curador ad litem, la cual

⁴⁶ Información facilitada por el Poder Judicial, a través de la Corporación Administrativa, a partir del requerimiento realizado mediante la Ley de Acceso a la Información Pública. La información fue entregada el 18 de junio de 2014.

⁴⁷ Información obtenida por medio de reunión con profesionales de una residencia, realizada el 13 de mayo de 2014.

tiene escasa aplicación en el sistema proteccional. Así lo señalaron los entrevistados y distintos agentes del sistema. Ello fue referido por un profesional de un organismo colaborador: “Vi que la mayoría de los NNA no cuentan con curador ad litem [...] y, si los tienen, son bastante pasivos [...] son curadores que son nombrados por el tribunal, pero en la práctica no comparecen a las audiencias, no hacen petición alguna en torno a revisar las causas, no se comprometen con los casos, no conocen a los NNA, es una curadoría más nominal que real”.⁴⁸

- g) *La pobreza como factor de la internación*: es un grave problema del sistema residencial chileno que la pobreza continúe siendo uno de los motivos por los cuales los NNA son ingresados a residencias. En este sentido, señala una de las entrevistadas, que dirige una corporación sin fines de lucro por los derechos de infancia:

[en las residencias] ya no señalan expresamente que el NNA es ingresado en virtud de la pobreza en que viven sus padres, porque es conocido por todos los integrantes del sistema que eso no se puede hacer, es decir, que la pobreza no es motivo para la separación de un NNA de su grupo familiar, pero es posible encontrar informes que hacen alusión a las condiciones habitacionales como motivo de ingreso, o padres que no cuentan con condiciones para hacerse cargo... cuando sabemos que lo que debemos hacer como Estado es prestar el apoyo a esos padres para que mejoren sus condiciones, pero no privar a los NNA de su derecho de vivir en familia.⁴⁹

- h) *Mantención del vínculo con la familia de origen*: los sistemas de visitas que las residencias adoptan con las familias o personas significativas de cada NNA son en muchos casos muy restringidos, ya que privilegian el orden y funcionamiento de la residencia. Así lo señala uno de los abogados entrevistados: “En algunas residencias estaba todo mucho más reglado que en otras, en algunas tenían horarios y en otras era más flexibles, pero pude observar que algunas residencias actuaban como obstaculizadores, ya que las visitas molestaban al funcionamiento adecuado de la residencia... el rol de la residencia debería ser propender a que el vínculo se mantenga y se fortalezca; por ende, deberían promover las visitas más que restringirlas”.⁵⁰ Si se considera que las residencias deberían trabajar para el rápido egreso de los NNA, deberían contar

⁴⁸ Entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

⁴⁹ Entrevista realizada el 8 de mayo de 2014.

⁵⁰ Entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

con un régimen amplio y flexible de visitas de familiares y otras personas significativas, propiciando el fortalecimiento del vínculo y con ello la responsabilización y habilidades parentales de los posibles cuidadores. A través de observación participante, se pudo apreciar una residencia que sí contaba con un sistema de visitas flexible y amplio, lo que tenía un efecto positivo en el vínculo y posterior egreso de los NNA.⁵¹

Se puede concluir que la situación del sistema de protección es grave y que es urgente que se modifiquen aspectos sustantivos de la política pública para que este sistema proteccional efectivamente proteja, en vez de volver a vulnerar, a los NNA con quienes interviene. Los datos expuestos dan cuenta que la permanencia de NNA en el sistema residencial está lejos de ser excepcional y que en un importante número de casos su duración es tan larga que priva del todo a los NNA de su derecho a vivir en familia, generando graves vulneraciones de derechos, y que en ocasiones es la única respuesta del sistema de protección frente a un niño o niña que requiere la intervención del Estado, perdiendo su carácter de excepción y último recurso.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de lo analizado y revisado en el presente capítulo, hemos llegado a las siguientes conclusiones con respecto a la política pública de infancia sostenida por el Estado de Chile:

- 1 El Estado de Chile aún actúa a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y prácticas a la protección integral de derechos. De este modo, muchos de los NNA que son intervenidos a través de la política pública de infancia, en vez de ser protegidos, son nuevamente vulnerados por el propio Estado.
- 2 No existe una intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, ofreciendo respuestas que incluyan a los NNA y su contexto de manera sistémica. De este modo, no se actúa fortaleciendo a las redes familiares y comunitarias de cada NNA, sino que de modo fraccionado y desarticulado.
- 3 Hay carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, toda vez que el órgano administrativo a

51 Información obtenida por medio de reunión con profesionales de una residencia, realizada el 13 de mayo de 2014.

cargo de esta materia solo tiene mandato para atender a los NNA que han sido gravemente vulnerados en sus derechos y no a todos los NNA que habitan en el país.

- 4 El Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. No hay cifras que den cuenta, por ejemplo, de las medidas de protección que se interponen ante tribunales ni de su seguimiento, así como tampoco de la situación socioeconómica de la población que se atiende, entre otros aspectos.

A partir de las conclusiones obtenidas en el presente capítulo, se formulan las siguientes recomendaciones:

- 1 Aprobar la ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores, haciendo especial énfasis en la normativa en todos los NNA, y asegurando la protección y promoción de todos sus derechos fundamentales.
- 2 Generar un órgano que articule la política pública de infancia, capaz de generar una intervención con enfoque sistémico, interviniendo al NNA con todo su contexto familiar, comunitario y educacional, para detener la vulneración de derechos y promover una cultura de derechos alrededor de la intervención.
- 3 En conexión con lo anterior, urge una institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto, que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA.
- 4 Generar un sistema de estadísticas que permita evaluar la intervención estatal y sus efectos, generando mejoras y rediseños del sistema enfocados en la protección y promoción de los derechos.
- 5 En cuanto al sistema residencial, es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional. Para ello, se requiere:
 - Aplicación de causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen.
 - Determinación de plazos para internación y efectivo control de la judicatura de ellos.
 - Implementación cuantitativamente mayor de los programas de familias de acogida, que permita dar una respuesta distinta frente a la de separar a un niño o niña de su familia de origen.
- 6 En el sistema de residencias resulta indispensable:
 - Aumentar el presupuesto destinado a dichas instituciones.
 - Capacitar a los profesionales para generar intervenciones tendientes al egreso de NNA a un medio familiar.

- Fortalecer el sistema de abogados/as curadores ad litem, para que los NNA puedan contar con defensa técnica efectiva de sus intereses y deseos.

**EL DERECHO A
UNA EDUCACIÓN
INCLUSIVA Y
DE CALIDAD
PARA ESTUDIANTES
EN SITUACIÓN
DE DISCAPACIDAD
EN CHILE¹**

Entonces empezamos la larga travesía de encontrar un colegio, y es una situación bien traumática, y creo que mi historia no ha sido distinta que el resto de otros papás de niños con necesidades educativas especiales. Es súper dramático, duro y desesperanzador, porque comienzas a buscar y los colegios que ofrecen el proyecto de integración son muy pocos, y de esos pocos que hay, casi todos tienen los cupos tomados desde que los niños son pequeños
(PAULA TAPIA, MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN X FRÁGIL DE CHILE).²

¹ Este capítulo ha sido preparado por las académicas Liliana Ramos Abadie y María del Pilar Muñoz Hardoy de la Facultad de Educación de la Universidad Diego Portales, con la colaboración de la ayudante de investigación María Isabel Juacida Ortiz.

² Paula Tapia, entrevista personal realizada para la elaboración de este informe, 20 de mayo de 2014.

SÍNTESIS

El presente informe analiza aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (en adelante, CDPcD o la Convención) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar en los niveles de educación básica y media. Para su realización se utilizó una metodología de investigación cualitativa, empleando, como técnicas de recolección y producción de información, entrevistas semi estructuradas y grupos focales –realizados con personas con discapacidad, familiares, representantes de organizaciones de la sociedad civil, miembros de instituciones del Estado, profesionales de la educación y expertos del área–; análisis documental de textos legales y curriculares; análisis de fuentes secundarias, específicamente las estadísticas sobre discriminación producidas por la Superintendencia de Educación y un estudio reciente sobre la temática realizado por la Fundación Chile; y análisis de notas de prensa.

El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación o por la presencia de instrumentos legales que no ajustan su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. En este tema, la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para niños, niñas y jóvenes con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Esta tensión cobra especial relevancia en el escenario político y educativo actual, en que se discute una reforma educacional que, entre otras cosas, propone el fin a la selección de estudiantes en los establecimientos educacionales como mecanismo

para reducir la segregación y avanzar en la construcción de espacios educativos inclusivos.

PALABRAS CLAVE: Educación inclusiva, Discapacidad, Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, Programas de Integración Escolar, Reforma educacional

INTRODUCCIÓN

La CDPcD compromete a sus Estados partes, entre los cuales se encuentra Chile,³ a asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles a fin de hacer efectivo el derecho a la educación de las personas con discapacidad, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades (artículo 24). Tal como señala la Convención, al hacer efectivo este derecho los Estados partes deben asegurar: i) que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de su discapacidad; ii) el acceso a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones y en la comunidad en que vivan los y las estudiantes; y iii) que se realicen los *ajustes razonables* en función de las necesidades individuales,⁴ así como la facilitación de medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

Chile es un país que tiene recorrido en este tema. De hecho, cuenta desde la década de los noventa con instrumentos legales y normativas que fomentan la integración de estudiantes con discapacidad en la educación común. Sin embargo, también existen en nuestro país una serie de contradicciones que no permiten avanzar en forma decidida hacia una educación inclusiva y de calidad para todos, que brinde oportunidades a los y las estudiantes en situación de discapacidad. Resulta clave para reconocer la importancia de profundizar en este tema la información de la Superintendencia de Educación respecto de las denuncias por discriminación en el sistema escolar. De acuerdo a esta informa-

³ Chile suscribió y ratificó la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo en 2008. Este instrumento fue aprobado por consenso en diciembre de 2007 por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

⁴ Según la CDPcD se entiende por "ajustes razonables" las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

ción, en 2013 se produjeron 161 denuncias por discapacidad física y/o intelectual, siendo esta la segunda causa principal de este tipo de reclamos. Cabe señalar que la primera causa fue el déficit atencional, con 433 denuncias, la que, sin ser considerada una discapacidad, constituye un trastorno asociado a necesidades educativas especiales. Más recientemente, entre enero y marzo de 2014, se han producido 34 denuncias por discapacidad física y/o intelectual, y 53 por déficit atencional.⁵

Los estándares fijados por la Convención respecto del derecho a la educación de estudiantes con discapacidad instalan dos elementos clave que serán analizados en este *Informe*, a la luz de la realidad chilena. El primero de ellos es el acceso a una educación general e inclusiva en igualdad de condiciones que los demás, lo que se materializa en la presencia de instituciones escolares comunes (no especiales) públicas y gratuitas, que contemplen vacantes para estudiantes en situación de discapacidad que viven en la comunidad circundante. El segundo elemento apunta a la capacidad de estas instituciones para dar respuesta a las necesidades educativas especiales (NEE) de los y las estudiantes, en función del logro de aprendizajes académicos y sociales significativos para sus vidas. En este contexto, el presente *Informe* profundiza en ambos aspectos considerando datos disponibles, el análisis de políticas y normativas legales en la materia, la revisión de las orientaciones curriculares emanadas del Ministerio de Educación (en adelante, MINEDUC) y la percepción de actores relevantes vinculados a la temática. Finalmente, se entregan recomendaciones específicas de políticas educativas para hacer efectivo el derecho a una educación inclusiva y de calidad para todos los niños, niñas y adolescentes con discapacidad que desarrollan su proceso educativo en nuestro país.

Para el desarrollo de este informe, se realizó un grupo focal con 11 jóvenes con discapacidad intelectual del nivel laboral de la Escuela Especial Los Lirios de COANIL, cuyas edades fluctúan entre los 18 y 26 años. Además, fueron entrevistadas las siguientes personas, quienes autorizaron a mencionar sus nombres en forma pública:

Aída Guzmán Cifuentes: Educadora diferencial con mención en discapacidad intelectual. Hasta abril de 2014 se desempeñó como coordinadora de la Unidad de Educación Especial del MINEDUC, cargo que ocupó durante tres años. Actualmente es parte del equipo de la Unidad de Educación Media de la División de Educación General de MINEDUC.

Cynthia Duk Homad: Educadora diferencial y experta en educación inclusiva. Actualmente dirige el Centro de Innovación y Educación Inclusiva de la Universidad Central.

⁵ Superintendencia de Educación, Estadísticas de discriminación, www.supereduc.cl

Wilson Rojas Arévalo: Profesor de educación diferencial y psicólogo educacional especializado en inclusión. Jefe del Departamento de Educación del Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) desde 2009.

Rosa Blanco Guijarro: Licenciada en Ciencias de la Educación. Directora de la Organización de Estados Iberoamericanos en Chile. Trabajó durante varios años en UNESCO y en el Ministerio de Educación español.

Irma Iglesias Zuazola: Presidenta de la Fundación grupo Down21-Chile, organización de madres y padres de personas con síndrome de Down. Consejera del SENADIS. Miembro consultivo de la Red Iberoamericana de Expertos, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Paula Tapia Silva: Ex directora ejecutiva de la Asociación Nacional del Discapacitado Mental. Miembro de la Asociación X Frágil de Chile. Madre de un hijo con necesidades especiales que tiene síndrome de X frágil.

Eliana Corbett Godoy: Profesora de educación general básica. Directora del colegio Institución Teresiana.

Matías Poblete Sandoval: Profesor de Educación Diferencial. Presidente y representante legal de la Fundación Nacional para la Accesibilidad, el Diseño Universal y la Inclusión Social. Persona con discapacidad visual.

También fue entrevistado el padre de una niña sordo-ciega y con retraso en el desarrollo cognitivo, quien prefirió no dar su nombre públicamente para este informe.

1. EL ACCESO DE LOS/AS NIÑOS/AS CON DISCAPACIDAD A LA EDUCACIÓN COMÚN

1.1. Normativa legal

Desde la década de los noventa, junto con el retorno a la democracia, nuestro país ha ido progresivamente abriendo espacios a la integración de estudiantes con discapacidad en sistemas de educación común. El primer decreto orientado a esta temática fue el Decreto Supremo de Educación 490 de 1990. A partir de 1998, con la promulgación del Decreto 1, el Estado de Chile dio un impulso más fuerte desde un punto de vista financiero a proyectos en este ámbito. Este decreto se creó para regular el capítulo II de la Ley 19.284 de Integración Social de Personas con Discapacidad de 1994,⁶ referido al acceso a la educación. Con relación a la integración escolar, el Decreto 1 señala que:

⁶ Cabe señalar que esta fue la primera ley orientada a la promoción de derechos de personas con discapacidad en Chile en los diversos ámbitos de la vida social.

Los establecimientos educacionales comunes del país deberán incorporar las innovaciones y adecuaciones curriculares necesarias para permitir y facilitar a las personas que tengan necesidades educativas especiales, el acceso a los cursos o niveles, brindándoles la enseñanza complementaria que requieran para asegurar su permanencia y progreso en dicho sistema, como ocurre con los proyectos de integración.

En 2010, la Ley 19.284 fue derogada por la Ley 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad. Este cambio generó la necesidad de modificar el Decreto 1 con el fin de contar con una normativa actualizada y orientada por una perspectiva inclusiva. En agosto de 2012 la implementación de la Ley 20.422 fue evaluada por una comisión de la Cámara de Diputados, cuyo informe, emanado en noviembre de ese año, explicitó que ninguna de las medidas relativas a la temática de educación e inclusión escolar contaba con normativa reglamentaria.⁷ Particularmente, con relación al acceso, el informe señala que frente a las siguientes prescripciones de la ley no se cuenta con normativa reglamentaria ni tampoco existe obligación pendiente de dictarla: i) acceso a establecimientos públicos y privados del sistema de educación regular o a los establecimientos de educación especial, según corresponda, que reciban subvenciones o aportes del Estado; ii) incorporación de innovaciones y adecuaciones curriculares, de infraestructura y materiales de apoyo para facilitar el acceso a los cursos y niveles existentes y brindarles los recursos para asegurar su permanencia y progreso; iii) existencia de clases especiales dentro del mismo establecimiento educacional o en escuelas especiales, cuando no sea posible la integración en los cursos de enseñanza regular, atendida la naturaleza y tipo de discapacidad del alumno; y iv) modificaciones necesarias en el sistema de subvenciones educacionales o a través de otras medidas conducentes a este fin, para colaborar en el logro de las medidas anteriores.

Sobre este aspecto, en el Informe Inicial de Aplicación de la CDPcD presentado en agosto de 2012 por el gobierno chileno ante la Organización de Naciones Unidas,⁸ se indicó que, con el objeto de que el sistema educativo del país tendiera progresivamente a una educación más inclusiva, el MINEDUC se encontraba trabajando (en ese momento) en la elaboración de un decreto que contextualizaría el accionar educativo de la modalidad de educación especial, tanto en escuelas

⁷ Departamento de Evaluación de la Ley, Cámara de Diputados de Chile, Evaluación de la Ley 20.422, noviembre de 2012.

⁸ Informe presentado por el Gobierno de Chile para su examen por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.

diferenciales como comunes. Ahora bien, a la fecha, esta normativa reglamentaria aún no se encuentra disponible, lo que refleja la ausencia de un procedimiento básico para asegurar el adecuado acceso de estudiantes con discapacidad a una educación general e inclusiva, en igualdad de condiciones que los demás, tal como establece la Convención. Sobre este punto, la ex coordinadora nacional de la Unidad de Educación Especial del MINEDUC, Aída Guzmán, al ser entrevistada para este *Informe*, planteó que se han hecho esfuerzos importantes desde el MINEDUC por avanzar en la elaboración del reglamento, pero que este “se ha demorado más de lo que hubiéramos querido, porque ha habido varias situaciones en que las mismas normativas son un nudo para poder avanzar”.⁹ Por su parte, Wilson Rojas de SENADIS señaló que este organismo realizó en 2013 una serie de reparos al decreto que se estaba trabajando con MINEDUC, ya que “el cariz que le quería dar la antigua administración no era realmente inclusivo”;¹⁰ además, enfatizó la importancia de la reforma educacional que se avecina, visualizándola como una oportunidad para generar un sistema de educación general más inclusivo, con foco en la generación de condiciones de contexto para que las y los estudiantes en situación de discapacidad reciban respuestas educativas pertinentes y de calidad. Sobre este aspecto, Cynthia Duk sostuvo que es necesario hacer un cambio en la política de integración escolar y educación especial, el que debe enmarcarse en el actual proceso de reforma educacional que aspira a erradicar la segregación en Chile y combatir las desigualdades, “sobre todo las educativas”.¹¹

En marzo de 2014, un grupo de diputados, junto con la presidenta de la Fundación Down21-Chile, Irma Iglesias,¹² presentaron un proyecto de reforma constitucional con el fin de promover el reconocimiento de las personas en situación de discapacidad, “independientemente de su edad, de su género o condición”.¹³ Este proyecto persigue, además del reconocimiento constitucional, garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad y la libertad de trabajo con su consecuente protección.¹⁴ Este hecho refleja la falta de reconocimiento legal que se da en nuestro país respecto de las personas en situación de discapacidad. De acuerdo a Irma Iglesias:

El prestigio internacional del Estado de Chile está en juego si no incorporamos la variable discapacidad en nuestra Carta

⁹ Aída Guzmán, entrevista personal, 9 de mayo de 2014.

¹⁰ Wilson Rojas, entrevista personal, 7 de mayo de 2014.

¹¹ Cynthia Duk, entrevista personal, 9 de mayo de 2014.

¹² Irma Iglesias, entrevista realizada a través de correo electrónico, 11 de mayo de 2014.

¹³ Cámara de Diputados, Boletín 9276-07, ingresado el 13 de marzo de 2014.

¹⁴ Iglesias, op. cit.

Fundamental, cuya fuerza normativa y vinculación goza de mayor efectividad en el plano interno que la misma Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad o que la Ley 20.422.¹⁵

Es posible concluir que, si bien nuestro país cuenta con normativas legales que propenden a la inclusión educativa de personas en situación de discapacidad, estas no están siendo efectivas por no contar con reglamentos específicos que orienten el actuar de la sociedad en este plano. Es probable que el proyecto de reforma constitucional mencionado constituya una oportunidad para avanzar con más decisión en una perspectiva de inclusión escolar.

1.2. Las oportunidades de acceso

Todas las escuelas deberían ser inclusivas, porque la vida es inclusiva (Eliana Corbett, directora del colegio Institución Teresiana).¹⁶

Según el Informe Inicial de Aplicación de la Convención,¹⁷ nuestro país cuenta desde hace más de una década con subvención especial para escuelas regulares con proyecto de integración, lo que al parecer aseguraría el acceso de estudiantes con discapacidad a la educación común. Sin embargo, las organizaciones de la sociedad civil vinculadas a la temática de la discapacidad han manifestado las dificultades reales de acceso a la educación común para niños y niñas con discapacidad. En este contexto, un reciente documento del Foro por el Derecho a la Educación plantea:

Los niños, niñas y jóvenes con discapacidad son rechazados con mayor frecuencia que sus pares sin discapacidad cuando sus familiares solicitan matrícula para ellos en un jardín infantil, una escuela o un liceo regular, y muchas veces su incorporación queda condicionada al pago de aranceles y/o a la disposición de apoyos profesionales y materiales especializados de alto costo, que deben ser financiados de forma parcial o total por las familias.¹⁸

15 Íd.

16 Eliana Corbett, entrevista personal, 27 de mayo de 2014.

17 Se refiere al informe presentado en 2012 por el gobierno chileno ante la ONU.

18 Foro por el Derecho a la Educación, *Situación y desafíos de la educación inclusiva en Chile*, 2014. (El Foro por el Derecho a la Educación es una instancia que agrupa a organizaciones de la sociedad civil y del mundo académico para velar por el cumplimiento de los acuerdos del Foro Mundial de Educación para Todos. Más información en <http://educacionparatodos.cl>).

Esta apreciación se refuerza con la visión de Paula Tapia, madre de un niño con síndrome de X frágil, quien señala que durante la búsqueda de colegio para su hijo todos le decían que no había cupo o que no tenían las capacidades para atenderlo: “habré llamado a unos 60 colegios y de ahí en tres colegios aceptaron verlo y de esos tres colegios, dos me dijeron que no y en el tercero quedó”.¹⁹ En esta misma línea, Eliana Corbett plantea que “las mamás que tienen niños con síndrome de Down, con Asperger, o en situación de discapacidad permanente recorren 15 o 20 colegios y les van cerrando las puertas”.²⁰ Por su parte, uno de los padres de niños con discapacidad entrevistados reconoce que existen pocas alternativas de acceso a la educación regular: “se ha privilegiado el ingreso [de] aquellos niños que tienen menores dificultades de inclusión y no así [de] los de mayor dificultad, manteniéndolos segregados”.²¹

Un estudio realizado por la Fundación Chile, dado a conocer en julio de 2013,²² establece que, en el país, el 54% de las escuelas que reciben subvención estatal poseen programas de integración. Esto se debe a que estos programas no tienen un carácter obligatorio, sino que las escuelas optan por implementarlos o no. En este contexto, la ex ministra de Educación Carolina Schmith, en agosto de 2013, declaró: “Hago un llamado a los establecimientos escolares del país para que impulsen en sus colegios estos programas de integración, necesitamos respetar y valorar la diferencia”.²³ Este mensaje revela que el acceso de estudiantes con discapacidad a escuelas comunes está supeditado, entre otras cosas, a la voluntad de los establecimientos por tener un programa de integración. Evidentemente, de esta forma no se garantiza el acceso de todos los y las estudiantes con discapacidad a un sistema de educación común, tal como propugna la CDPcD.

Esta situación se ha agudizado porque, a partir de 2010, los programas de integración escolar no solo consideran a los estudiantes con discapacidad, sino que amplían su matrícula a quienes presentan necesidades educativas especiales transitorias asociadas a los siguientes diagnósticos: déficit atencional, rango intelectual limítrofe, trastornos específicos del lenguaje y trastornos específicos del aprendizaje.²⁴ Cabe señalar que estos diagnósticos no implican una situación de dis-

19 Tapia, op. cit.

20 Corbett, op. cit.

21 Entrevista personal, 22 de mayo de 2014.

22 Fundación Chile, Informe final del estudio “Análisis de la implementación de los Programas de Integración Escolar (PIE) en establecimientos que han incorporado estudiantes con Necesidades Educativas Especiales Transitorias (NEET)”, 2013.

23 Terra.cl: “Llaman a colegios crear programas para niños que requieren educación especial”, 6 de agosto de 2013.

24 La ampliación de los programas de integración a los déficits mencionados se dan en virtud del Decreto 170 de 2009, que comienza a ser implementado en 2010 y regula en gran medida los programas de integración en la actualidad.

capacidad propiamente tal, ya que no afectan de manera permanente el funcionamiento del sujeto, quien solo requiere de apoyos temporales. De acuerdo a los datos arrojados por el estudio de la Fundación Chile mencionado anteriormente, en 2012 el porcentaje de estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes (NEEP) que participaban en programas de integración correspondía a un 31%, contra el 69% que presentaba necesidades transitorias (NEET); es decir, más del doble de los estudiantes integrados presentaban necesidades transitorias, no asociadas a situación de discapacidad. En números, la cifra es de 52.847 estudiantes con necesidades permanentes versus 118.865 con necesidades transitorias. La tabla 1 muestra esta información desagregada por región.

Tabla 1: Distribución de alumnos integrados según región de pertenencia

| Región | NEEP | NEET |
|--------------------|--------|--------|
| Arica y Parinacota | 814 | 1.660 |
| Tarapacá | 728 | 1.916 |
| Antofagasta | 981 | 1.592 |
| Atacama | 855 | 1.077 |
| Coquimbo | 2.822 | 10.833 |
| Valparaíso | 3.805 | 9.469 |
| Metropolitana | 10.251 | 38.751 |
| O'Higgins | 3.745 | 5.307 |
| Maule | 5.082 | 6.616 |
| Biobío | 12.363 | 23.459 |
| Araucanía | 4.303 | 7.673 |
| Los Ríos | 4.574 | 6.150 |
| Los Lagos | 1.589 | 1.884 |
| Aysén | 284 | 1.016 |
| Magallanes | 651 | 1.462 |

Fuente: Fundación Chile.

Como se puede observar, en todas las regiones del país la matrícula de estudiantes con NEET supera la de NEEP, lo que significa que en los actuales programas de integración escolar los estudiantes en situación de discapacidad constituyen una significativa minoría. En este

sentido, se evidencia una clara tendencia de las escuelas a abordar a estudiantes con necesidades de carácter transitorio, quienes presentan dificultades para aprender durante un período de su trayectoria escolar, las que eventualmente son superadas con los apoyos educativos brindados, pero que no corresponden a la población de estudiantes en situación de discapacidad. De hecho, una de las conclusiones del estudio realizado por la Fundación Chile es que “Las escuelas seleccionan las NEE con las que desean trabajar, priorizando la incorporación de trabajo con NEET por sobre NEEP”.²⁵

El problema del acceso de estudiantes con discapacidad a escuelas comunes fue revelado en mayo de 2014 en un reportaje del canal Megavisión,²⁶ en que se denunciaron las siguientes situaciones irregulares: falta de vacantes para niños y niñas con discapacidad en los programas de integración subvencionados por el Estado, cobros excesivos realizados por colegios privados para contar con profesionales que atiendan las necesidades de los estudiantes, interrupción de matrículas por situaciones de comportamiento de estudiantes con discapacidad y reducción de horarios de clases para estos estudiantes. Como se señaló en el programa televisivo, estos antecedentes constituyen “señales que van en contra de la política inclusiva que promueve el Ministerio de Educación”. Al respecto, Irma Iglesias señala que las escuelas y liceos deben hacer cumplir el derecho a la educación de los y las estudiantes en situación de discapacidad. De la misma forma, respecto de la obligatoriedad de escuelas y liceos de recibir a estudiantes con discapacidad, Aída Guzmán²⁷ plantea que:

debieran [las escuelas y liceos comunes] tener el deber de recibirlos, ya que la educación es un derecho para todos. Y no solo los liceos y escuelas particulares subvencionadas, sino que todos los establecimientos educacionales del país debieran recibir a un estudiante en situación de discapacidad como reciben a cualquier otro estudiante.

Por su parte, Cynthia Duk plantea que Chile ha avanzado en la incorporación de estudiantes con discapacidad a la educación regular, pero que tal avance aún no es suficiente. La experta aspira a que “el 100% de las escuelas, al menos las subvencionadas por el Estado, reciban alumnos con discapacidad”.²⁸ Agrega que los programas de integración debe-

²⁵ Fundación Chile, op. cit., p. 247.

²⁶ Megavisión: “Alertan sobre posible mal uso de recurso en colegios integrados”, 4 de mayo de 2014.

²⁷ Coordinadora Nacional de la Unidad de Educación Especial de MINEDUC hasta 2010. Guzmán, op. cit.

²⁸ Duk, op. cit.

rían ser obligatorios y que los colegios privados también debieran recibir estudiantes con discapacidad, ya que se trata de un derecho. Para Rosa Blanco, el proceso de selección que se produce en las escuelas es uno de los componentes que genera exclusión de muchos niños y niñas, lo que también vale para quienes tienen una discapacidad. De acuerdo a Blanco, en nuestro país, “a pesar de los años que se lleva con políticas de integración, alrededor del 30% [de los niños y niñas con discapacidad] está en la escuela común”, mientras que la gran mayoría permanece en escuelas especiales.²⁹ Además, señala que, “si se supone que la inclusión es un componente del derecho a la educación, no se puede dejar a la buena voluntad de las escuelas que acojan o no a ciertos niños, porque no haríamos efectivo su derecho a una educación en igualdad de condiciones”. Matías Poblete³⁰ plantea que las escuelas deben permitir “que el derecho a la educación se pueda ejercer”, indicando que, más que un asunto de obligatoriedad, se trata de hacer efectivos los derechos, lo que sería señal de un país desarrollado, que respeta la diversidad y de una “escuela que realmente quiere cumplir el fin de la educación que es poder mejorar la calidad de vida de todas las personas”. Para uno de los padres entrevistados, con la inclusión de estudiantes en situación de discapacidad a la escuela, “la gran favorecida va a ser la sociedad en su conjunto, porque al final los mismos niños que no tienen este tipo de discapacidad van a aprender a convivir con ellos dentro de la estructura escolar”.³¹

Si bien se han abierto en Chile espacios educativos que integran a estudiantes con discapacidad, estos no son suficientes para dar respuesta a todos quienes lo requieren. Esto sucede debido a que las escuelas pueden decidir contar o no con un programa de integración, según su voluntad; de esta forma, no existen mecanismos que aseguren la consagración del derecho a una educación inclusiva abierta a niñas, niños y adolescentes en situación de discapacidad, tal como lo plantea la CDPcD.

1.3. El rol de las escuelas especiales

Me cuesta entender esta lógica que es que las personas con discapacidad tengan que estar en un lugar distinto para poder desarrollar sus aprendizajes (Matías Poblete).³²

Como se ha señalado, la CDPcD compromete a sus Estados partes a asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles, a fin de

²⁹ Rosa Blanco, entrevista personal, 15 de mayo de 2014.

³⁰ Matías Poblete, entrevista personal, 27 de mayo de 2014.

³¹ Entrevista personal, 22 de mayo de 2014.

³² Poblete, op. cit. Como se ha señalado, Matías Poblete es profesor de Educación Diferencial y posee discapacidad visual.

hacer efectivo el derecho a la educación de las personas con discapacidad, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades (artículo 24). En ninguno de sus artículos, se refiere a la existencia de escuelas especiales como una opción educativa para personas con discapacidad. Ahora bien, en la historia reciente de nuestro país en esta materia se observan avances y retrocesos respecto de los planteamientos de la Convención en este aspecto.

En términos de avances, en 2004 el informe de una comisión de expertos que analizó el sentido y futuro de la educación especial en Chile³³ estableció un marco conceptual y recomendaciones para avanzar de manera efectiva hacia un sistema de educación inclusiva. Dentro de sus recomendaciones, propuso que la integración de los niños con discapacidad debía dejar de ser voluntaria y que se requería una restricción progresiva de la escolarización de niños y niñas en escuelas especiales, brindando esta oferta solo a estudiantes que requirieran apoyos especializados, intensivos y permanentes. En el corto plazo, el informe planteó que era necesario: “i) frenar el ingreso de los niños con discapacidad a los niveles prebásicos de las escuelas especiales de modo que ingresen directamente a la educación común, ii) crear las condiciones necesarias en la educación común para que los alumnos integrados reciban las ayudas y recursos que requieran, iii) desincentivar la creación de nuevas escuelas especiales y iv) mejorar la calidad de la educación que se ofrece en las escuelas especiales existentes”.³⁴ En general, todas las recomendaciones de ese informe apuntaban en la dirección de ir consolidando gradualmente un sistema de educación inclusiva.

Sin embargo, a pesar de estas recomendaciones, las políticas asumidas en los años posteriores han tendido a reforzar la matrícula en escuelas especiales. De hecho, el Informe Inicial de Aplicación de la CDPcD³⁵ señala que, de acuerdo a la Ley 20.422:

El Estado debe garantizar a las personas con discapacidad el acceso a establecimientos públicos y privados del sistema de educación regular o a los establecimientos de educación especial según corresponda, que reciban subvenciones o aportes del Estado. A través de la subvención especial se permite que las familias puedan optar por la educación especial o la educación regular como instancia educativa para sus hijos.³⁶

33 MINEDUC, *Nuevas perspectivas y visión de la educación especial*, Chile, 2004.

34 *Ibid.*, p. 72.

35 Gobierno de Chile, *Informe Inicial de aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de conformidad al artículo 35 de la Convención*, agosto de 2012.

36 *Ibid.*, párr.141 a).

Llama la atención en este informe, que contiene la voz oficial del Estado de Chile en la materia tratada, que la oferta de la escuela especial se plantee como una posibilidad elegible por las familias, más que como una opción a la que habría que recurrir siempre y cuando la integración en la escuela regular no sea posible, según plantea la misma Ley 20.422 en su artículo 36: “Cuando la integración en los cursos de enseñanza regular no sea posible, atendida la naturaleza y tipo de discapacidad del alumno, la enseñanza deberá impartirse en clases especiales dentro del mismo establecimiento educacional o en escuelas especiales”. Se puede interpretar que, si bien la ley intenta armonizar con los planteamientos de la CDPcD, fomentando la integración de estudiantes con discapacidad en la escuela regular, desde el Estado ha primado un enfoque más centrado en la libertad de los padres de elegir que en el derecho de los estudiantes con discapacidad de recibir una educación inclusiva y de calidad.

Los datos disponibles sobre la cantidad de escuelas especiales en 2005 y 2013 indican que, lejos de disminuir la cantidad de establecimientos, la tendencia es al alza para todos los déficits atendidos. Esto se evidencia en la información que presenta la tabla 2.

Tabla 2: Cantidad de escuelas especiales en 2005 y 2013 según déficit atendido

| Déficit atendido \ N° de escuelas | 2005 | 2013 | Diferencia |
|--|------------|--------------|---------------|
| Trastorno específico del lenguaje (TEL) | 548 | 1.347 | +799 |
| Discapacidad auditiva | 15 | 25 | +10 |
| Discapacidad intelectual | 353 | 499 | +146 |
| Discapacidad visual | 8 | 13 | +5 |
| Trastorno motor | 3 | 25 | +22 |
| Trastorno mutista | 8 | 54 | +46 |
| Graves alteraciones de la comunicación y la relación | 0 | 25 | +25 |
| Totales | 935 | 1.988 | +1.053 |

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la Unidad de Educación Especial del MINEDUC (Directorio de escuelas especiales 2013 y Política Nacional de Educación Especial 2005).

En los datos presentados destaca el aumento sustantivo de las escuelas de lenguaje entre 2005 y 2013. Este tipo de establecimientos atiende a estudiantes diagnosticados con trastornos específicos del lenguaje, en edad entre los tres y cinco años, quienes pueden ingresar

a los niveles educativos medio mayor, primer nivel de transición y segundo nivel de transición. Claramente, la existencia de estas escuelas va en desmedro de una educación inclusiva y es totalmente contraria a la orientación del informe de los expertos de 2004, que planteaba la necesidad de frenar el ingreso de los niños con discapacidad a los niveles prebásicos de las escuelas especiales para promover su ingreso directo a las escuelas comunes. Sobre este punto, Cynthia Duk propone una transformación de estos establecimientos, indicando que “Chile no puede seguir siendo el único país del mundo que segrega en escuelas especiales a niños de edad preescolar que tienen dificultades de lenguaje”.³⁷ Para la experta, la existencia de estas escuelas, tal como existen hoy, atenta contra el derecho a la igualdad de oportunidades y el principio de inclusión, por lo que propone una reconversión de estos establecimientos en jardines infantiles o escuelas de párvulos inclusivas, lo que favorecería el aumento de cobertura que el país requiere en educación inicial.

En cuanto a las cifras de matrícula en escuelas especiales, solo se dispone de información hasta 2010, lo que se aprecia en los datos de la tabla 3:

Tabla 3: Evolución de matrícula en escuelas especiales y establecimientos regulares con Proyecto de Integración Escolar (PIE)

| Año | Escuelas especiales | Establecimientos con PIE |
|------|---------------------|--------------------------|
| 2006 | 113.534 | 48.948 |
| 2007 | 123.895 | 55.090 |
| 2008 | 132.612 | 64.351 |
| 2009 | 143.907 | 72.032 |
| 2010 | 152.452 | 76.876 |

Fuente: Informe Inicial de Aplicación de la CDPcD.

Lamentablemente, a la fecha no se cuenta con datos más actualizados sobre la evolución de la matrícula de las escuelas especiales. Sin embargo, a la luz de la opinión de expertos, representantes de la sociedad civil y miembros del aparato estatal vinculados con la temática, es posible vislumbrar el rol que debieran asumir estos establecimientos en el escenario actual.

³⁷ Duk, op. cit.

Para Cynthia Duk,³⁸ las escuelas especiales no constituyen una garantía de cumplimiento del derecho a la educación de personas con discapacidad en Chile, por una serie de falencias en su funcionamiento, entre las que destaca: i) la existencia de un currículo paralelo que no responde a los desafíos educativos para todos los y las estudiantes del país; ii) la presencia de una estructura escolar distinta, en términos de la organización de los cursos y niveles, que no facilita el tránsito de estudiantes desde la escuela especial a la escuela común; y iii) la ausencia de una certificación de estudios válida, lo que afecta gravemente la posibilidad de inserción laboral efectiva. La experta señala que “es necesario revisar las escuelas especiales, su normativa y quiénes son sus alumnos”; propone que se debieran destinar recursos y esfuerzos para fiscalizar qué tipo de alumnos están escolarizando estos establecimientos, porque “todos hoy día sabemos que hay muchos alumnos que tienen discapacidades leves, menores y que están en las escuelas especiales, producto de su fracaso en las escuelas comunes, y eso no se puede permitir”. Duk plantea también que, dado que estamos en un proceso de transición hacia la inclusión, las escuelas especiales se deben mantener para atender a la población de alumnos que requieren apoyos especializados permanentes e intensivos, como aquellos que presentan discapacidades severas o múltiples. La misma opinión expresa Aída Guzmán, quien señala que la escuela especial beneficia a un colectivo de estudiantes “que tienen muchas necesidades educativas de alta complejidad”.³⁹ Guzmán sostiene que las escuelas especiales tienen un rol importante que cumplir, pero no como una institución segregadora, sino como una “que oriente, asesore, acompañe y apoye a la escuela regular, porque ahí están los expertos, ahí están los especialistas”. En esta misma línea, Wilson Rojas plantea que las escuelas especiales deben funcionar desde un enfoque inclusivo, “con un rol que tenga que ver básicamente con ser un centro de recursos para la inclusión”; no obstante, reconoce la importancia de las escuelas especiales que atienden a niños, niñas y jóvenes en situación de discapacidad “que presentan necesidades educativas más complejas de satisfacer en contextos educativos regulares”.⁴⁰

Para Paula Tapia, las escuelas especiales abrieron la primera oportunidad para que las personas con discapacidad pudieran participar del sistema educativo. De acuerdo a su visión, estas escuelas mantienen su relevancia dadas las condiciones de nuestra realidad: “todavía siguen siendo importantes porque los colegios que tienen proyectos de integración o inclusión están en un proceso de formación, no están sólidos todavía y tienen muchas deficiencias y problemas de implementación”.⁴¹

38 Íd.

39 Guzmán, op. cit.

40 Rojas, op. cit

41 Tapia, op. cit.

Además, señala que los colegios con integración son muy escasos aún, lo que justifica la existencia de las escuelas especiales como alternativa.

La opinión de Irma Iglesias de la Fundación Down-21 es más radical, al plantear que las escuelas especiales “ya tuvieron su tiempo, sin resultados, y con una mirada asistencialista”.⁴² Según Iglesias, madre de una estudiante con síndrome de Down integrada en una escuela regular, la escuela especial “invisibiliza a la persona en situación de discapacidad y la aleja del mundo real”. Una opinión similar manifiesta Eliana Corbett, quien no es partidaria de que en Chile sigan existiendo escuelas especiales, ya que tienden a la segregación.⁴³

Por su parte, Matías Poblete manifiesta una opinión dividida en torno a las escuelas especiales, tal como se aprecia en la siguiente cita:

Creo que hay escuelas especiales que son muy buenas, que verdaderamente realizan un trabajo excelente, que pueden optimizar al máximo las capacidades de los estudiantes. Siento que también realizan un buen trabajo desde el punto de vista del desarrollo de las actividades de la vida adulta, el tema de la empleabilidad, de la autonomía, pero, no obstante, la visión de las escuelas especiales es muchas veces como una guardería donde tienen que estar las personas que son “limitadas”.⁴⁴

La valoración hacia la escuela especial también se aprecia en el grupo focal realizado con estudiantes de nivel laboral de la Escuela Especial los Lirios de COANIL, quienes, al ser consultados sobre las oportunidades de salir de un liceo regular versus una escuela especial, plantean opiniones como: “vamos a salir con las mismas oportunidades, depende de que le pongamos buena al estudio” o “en un liceo no te van a llevar a un trabajo, tu tenís que buscar tu trabajo”.⁴⁵ Así, lo más valorado por los jóvenes es la oportunidad que les ofrece la escuela de colocarlos laboralmente y apoyarlos en este proceso. Sin embargo, al momento de proponer recomendaciones a la escuela, los jóvenes expresan su deseo de aprender más contenidos asociados al currículum de educación común: “que nos enseñen más, un poquito más de matemáticas, más de lenguaje, más lectoescritura, más ciencias naturales, para que vayamos aprendiendo, aparte de lo que nos enseñan, un poquito más”. Es probable que sea más fácil dar respuesta a este desafío con el apoyo y trabajo colaborativo con profesores regulares especialistas en las disciplinas que los jóvenes quieren aprender.

⁴² Iglesias, op. cit.

⁴³ Corbett, op. cit.

⁴⁴ Poblete, op. cit.

⁴⁵ Grupo focal realizado el 10 de junio de 2014.

Un aspecto que destaca Matías Poblete⁴⁶ es el referido a las escuelas especiales para población con déficit auditivo: “es difícil estar en una escuela regular donde no se maneja la lengua de señas; por lo tanto, si bien no es bueno que estén en una escuela especial para sordos, creo que no es muy bueno que estén en una escuela regular donde no se maneja la lengua de señas”. Esta afirmación subraya el tipo de consideraciones relevantes a considerar al momento de generar espacios inclusivos en las escuelas comunes.

De lo anterior se desprende que el derecho a una educación inclusiva y de calidad para las personas en situación de discapacidad implica revisar qué está pasando y cuál es el rol que les compete a las escuelas especiales. Ello se hace necesario para ser consistentes con el compromiso que ha adquirido nuestro país al firmar la CDPcD y su protocolo facultativo. Considerando la gran cantidad de establecimientos de este tipo que funcionan en Chile, es improbable proyectar su desaparición en un corto plazo, pero sí es factible diseñar mecanismos para redirigir su acción, según proponen los expertos y personas en situación de discapacidad entrevistados, hacia una orientación inclusiva y de colaboración con la escuela regular.

2. EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA Y LOS PROGRAMAS DE INTEGRACIÓN ESCOLAR (PIE)

En esta sección, analizaremos cómo se ha dado el proceso educativo para aquellos estudiantes con discapacidad que han logrado acceder al sistema escolar regular a través de los PIE, que constituyen la vía institucionalizada por el Estado de Chile para integrarlos a la educación común. Esta temática resulta de alta relevancia al considerar que la CDPcD no solo pretende asegurar el acceso de los niños y niñas con discapacidad al sistema común de educación primaria y secundaria, sino que además establece la necesidad de que:

1. Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales.
2. Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva.
3. Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión (artículo 24).

⁴⁶ Poblete, op. cit.

Se analizará la estrategia PIE en tanto se aproxima o no a los desafíos específicos de la Convención, relativos al derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad.

2.1. Los PIE y la mejora escolar

El estudio sobre la implementación de los PIE realizado por la Fundación Chile⁴⁷ revela que, aunque las escuelas han logrado instalar procesos para desarrollar estos programas, que aseguran el acceso de estudiantes en base al diagnóstico, aún existen barreras para que su orientación apunte a la mejora escolar, entre las cuales se encuentran: i) debilidad en la organización y planificación de acciones para el trabajo con la diversidad al interior del aula, ii) reducida cantidad de horas de colaboración entre docentes de apoyo y profesores regulares, y iii) reticencia de profesores regulares en cuanto a incorporar prácticas de trabajo con la diversidad en el aula y para trabajar en forma colaborativa con profesionales de apoyo. Estas barreras inciden en los resultados de aprendizaje de los estudiantes, sobre todo de aquellos que requieren un trabajo coordinado y apoyos especiales para dar respuesta a sus necesidades educativas, grupo en cual están los que presentan alguna situación de discapacidad. “Los PIE se están configurando más como una política de promoción de la sociabilidad de los alumnos con NEE, que en una estrategia para el mejoramiento de los aprendizajes”.⁴⁸ En este sentido, no se estaría apuntando a la idea de promover el máximo desarrollo académico de los estudiantes con discapacidad, sino solo abordando su desarrollo social, lo que contraviene lo establecido por la CDPcD.

Coincidente con los resultados del estudio citado en el párrafo anterior, Aída Guzmán plantea que, si bien en los últimos años se han ampliado las oportunidades de acceso de estudiantes con discapacidad a las escuelas comunes, no está claro si la educación que reciben responde adecuadamente a sus requerimientos. Al respecto, la especialista señala que:

Si bien la cantidad de estudiantes en condición de discapacidad que están en el sistema regular ha aumentado considerablemente, las condiciones en que están dentro de la escuela, no sabemos si son las mejores, y si realmente la escuela está respondiendo o no a las necesidades de esos estudiantes y se está haciendo cargo de la participación y del progreso de ellos en su aprendizaje y desarrollo integral, esa es la gran duda.⁴⁹

⁴⁷ Fundación Chile, op. cit.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 252.

⁴⁹ Guzmán, op. cit.

Al respecto, Matías Poblete señala que los proyectos de integración constituyen una muy buena iniciativa, ya que “en su espíritu está el tema de promover la igualdad de oportunidades y de inclusión; no obstante, en la práctica es donde cuesta ejecutar las tareas”.⁵⁰ Eliana Corbett manifiesta su preocupación sobre la ausencia de una perspectiva inclusiva en varios proyectos de integración: “tienen sus especialistas, psicólogo, psicopedagogo, fonoaudiólogo, que van trabajando en paralelo, y eso no lo comparto; no es parte de la inclusividad”.⁵¹

Por otra parte, de acuerdo a los datos de la Superintendencia de Educación, en 2013 se produjeron 32 denuncias por falta de especialistas en proyectos de integración y educación especial. Estas denuncias dan cuenta de problemas de acceso a las medidas de apoyo educativo personalizadas que establece la CDPcD. Sobre esta situación, el estudio de la Fundación Chile denuncia que “existen grandes diferencias en el acceso a profesionales según dependencia administrativa, ubicación geográfica y vulnerabilidad”.⁵² Este muestra que las escuelas municipales no siempre tienen acceso a determinados profesionales facultados para evaluar algunos tipos de déficits, situación que se agudiza en escuelas rurales.

2.2. Los PIE: ¿estrategia de integración o de inclusión?

Otra de las conclusiones a las que arriba el estudio de la Fundación Chile es que “Las actitudes y prácticas presentes en las escuelas que cuentan con Programas de Integración Escolar, están más asociadas a la integración que a la inclusión”.⁵³ Esto quiere decir que la escuela no está siendo concebida como un espacio de valoración de la diversidad cultural, social e individual, sino que como un lugar donde se debe trabajar en forma diferenciada con un grupo determinado, en este caso alumnos con NEE, generando las condiciones para que se adapten a los desafíos curriculares concebidos para todos.

Para Irma Iglesias, los programas de integración no funcionan desde un enfoque inclusivo, “son la segregación dentro de la escuela común”.⁵⁴ Propone que se debe terminar con la integración y sus modalidades discriminatorias que no ofrecen una certificación de estudios que permita acceder posteriormente a la vida laboral. En el mismo sentido, Aída Guzmán piensa que los programas de integración escolar no debieran existir: si la escuela y el sistema educacional chileno fuesen inclusivos no se necesitaría un programa de integración y los

⁵⁰ Poblete, op. cit.

⁵¹ Corbett, op. cit.

⁵² Fundación Chile, op. cit., p. 258.

⁵³ *Ibid.*, p. 246.

⁵⁴ Iglesias, op. cit.

recursos millonarios que se emplean en la actualidad podrían utilizarse en mejorar la estructura y los recursos educativos y en contar en cada establecimiento con un equipo encargado de orientar el trabajo con toda la comunidad educativa.⁵⁵ Cynthia Duk comparte esta visión y plantea que la figura de los programas de integración escolar está agotada para los cambios que se proponen actualmente con la reforma educacional: “si queremos escuelas inclusivas, la integración de los alumnos con discapacidad no debe hacerse a través de un programa de integración, esa lógica no se corresponde, no es consistente con el planteamiento inclusivo”⁵⁶

Otro aspecto que da cuenta de la ausencia de un enfoque inclusivo de los PIE es que los criterios diagnósticos del Decreto 170, que regula el funcionamiento de estos programas, se centran en evaluaciones médicas o clínicas, que muchas veces no consideran aspectos de aprendizaje ni del contexto de los estudiantes y que, de esta forma, “muchas veces etiquetan a los niños”.⁵⁷ Irma Iglesias propone la derogación del Decreto 170 que, en el ámbito de la discapacidad intelectual, sigue operando bajo la lógica de evaluar el coeficiente intelectual, lo cual “va en retirada en el mundo”.⁵⁸ Por su parte, Matías Poblete señala que el Decreto 170 no posee un enfoque inclusivo, ya que reconoce las necesidades educativas especiales como déficits y define a priori qué estudiantes van a presentarlas, estableciendo “cuáles van a ser transitorias y cuales serán permanentes”.⁵⁹ Esta perspectiva atenta contra el enfoque contextual y dinámico de las NEE, las que deben ser identificadas considerando las características del estudiante así como las de su entorno educativo.

Por otra parte, es necesario considerar las representaciones sobre discapacidad que poseen quienes toman decisiones en la escuela. Al respecto, Matías Poblete plantea que, si bien existen experiencias en que se intenta trabajar desde un enfoque inclusivo, “empiezan a operar las representaciones que tienen las personas en torno a la discapacidad, comienzan a operar las creencias, las expectativas que tienen los profesores y directivos en torno al tema y ahí se va dificultando la inclusión”.⁶⁰ Según Poblete, “muchas veces son los mismos profesores o los equipos de apoyo los que podrían estar generando una NEE; por lo tanto, hay muchas cosas que se ponen en juego en cuanto a cómo funcionan los programas de integración escolar”. En este sentido, para avanzar hacia una educación inclusiva se requiere contar con

55 Guzmán, op. cit.

56 Duk, op. cit.

57 Fundación Chile, op. cit , p. 263.

58 Iglesias, op. cit.

59 Poblete, op. cit.

60 Íd.

directivos y docentes con competencias para trabajar en contextos de diversidad. Al respecto, Wilson Rojas recalca la necesidad de fortalecer la formación de pregrado y continua de los docentes, “de manera que exista capacidad instalada en todos los actores, para entregar respuestas educativas pertinentes y de calidad”.⁶¹

El tránsito de la integración a la inclusión implica dejar de mirar a la educación inclusiva como un problema que atañe a la educación especial, sino como un asunto que debe ser tratado desde la educación general. En efecto, varios entrevistados aluden al actual contexto de reforma educacional como una oportunidad para avanzar hacia la construcción de una educación inclusiva en Chile, incorporando la variable discapacidad. El programa educacional planteado por el actual gobierno se propone construir un sistema educativo inclusivo, al que alude como un “desafío mayúsculo”. El programa plantea:

Terminaremos con toda forma de selección a nivel de la escuela, tanto económica, social, académica como conductual. Adicionalmente, los establecimientos deberán considerar en su proyecto educativo la inclusión de niños con necesidades educativas especiales y la habilitación para que ello ocurra de manera adecuada.⁶²

Si bien es cierto que este compromiso resulta de alta relevancia, es necesario puntualizar que “niños con necesidades educativas especiales” no necesariamente equivale a niños o niñas en situación de discapacidad. Paula Tapia plantea que “cuando hablamos de la selección nadie ha mencionado qué pasa con las personas con discapacidad intelectual, se ha hablado de cortar la selección pero, si viene un chico de una escuela especial, no lo van a aceptar”.⁶³ De igual forma, Matías Poblete comenta que no hay claridad sobre la manera en que la reforma educacional va a beneficiar a las personas con discapacidad.⁶⁴ En efecto, dentro de los pilares del actual proceso de reforma se declara la generación de un sistema más equitativo e inclusivo y el aseguramiento de la educación como un derecho social.⁶⁵ Sin embargo, no se hace referencia a la inclusión de estudiantes con discapacidad. El mensaje de la presidenta de la República, que inicia el proyecto de ley para poner fin al lucro, el financiamiento compartido y la selección, plantea lo siguiente:

61 Rojas, op. cit.

62 Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018, p. 19.

63 Tapia, op. cit.

64 Poblete, op. cit.

65 Nicolás Eyzaguirre, *Reforma educacional, primeras iniciativas legislativas*. Presentación ante la Comisión de Educación de la Honorable Cámara de Diputado, 3 de junio de 2014.

El convencimiento profundo de que todos los niños y niñas sin distinciones pueden aprender es lo que anima a pensar las salas de clases y las escuelas como espacios inclusivos, en donde se aprendan y vivencien los valores del respeto y aprecio por la diversidad, donde convivan y se encuentren las distintas realidades y experiencias socioculturales de nuestro país, concibiendo siempre al otro como un igual en dignidad y derechos.⁶⁶

A pesar de que se desprende de estas palabras una clara orientación inclusiva, se constata la omisión de las diferencias referidas a estilos y ritmos de aprendizaje de los niños y niñas. En otras palabras, se evidencia que el discurso de la reforma reconoce con claridad las diferencias sociales, económicas y culturales de los estudiantes, pero no considera aquellas que se asocian de manera directa a la presencia de necesidades educativas especiales y menos a la situación de discapacidad.

El currículo es otro aspecto relevante a considerar para comprender el sentido de los actuales programas de integración escolar. El currículo establece los objetivos de aprendizaje que se espera que todos los niños y niñas logren, y, además, propone orientaciones para la implementación del trabajo pedagógico. Los instrumentos curriculares recientes⁶⁷ evidencian diferencias importantes entre las orientaciones que se brindan en los programas de estudio propuestos por el MINE-DUC para educación básica (1° a 6° básico) y los de educación media de formación común (7° básico a 2° medio). De hecho, en cada programa de las distintas disciplinas, desde 1° a 6° básico, se presentan en forma explícita orientaciones para su implementación que incluyen la atención a la diversidad. Cabe destacar que, en este apartado, todos estos programas indican que:

En el trabajo pedagógico, el o la docente debe tomar en cuenta la diversidad entre los estudiantes, en términos culturales, sociales, étnicos, religiosos, y respecto de las diferencias entre hombres y mujeres, estilos y ritmos de aprendizaje, y niveles de conocimiento.⁶⁸

66 Mensaje N° 131-362. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, 19 de mayo de 2014.

67 Derivados de la Ley 20.370 de 2009. Cabe destacar que esta ley redefine los años de duración de los niveles educativos de educación básica y media, dejando a ambos en 6 años. De esta forma, la educación básica comprende de primero a sexto básico; la educación media incluye una etapa de formación general (de séptimo básico a segundo medio), culminando en los dos años restantes con una formación diferenciada.

68 MINEDUC, Programas de Estudio para Educación Básica.

Ahora bien, esta orientación no está presente en los programas de educación media, para ninguna de sus disciplinas, lo que se puede leer como una falta de expectativas con relación a la posibilidad real de que estudiantes con NEE, con o sin discapacidad, accedan a la educación media. Esta apreciación se refuerza con la opinión de Paula Tapia, quien señala que “los colegios que tienen proyecto de integración, no lo aceptan desde tercero básico y mucho menos lo aceptarán en primero medio”,⁶⁹ refiriéndose a la experiencia de integración de su hijo. Asimismo, los programas de estudio no son de uso obligatorio por parte de los establecimientos educacionales, por lo que las orientaciones de atención a la diversidad no son consideradas necesariamente por todas las escuelas de Chile. Además, los programas de estudio se plantean como un instrumento “totalmente coherente y alineado”⁷⁰ con las bases curriculares, pero en estas no aparece ninguna mención a un trabajo pedagógico orientado a la diversidad. Esto último resulta preocupante porque es en las bases curriculares donde deben abrirse espacios visibles de una educación inclusiva; en ellas se establecen aquellos objetivos de aprendizaje para todos/as los/as estudiantes en las escuelas chilenas, junto con las orientaciones fundamentales que los docentes deben considerar en su ejercicio profesional.

En síntesis, se constata que, en general, los programas de integración escolar no han logrado focalizarse en la mejora de los aprendizajes de los/as estudiantes participantes, ni tampoco consolidarse como una estrategia orientada por un enfoque inclusivo. En este contexto, se requiere revisar el sentido de estos proyectos y la conveniencia de seguir considerándolos como el camino para hacer efectivo el mandato de la CDPcD de contar con un sistema educativo inclusivo, al que puedan acceder todos los niños y niñas en situación de discapacidad. Es fundamental asumir que la educación inclusiva es un asunto de la educación general, en el cual la educación especial puede participar desde una perspectiva colaborativa. De esta forma, la educación especial y la escuela especial constituyen un aporte especializado para la gestión de procesos impulsados desde las escuelas comunes, que apunten a la construcción de sistemas escolares no discriminatorios.

3. CONCLUSIONES

Chile cuenta con normativas legales orientadas a la inclusión educativa de personas en situación de discapacidad. Sin embargo, se dan situaciones que impiden un avance sostenido en esta materia: i) se aprecia

⁶⁹ Tapia, op. cit.

⁷⁰ Programa de Estudio 1° Básico, Lenguaje y Comunicación, p. 10.

una falta de consistencia entre instrumentos legales como la CDPcD, la Ley 20.422 y el Decreto 170 en las concepciones sobre educación inclusiva y discapacidad. La CDPcD mandata la no exclusión de niños y niñas de la educación primaria, gratuita y obligatoria, ni de la secundaria, por motivos de discapacidad, sin hacer alusión a la existencia de sistemas paralelos como las escuelas especiales. Estas últimas sí son reconocidas en la Ley 20.422 como una alternativa de la modalidad de educación especial, tal como lo son los programas de integración escolar en escuelas comunes. Si bien la ley indica que las escuelas especiales deben atender casos particulares en razón de la naturaleza y tipo de discapacidad, no enfatiza en el mandato de no exclusión de la educación común establecido en la Convención; ii) El Decreto 170 establece categorías asociadas a un enfoque basado en el déficit, por sobre una perspectiva educativa y contextual para comprender la situación de discapacidad y las NEE, lo que contraviene los principios de la ley y de la Convención en esta materia; esto es especialmente sensible en el ámbito de la evaluación de discapacidad intelectual, que considera el coeficiente intelectual como un aspecto clave de su definición; iii) Se evidencia una ausencia de políticas o reglamentos específicos que hagan valer las disposiciones de la Ley 20.422 y que además sean coherentes con los mandatos de la Convención.

No está claro si los programas de integración escolar constituyen la estrategia más eficiente para hacer realidad los desafíos de la CDPcD en materia educacional. Más que tratarse de iniciativas inclusivas, surgidas desde el sistema de educación general, estos programas han funcionado al amparo de la educación especial, como instancias de atención de un grupo particular de sujetos: aquellos que presentan necesidades educativas especiales asociadas o no a determinados déficits. Desde esta lógica, los estudiantes no son valorados en su diversidad sino que más bien son reducidos a categorías diagnósticas que generan exclusión. Por otra parte, la cobertura de estos programas es insuficiente debido a que los establecimientos educacionales no tienen la obligación de implementarlos. De hecho, solo un 54% de las escuelas que reciben subvención estatal tienen programas de integración escolar para estudiantes con necesidades educativas especiales, de los cuales la gran mayoría no presentan discapacidad. En este contexto, el actual escenario de reforma educacional es un espacio propicio para avanzar hacia un sistema educativo inclusivo, que incorpore la variable discapacidad, especialmente si se considera el proyecto que pone fin a la selección de estudiantes.

Si bien se valora el aporte que las escuelas especiales han realizado a la educación de niños, niñas y jóvenes con discapacidad, se hace necesario revisar la función que actualmente cumplen en el sistema escolar y verificar en qué medida están alineadas con el desafío de la educación inclusiva propuesto por la CDPcD. En especial, se concluye

que la existencia de las escuelas de lenguaje para preescolares contraviene los principios de la Convención, ya que se tiende a segregar a los niños y niñas que presentan dificultades de lenguaje, en vez de generar tempranamente mecanismos de apoyo en contextos inclusivos.

4. RECOMENDACIONES

1. Resulta de vital importancia alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la Convención. En primera instancia, la Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; en segunda instancia, urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; finalmente, el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos.
2. Se requiere instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable. En este punto, se recomienda incorporar la temática de la educación inclusiva y la variable discapacidad, en forma explícita, en la actual propuesta de reforma educacional. En el corto plazo, los programas de integración escolar deben ser parte de una estrategia inclusiva más amplia a implementar por todas las escuelas, en que la variable discapacidad se considere como una diferencia y no como un factor de menoscabo. A mediano plazo, debiera revisarse la conveniencia de mantener estos programas como la estrategia viable que el sistema escolar asume para implementar los mandatos de la CDPcD en materia educacional.
3. Es fundamental que las nuevas disposiciones normativas aseguren que todos los establecimientos educacionales chilenos, con y sin financiamiento estatal, ofrezcan vacantes para estudiantes con discapacidad en sus comunidades de pertenencia, proporcionales a la población de las diversas localidades del país. Esto conlleva que todas las escuelas y liceos cuenten con equipos directivos y docentes formados en estrategias de educación inclusiva. Por lo tanto, las políticas de formación inicial y de perfeccionamiento de profesores en ejercicio debieran asegurar oportunidades en esta línea.

4. Se recomienda al MINEDUC incorporar en forma explícita, en las bases curriculares de educación básica y media, orientaciones para atender la diversidad presente en las aulas, incorporando la variable discapacidad. Asimismo, estas orientaciones deben hacerse extensivas a los diversos instrumentos curriculares e incorporar orientaciones específicas en términos de actividades, evaluación y uso de recursos didácticos.
5. Resulta crucial reorientar el funcionamiento de las escuelas especiales hacia un rol de colaboración con las escuelas regulares, que posibilite brindar apoyos especializados para el trabajo con estudiantes con discapacidad en contextos de educación inclusiva. Especialmente, se sugiere generar un plan que posibilite la reconversión de las escuelas especiales de lenguaje en jardines infantiles o escuelas de párvulos con enfoque inclusivo.

HOMOPARENTALIDAD EN CHILE Y DERECHOS HUMANOS¹

¹ Capítulo elaborado por Juan José Álvarez y Tomás Vial, con la valiosa cooperación de los alumnos de la Facultad de Derecho de la UDP María Paz Díaz, Carolina Durán, Guillermo Briceño, Gabriela Durán y María Paz Daza.

SÍNTESIS

El presente capítulo analiza los derechos de las personas LGTBI respecto a cómo el Estado asegura su igual ejercicio de la paternidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega este derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una grave infracción de los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional.

PALABRAS CLAVES: Homoparentalidad, Gays, Lesbianas, Adopción, Fertilización asistida.

INTRODUCCIÓN

La igual protección de los derechos de todas y todos en Chile es aún un deber incumplido del Estado y un principio que la sociedad chilena no termina de asumir plenamente. Esto es particularmente claro, como lo demuestran los *Informes* anteriores, respecto a los hombres y mujeres que son discriminados por su orientación sexual o identidad de género. Y es probable que no haya aspecto en el cual el trato desigual, que solo demuestra un rechazo a esa orientación o identidad, sea más patente y serio en sus efectos que en lo relativo a la capacidad y posibilidad de ejercer la paternidad y maternidad. El presente capítulo se enfoca en abordar, de acuerdo a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, cómo el Estado de Chile cumple sus compromisos en materia de entregar igual protección a las personas gay, lesbianas y trans en materia de parentalidad. Para esos efectos, la sección primera describe el marco normativo de los derechos humanos más directamente aplicables a este asunto. La segunda, analiza la situación actual de la legislación nacional y la tercera, hechos y casos ocurridos desde 2013 hasta agosto del presente año que tengan relación con el ejercicio de la parentalidad por parte de personas LGTBI. Se finaliza con unas conclusiones y recomendaciones.

1. MARCO DE DERECHOS HUMANOS APLICABLE

1.1. La no discriminación en razón de orientación sexual y género

El marco del derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile y que es aplicable a la situación de las personas gays, lesbianas y trans, incluye aquellas normas que aseguran la igualdad y la no discriminación a todas las personas. Existen numerosas convenciones internacionales que prohíben la discriminación en términos generales, como, por ejemplo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) o el Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Otras tienen

como objetivo central la prohibición de la discriminación por un motivo particular, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFD). A nivel del sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) tiene la aplicación más general, además de estar Chile obligado a la jurisprudencia de su corte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). La Convención, en forma similar al PIDCP, contiene en su artículo 1 una cláusula general que asegura la no discriminación respecto a los derechos consagrados en ella y una norma independiente, en su artículo 24, que asegura la igualdad ante la ley y a la igual protección.

En estos cuerpos no se prohíbe expresamente la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Ha sido la jurisprudencia de las cortes y de los organismos encargados de aplicar esos tratados la que ha precisado cuándo y cómo se entiende que existe ese tipo de discriminación. Así, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, órgano aplicador del PIDESC, en su Observación General 20, expresamente señala que el término “otra condición social”, contenido en el artículo 2.2 del PIDESC, relativo a la no discriminación, reconoce también la identidad de género, agregando que las personas transgénero, transexuales e intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o lugares de trabajo.²

En el sistema interamericano, la decisión más relevante al respecto ha sido la del caso *Atala contra Chile*, en la cual la Corte IDH expresamente señaló que, dentro de la categorías prohibidas por la Convención, se encuentran la orientación sexual y la identidad de género,³ en base a una interpretación evolutiva y más favorable al ser humano de la expresión “otra condición social”, contenida en el artículo 1.1 de la CADH.

A nivel regional es también relevante la muy reciente Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, aprobada por la Asamblea General de la OEA en junio del 2013 y que Chile aún no ratifica, pues en ella expresamente se incorpora como categoría de discriminación, en su artículo 1, la orientación sexual y la identidad y expresión de género.

Sin perjuicio de que estas convenciones no definen qué se entiende por “orientación sexual” o “identidad de género”, son numerosas las declaraciones de los órganos de los sistemas de la ONU y de la OEA que las precisan y señalan además la prohibición de discriminación al respecto.

Al respecto, las definiciones aceptadas en el sistema interamericano han sido las que establecen los Principios de Yogyakarta, acordados

² ONU, Comité DESC, Observación General 20, E/C.12/GC/20, 2009.

³ Corte IDH, *Caso Atala contra Chile*, párr. 91.

en una reunión de expertos en esa ciudad de Indonesia en 2007.⁴ Los términos propuestos por esa declaración han sido recogidos por un estudio realizada por la CIDH a petición de la Asamblea General de la OEA, sobre Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género,⁵ de 2012. En junio de este año, la Asamblea General de la OEA, en su declaración “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”,⁶ toma nota de este estudio y expresamente condena la discriminación contra personas por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género, siendo esta la sexta declaración consecutiva de la Asamblea General, desde 2008, que condena la discriminación por estos motivos.

Simultáneamente, la Asamblea había pedido al Comité Jurídico Interamericano un estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género, evacuado en marzo del presente año en forma de un estudio preliminar,⁷ que acoge las categorías de Yogyakarta.

Esta breve síntesis normativa entonces plantea que el Estado chileno está obligado a tratar a las gays, lesbianas y trans con la misma consideración y respecto que a los demás habitantes de Chile, sin que pueda haber discriminación alguna a su respecto.

1.2. El derecho a la vida privada

Tanto la CADH como el PIDCP contienen cláusulas que aseguran este derecho. Así, la primera, en su artículo 11, dispone:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

El ámbito de las relaciones personales, afectivas y familiares se entiende habitualmente protegido por la garantía de la vida privada. Como ha señalado la Corte IDH, en el *caso Fernández Ortega y otros*

4 Principios de Yogyakarta. Principios sobre aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

5 CIDH, Estudio sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y expresiones relevantes, 2012.

6 Asamblea General OEA, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, ag/res.3807 (xliii-o/13).

7 Comité Jurídico Interamericano, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género*, CJI/doc.41/12. Rev.1

contra México, de 2010, “el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.⁸ Luego, la Corte IDH en *Artavia Murillo contra Costa Rica* (2012), relativo a la prohibición de sistemas de fertilización asistida, sostiene en su considerando 143:

Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. [notas omitidas].⁹

Por lo anterior una intromisión o falta de igual protección en los aspectos de las relaciones personales y afectivas, y entre ellas sin duda que están consideradas las filiales, por parte del Estado constituye una infracción de los deberes de respeto y protección que el Estado debe asegurar a todos sus habitantes.

1.3. El derecho a establecer una familia y concepto de familia

Otro derecho humano directamente atinente al tema en estudio en este capítulo es el poder establecer una familia. Al respecto, la CADH, en su artículo 17, dispone:

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protec-

⁸ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros contra México*, de 2010.

⁹ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo contra Costa Rica*, párr. 143.

ción necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

El artículo 24 del PIDCP establece el derecho a la familia en términos similares.

Respecto al concepto de familia, es clara la jurisprudencia de los órganos de tratados en entender este como un concepto amplio, no limitando a la familia matrimonial, ni menos a una exclusivamente construida en una relación entre hombre y mujer.

En ello radicó la diferencia de enfoque con lo que había postulado la Corte Suprema de Chile, al fallar la queja en contra de las sentencia de segunda instancia en el caso de la jueza Karen Atala. La Corte acogió la queja fundado en que los jueces de instancia habían “preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja”.

La Corte IDH en *Atala contra Chile*, de 2012, rechaza de plano esa argumentación, indicando que en la CADH no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma (párrafo 141). Agrega que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho en que las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. De esta forma, la Corte IDH constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile, relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social” y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención, al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”) (párrafo 144).

La misma Corte IDH, en su opinión consultiva 17, de 2002, había adelantado esta comprensión amplia citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, señalando: “Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar ‘no está reducid o únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio’”.¹⁰

¹⁰ Corte Europea de DD.HH., *Keegan contra Irlanda*, sentencia del 26 de mayo de 1994, párr.

Al respecto, la Corte Europea ha sido muy clara en su jurisprudencia. En 2010, en el caso *Schalk y Kopf contra Austria*, la Corte reconoció que las relaciones homosexuales entran dentro del ámbito de la vida privada y familiar protegida por el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). El concepto de familia que recoge la Corte no solo comprende las relaciones matrimoniales heterosexuales, sino también aquellas *de facto*, vale decir, donde las partes que la componen conviven pero fuera del matrimonio.¹¹ El que las familias LGTBI entren dentro de la esfera de protección del artículo 8 muestra la creciente apertura en la Unión Europea para incluir a las familias LGTBI en la noción de familia. Así, la Corte considera actualmente que resulta artificial mantener que la pareja homosexual no puede gozar de la protección del artículo 8.¹² Y, a partir del caso *EB contra Francia*, de 2008, la Corte de Estrasburgo se ha ido mostrando cada vez más a favor de las familias homoparentales. En este caso se analizó la negativa para adoptar un hijo a una mujer lesbiana, únicamente por su orientación sexual. En opinión de la Corte, si las razones presentadas para tal diferencia de trato fueron basadas solo en consideraciones sobre la orientación sexual de la demandante, ello vulnera la garantía de no discriminación establecida en el artículo 14.

Por su parte el Comité de Derechos del Niño, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su Observación General 7, de 2006, en su párrafo 15, afirmó: “El Comité reconoce que ‘familia’ aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño”. Sostuvo, en su párrafo 19: “El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños”.

2. LEGISLACIÓN NACIONAL Y LA DENEGACIÓN DE LA FAMILIA HOMOPARENTAL

Como se aprecia, el marco del derecho internacional de los derechos humanos aplicable a Chile establece que están prohibidas las discri-

44.

¹¹ Corte Europea de DD.HH., *Caso Schalk y Kopf contra Austria*, sentencia del 21 de junio de 1999, párr. 90.

¹² *Ibíd.*, párr. 94.

minaciones en razón de orientación sexual e identidad de género, que existe un derecho a establecer una familia y que esta no pueden entenderse de una forma estereotipada, como reducida al matrimonio ni a las relaciones heterosexuales. Esta ciertamente no es la situación en Chile.

Para efectos de analizar la correspondencia de nuestro ordenamiento nacional con las normas del sistema de derechos humanos vigentes en Chile, en relación a la homoparentalidad, se revisaran tres ámbitos: familia y matrimonio, adopción e inseminación artificial.

En cuanto a la familia y el matrimonio, la Constitución, al definir en su artículo 1° a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, no lo liga, pese a las opiniones de alguna doctrina, con el matrimonio. Será la ley la que lo haga. La Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947, en su artículo 1°, afirma que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

El propio Código Civil, en su artículo 102, dispone: “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. De esta forma, la relación que nuestra legislación hace entre familia y matrimonio heterosexual es directa. Ello se contradice claramente con el entendimiento del derecho internacional de los derechos humanos sobre la no discriminación y la valoración de una diversidad de familias, aspectos que fueron expresamente considerados en el fallo *Atala contra Chile* de la Corte IDH como veremos. Esta falta de reconocimiento tiene consecuencias directas en la posibilidad de proteger a las parejas del mismo sexo en su paternidad y maternidad, tanto en el régimen de filiación como en el de adopción.

Respecto a la filiación matrimonial, esta está claramente anclada en el matrimonio heterosexual. Pero, en el caso de la no matrimonial, el Código Civil, en su artículo 186, dispone que ella queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre, la madre o ambos, o por sentencia firme en juicio de filiación. De esta forma, tampoco se permite el reconocimiento de un/a hijo/a por parte de dos personas del mismo sexo.

En cuanto al régimen de adopción, la Ley 19.620, sobre adopción de menores, permite la adopción por un matrimonio, por lo que nuestra legislación excluye a las parejas homosexuales o lesbianas, o por personas solteras, sin que en este segundo caso, al menos en la letra de la ley, se señale una condición que excluya a una persona homosexual de la posibilidad de adoptar.

En materia de reproducción asistida, en el presente en Chile no existe normativa legal sobre ella. La única regulación son las Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria,

Resolución Exenta 1072, de 1984, del Ministerio de Salud. A partir de 2014, el sistema de salud público, FONASA, y las Isapres han incorporado el tratamiento de fertilización en su modalidad de libre elección.¹³ Tanto en la regulación como en la información pública entregada respecto a los programas de salud se señala que ella es para “parejas”, sin que se especifique si son hetero o no. Dadas las prácticas de discriminación prevalentes en nuestra sociedad, esta ambigüedad permite, en los hechos, discriminaciones hacia parejas no heterosexuales.

Como describe el informe de la organización lésbica Rompiendo el Silencio, “no existe la doble maternidad o coadopción, lo que implica que tampoco existe el derecho a acudir al sistema de salud para acceder a la inseminación artificial para la procreación. En efecto, el sistema público no lo reconoce y el privado, en general, lo prohíbe. Por ello, la pareja interesada primero debe buscar algún establecimiento que ‘acceda’ a las circunstancias o simplemente omitir su orientación y pareja [...] deben pagar altas sumas para luego someterse a exámenes psicológicos, donde tener una sexualidad diversa es evaluado por la entidad privada antes de autorizar que las interesadas puedan realizarse el procedimiento. Algunas parejas han optado por realizar procedimientos caseros de inseminación, muchas veces, apoyadas por algún funcionario de salud que las conoce o tiene algún tipo de conexión con el mundo LBT”.¹⁴

Con independencia de si una pareja homosexual puede o no acceder a estos programas, el problema mayor que presenta la actual legislación es que ella no permite inscribir a dos personas del mismo sexo como padres o madres cuando el/la hijo/a es producto de la fertilización asistida de uno de los miembros de la pareja. La normativa del Código Civil señala, en su artículo 182, lo siguiente:

Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Sobre esta materia central no existe en el Congreso, ni anunciado por el gobierno, un proyecto de ley que modifique esta situación.

13 Superintendencia de Salud, 14 de mayo de 2014.

14 Rompiendo el Silencio, “*Diagnóstico inicial sobre la situación social y cultural de las lesbianas y bisexuales en Chile*”, marzo de 2014, p. 10.

3. OPINIÓN PÚBLICA Y CASOS RECIENTES

Las omisiones de la legislación nacional y la exclusión de la posibilidad de construir familias homoparentales, sin duda son reflejo de una sociedad que todavía entiende el que gays, lesbianas y transexuales formen familias como algo abiertamente inmoral o erróneo, y contrario al interés de los menores involucrados.

Sin embargo, tal como indica la Encuesta Nacional UDP,¹⁵ elaborada por Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO) de esta casa de estudios, esa percepción negativa, sin duda aún mayoritaria, está cambiando. Así, ante la pregunta de si una pareja de mujeres lesbianas puede criar a un hijo tan bien como una pareja heterosexual, en 2013 un 39% estaba de acuerdo o muy de acuerdo con esa aseveración. En 2010, por ejemplo, la cifra era de un 29,9%. En cuanto a una pareja de hombres gays, la respuesta positiva fue de un 34% en 2013 y un 23% en 2010. Respecto a la adopción por parte de parejas homosexuales, en cuanto a si debieran tener derecho a ello, la respuesta positiva (acuerdo o muy de acuerdo) fue de un 32,6 % en 2013 y un 22% en 2010.

Estas opiniones mayoritariamente negativas son ratificadas por lo que parte de la elite política piensa sobre este tema. La revista *Qué Pasa*¹⁶ realizó una encuesta a los parlamentarios recién electos en 2013, preguntando, entre otras materias, si estaban de acuerdo con la adopción por parejas del mismo sexo. En el caso del Senado 12 senadores estuvieron de acuerdo, 20 en desacuerdo y 6 no respondieron; mientras que 34 diputados opinaron a favor, 73 en contra y 13 no respondieron.

Al respecto, parece algo más promisoria la reciente declaración del actual ministro de Justicia, relativa a que el gobierno analizaría la posibilidad de la adopción homoparental.¹⁷ Lo fue también, como describe el Informe anual del MOVILH, el nivel de rechazo a una moción de reforma constitucional presentada por cuatro diputadas UDI, que agregaba al artículo 1º, inciso segundo, de la Constitución la frase “El menor solo tendrá por padres a un hombre y una mujer”.¹⁸

En el mismo Informe se señala que el Estado, en materia educacional, avanzó en reconocer en sus manuales la familia homosexual, publicando el texto “Discriminación en el contexto escolar, orientaciones para promover una escuela inclusiva”. En él se señala expresamente que existen diversos tipos de familia, incluyendo las familias homosexuales.¹⁹

¹⁵ ICSO, Encuesta Nacional 2013.

¹⁶ *Qué Pasa*, “Se abre la sesión”, 13 de noviembre de 2013.

¹⁷ Emol: “Gómez: Gobierno analizará posibilidad que parejas homoparentales puedan adoptar”, 14 de junio de 2015.

¹⁸ MOVILH, *XII Informe anual de los derechos de la diversidad sexual en Chile*, 2014.

¹⁹ *Ibid.*, p. 113.

Sin embargo, el aún mayoritario rechazo a la homoparentalidad se ve reflejado en los casos en que hombres y mujeres gays, lesbianas o trans se ven enfrentados/as a dificultades, acoso o directamente discriminaciones al ejercer roles paternos o maternos.

Una revisión de los hechos a partir del 2013 tanto de la prensa como de las informaciones que entregan las propias organizaciones de la diversidad sexual, atestiguan lo anterior.

Como describe el Informe del MOVILH, en 2013, en diversas ocasiones y puntos del país, madres lesbianas fueron amenazas por sus ex parejas de entablar acciones para quitarles la tuición de sus hijos por el hecho de haber iniciado relaciones con otras mujeres.²⁰

La organización lésbica Rompiendo el Silencio, en su Informe anual, también describe varios casos. Así, en octubre de 2013, el colectivo lésbico Co-Madres denunció que los hijos de una pareja lesbiana no pudieron ingresar al jardín Infantil Caminito Montessori por “no cumplir con las reglas del establecimiento”, referido a que las personas que cuidaban a los niños (es decir la pareja) eran del mismo sexo.²¹ En el mismo mes, se señala el caso de Doris Palma, cuya hija fue expulsada del colegio Garden School de la comuna de La Florida en Santiago de Chile porque sus madres eran lesbianas. Según narra el Informe, “la directora del colegio y profesora a cargo del curso las denunció delante de otros apoderados, llevando a votación si los otros padres deseaban que la niña siguiera en el curso. ‘Los niños deben tener clara la correcta estructura familiar, y el colegio es una de las bases primordiales para enseñar lo que corresponde y lo correcto’, dijo la educadora. Incluso, la directora insinuó que la niña estaría siendo violentada por una de ellas. Doris y su pareja negaron todas las acusaciones y decidieron retirar a su hija del colegio, ante la amenaza de la directora de sacarlas con la policía del recinto. Meses después, Doris tuvo que ir a comparecer a un tribunal ante la denuncia efectuada por la directora de maltratar a su hija y que se trataría de un ‘par de enfermas’ que no estarían dando buena educación a la niña. La denuncia no fue acogida por el tribunal ante la falta de pruebas”.²²

Quizás el caso de 2013 con una posible mayor repercusión jurídica en materia de homoparentalidad sea el de Alexandra Benado y Alejandra Gallo, una pareja de mujeres lesbianas que, luego de una relación de varios años, decidió en 2009 iniciar un proceso de fertilización asistida, producto del cual nacieron mellizos en 2010. Al momento de inscripción, los inscribieron con los apellidos Benado Gallo, figurando Alejandra Gallo como madre, expresando su inten-

²⁰ *Ibíd.*, p. 84.

²¹ Rompiendo el Silencio, *Diagnostico inicial sobre la situación social y cultural de las lesbianas y bisexuales en Chile*, marzo de 2014.

²² *Ibíd.*, p. 5.

ción de ser reconocidas ambas como madres. En marzo de 2013, solicitaron al Registro Civil el reconocimiento de madre de Alexandra Benado. El Registro Civil negó la inscripción, en razón de la norma del artículo 182 del Código Civil antes transcrita. A raíz de ello, la pareja, asesorada por la Corporación Humanas, interpuso un recurso de protección, alegando la arbitrariedad de la resolución del servicio y la afectación de sus derechos a la igualdad y no discriminación, respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y su familia, la integridad física y derechos de los niños. La Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibile el recurso en abril, señalando que por ese medio se pretendía cambiar la legislación sobre filiación, por lo que “excede las materias que deben ser conocidas por la presente acción constitucional, atendida su naturaleza cautelar”. Ante esta resolución, los recurrentes interpusieron recurso de reposición ante la misma corte, el que fue rechazado. Luego de esta resolución se interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema. En mayo, la Corte Suprema rechazó el recurso, por considerar que la resolución recurrida no era de aquellas susceptibles de recurso de queja. Se interpuso recurso de reposición por esta última sentencia, el que también fue denegado. A consecuencia de este proceso, y considerando agotados todos los procedimientos internos, la pareja decidió establecer una denuncia ante el sistema interamericano, presentándola ante la CIDH en diciembre del año pasado, con la asistencia legal de la Corporación Humanas y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. En ella se alega que se ha violado los derechos a la igualdad y no discriminación, el derecho a la intimidad, vida privada y familiar, las garantías judiciales, el acceso a la justicia y la especial protección de los derechos de los niños, contemplados en los artículos 3, 5, 8, 11, 17, 19, 24 y 25 de la CADH. Al cierre de este *Informe*, septiembre del presente año, aún estaba pendiente la resolución de admisibilidad por parte de la CIDH.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El análisis de la legislación chilena y de las opiniones aún prevalentes en nuestra sociedad permiten concluir que en ella se está muy lejos de reconocer a las personas gays, lesbianas y transexuals como sujetos en igualdad de derechos respecto a la posibilidad de ejercer un aspecto tan central de la vida humana como es el ser padres o madres. La negativa a un reconocimiento de las parejas del mismo sexo impide ejercer esa paternidad/maternidad de común. La ausencia de un normativa clara en materia de fertilización obstaculiza o derechamente niega que las parejas del mismo sexo puedan llevar a cabo esos

procedimientos. Lo mismo sucede con la posibilidad de adoptar: si bien la legislación no discrimina en cuanto a personas solteras gays o lesbianas, sí lo hace respecto a parejas del mismo sexo.

En vista de lo anterior se recomienda al Estado lo siguiente:

1. Reconocer, tanto en el proyecto AVP como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos.
2. Dictar una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo.
3. Modificar la ley de adopciones en el sentido expreso de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.
4. Impulsar, dentro de los programas y administración educacionales, el reconocimiento a las parejas del mismo sexo como padres y madres en igualdad de condiciones que las heterosexuales.

BIOGRAFÍAS AUTORES INFORME 2014

Álvarez, Juan José

Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, UDP. Ayudante del Departamento de Derecho Público y del Departamento de Teoría del Derecho, UDP; ayudante de la profesora Lidia Casas Becerra en el área Género y Derechos Humanos; ayudante de investigación del Informe Anual de Derechos Humanos 2012 y 2013.

Ansoleaga, Elisa

Doctora en Salud Pública y magíster en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad de Chile, Psicóloga UDP. Actualmente se desempeña como investigadora del Programa de Estudios Psicosociales del Trabajo (UDP) y dirige el Área de Salud Mental y Trabajo en la Clínica Psicológica (UDP). Profesora asociada en el pregrado de Psicología y profesora integrante del Magíster en Psicología Social (UDP) y del claustro del Doctorado en Psicología (UDP). Ha integrado como experta cuatro mesas ministeriales en salud de los trabajadores. En 2014 le fue adjudicado un proyecto FONDECYT regular para estudiar las dimensiones organizacionales de la violencia en el trabajo en Chile.

Barros, Alonso

Abogado (Pontificia Universidad Católica de Chile, PUC) y PhD (University of Cambridge). Investigador y docente en Derecho y Antropología Social, fue profesor investigador titular de la Universidad Católica del Norte (2004-2011) y docente en la London School of Economics (2010-2012). Lleva dos décadas trabajando con diversos pueblos indígenas de América Latina y años de investigación en San Pedro de Atacama (Chile). Hoy ejerce casi exclusivamente como abogado (mediador o litigante) en defensa de diversos pueblos y comunidades indígenas en las regiones de Arica, Tarapacá, Antofagasta y Atacama (Chile). Por lo general, publica sobre la historia y los derechos territoriales de los pueblos indígenas con los que ha trabajado.

Casas, Lidia

Licenciada en Urban and Regional Planning de la University of Saskatchewan, Canadá (BA, 1987). Licenciada en Derecho por la UDP y abogada; magíster en Derecho por la University of Toronto, candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Ottawa. Miembro del Gender and Rights Advisory Group del Departamento de Salud Reproductiva de la OMS (2008-2009 y 2013-2014). Miembro de la Red latinoamericana de profesores de derecho, género y sexualidades discriminadas, Red-Alas. Miembro del Centro de Derechos Humanos, investigadora y profesora de la Facultad de Derecho de la UDP.

Collins, Cath

Catedrática en justicia transicional en la Universidad de Ulster, Irlanda del Norte. Es a la vez directora académica del Observatorio de Justicia Transicional (ex Observatorio de Derechos Humanos) de la UDP, que estudia desde 2008 los procesos de verdad, justicia y memoria en Chile relacionados con el legado de la dictadura cívico militar. Ha investigado y publicado desde 2000 sobre el legado y manejo judicial de crímenes de lesa humanidad de tiempos de dictadura en Chile, El Salvador y el resto de la región latinoamericana. En 2012 y 2013, en representación del Observatorio, fue cofundadora de la Red Latinoamericana de Justicia Transicional, www.rlajt.com. Es titulada, magíster y doctora en Ciencia Política de las Universidades de Cambridge y Londres. Entre 2005 y 2006 fue la responsable regional para América Latina del think tank británico Chatham House. Su libro más reciente es *La política de la memoria en Chile de Pinochet a Bachelet* (Santiago: UDP, 2014), coeditado con Katherine Hite y Alfredo Joignant.

De la Maza Vent, Camila

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP, diplomada en Mujeres y Derechos Humanos de la Universidad de Chile y actualmente cursando Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la UDP. Ha trabajado en materia de infancia y adolescencia, tanto en el ámbito proteccional –oficina de protección de la infancia y adolescencia, programa que interviene niños/as en situación de calle, y programa de representación de niños y niñas víctimas de maltrato constitutivo de delitos– como también en el ámbito infraccional, con adolescentes infractores de ley.

Espinoza, Olga

Abogada, magíster en Derecho por la Universidad de São Paulo, Brasil. Coordinadora del Área de Estudios Penitenciarios del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, donde además se desempeña como investi-

gadora y docente. Fue consultora para la Fundación Ford, en diversos países de América Latina, en temas de derechos humanos y género. Ha sido consultora del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en la reforma de los sistemas penitenciarios de Uruguay, Costa Rica, El Salvador y Panamá, y sobre seguridad ciudadana en Uruguay. Ha participado en proyectos de investigación e intervención sobre la reforma de la justicia penal, la criminalidad del Estado en procesos de consolidación democrática, la justicia militar y el derecho internacional, la criminalidad femenina y el sistema penitenciario. Ha publicado artículos e investigaciones en diversos países.

Lagos, Víctor Hugo

Abogado de la UDP, Chile; profesor ayudante de la Clínica Jurídica de Migración y Refugio, la cual realiza asesoría jurídica a migrantes y refugiados en temas administrativos, laborales y constitucionales; investigador del Programa de Refugio del Centro de Derechos Humanos de la UDP, donde realiza asesoría jurídica a refugiados e investigación para el Informe de Derechos Humanos de la UDP, trabajando en este desde su versión 2011. Abogado de la casa de protección para mujeres vulneradas por el delito de trata de personas de la ONG Raíces, Chile y ex postulante de la Oficina Especializada en Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial.

Martínez Mercado, Fernando

Licenciado en Derecho, abogado. Investigador y docente del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (CESC) de la Universidad de Chile. Ha sido profesor en la Universidad Alberto Hurtado, Policía de Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile. Consultor del PNUD, BID, OEA y UNODC en justicia, derechos humanos y seguridad ciudadana. Abogado de derechos humanos en Naciones Unidas y en la Vicaría de la Solidaridad. Ha participado en procesos de justicia transicional en Honduras, Guatemala y Chile. Ha publicado artículos e investigaciones en México, Ecuador, Guatemala y Chile. Ha sido relator para la Defensoría Penal Pública y Gendarmería de Chile, y asesor del Ministerio Público de Chile.

Mewes Alba, Ignacia

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la UDP, abogada. Se ha desempeñado como abogada ayudante del Programa de Derecho y Política Ambiental de la UDP, así como del Proyecto Fondecyt N° 1110428-2011 sobre políticas públicas en materia de medio ambiente, y como abogada asesora del Programa de Seguimiento Legislativo en Energía y Minería Sustentables y Protección de los Recursos Naturales. En ellos, ha desarrollado investigaciones ligadas al derecho ener-

gético, minero, biodiversidad y recursos naturales, institucionalidad, políticas públicas y gestión ambiental, entre otras materias. Asimismo, se ha desempeñado como abogada de Grupo Alianza en materias de derecho ambiental y recursos naturales, y en 2012 cursó el Diplomado en Derecho de Recursos Naturales y Energía de la PUC.

Muñoz Hardoy, María del Pilar

Profesora de Educación General Básica, magíster en Gestión y Evaluación. Fue directora de la carrera de Pedagogía en Educación Básica de la UDP y actualmente se desempeña como secretaria de Estudios en la misma facultad. Docente del curso “Derechos humanos y ciudadanía” para las carreras de Educación Básica, Pedagogía en Inglés y Educación Parvularia. Fundadora del Colectivo Pedagógico en Derechos Humanos, que desarrolla investigación y publicaciones sobre la formación docente y la memoria histórica.

Olea, Helena

Abogada de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Especialización en Derecho Constitucional en la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho del Center for Civil and Human Rights, Law School, University of Notre Dame, Indiana, EE.UU. Profesora adjunta de los Departamentos de Criminology, Law and Justice y Latin American and Latino Studies de la University of Illinois, Chicago. Investigadora adjunta del Centro de Derechos Humanos de la UDP.

Riveros Calderón, María Paz

Abogada, licenciada en Ciencias Sociales y Jurídicas de la UDP, y mediadora de la misma casa de estudios, diplomada en Litigación Oral de la Universidad de Católica de Chile. Ha trabajado en materia de infancia y adolescencia, tanto en el ámbito jurídico, a través de la representación de niños, niñas y adolescentes que han sufrido maltrato grave, por medio del Programa de Representación Jurídica de la Corporación Achnu-Prodeni, como en asesoría a través del Proyecto piloto del SE-NAME de evaluación y apoyo a residencias proteccionales.

Ramos Abadie, Liliana

Profesora de Educación Diferencial, magíster en Antropología y Desarrollo. Directora de la carrera de Pedagogía en Educación Diferencial con mención en Desarrollo Cognitivo de la UDP. Cuenta con amplia experiencia profesional en el ámbito de la inclusión de estudiantes con discapacidad en la educación común. Además, se ha desarrollado como académica en las temáticas de necesidades educativas especiales y educación inclusiva. Es coautora del libro *El viaje hacia la diferencia: La escuela inclusiva*, publicado en 2013 por Editorial SM.

Rivas, Antonia

Abogada UDP. Candidata a PhD en Antropología Sociocultural por la Universidad de California, Berkeley. Se ha desempeñado como abogada y asesora en asuntos indígenas para el gobierno de Chile (Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Desarrollo Social) en la Comisión de Desarrollo de Isla de Pascua, (CODEIPA) y en proyectos de diversas organizaciones no gubernamentales. Actualmente se encuentra escribiendo su tesis doctoral en Antropología del Derecho sobre Rapa Nui y el proceso de reconstrucción del derecho tradicional indígena.

Rojas, Patricio Rojas

Egresado de la carrera de Derecho de la UDP, Chile. Profesor ayudante de la Clínica Jurídica de Migración y Refugio (desde 2009), la cual realiza asesoría jurídica a migrantes y refugiados en temas administrativos, laborales y constitucionales. Investigador del Programa de Refugio del Centro de Derechos Humanos de la UDP, donde realiza asesoría jurídica a refugiados, capacitación a funcionarios públicos e investigación para el Informe de Derechos Humanos de la UDP, trabajando en este desde su versión 2008. Actualmente también se desempeña como vicepresidente de la Junta Directiva de Amnistía Internacional Chile, organización en la cual anteriormente tuvo el cargo de coordinador del equipo de Migrantes y Refugiados, llevando a cabo campañas globales y locales. Fue expositor en la Conferencia Regional Humanitaria sobre Refugio, Quito, Ecuador, 2010, y en la Conferencia de Estrategia Mundial sobre Migración, Amnistía Internacional, Amsterdam, Holanda, 2011.

Sanhueza Olivares, Guillermo

Trabajador social y magíster en Trabajo Social de la PUC, recientemente doctorado en Trabajo Social y Sociología por la Universidad de Michigan, EE.UU. Profesor asistente de la Escuela de Trabajo Social de la PUC. En 2013 dirigió la primera Encuesta de Percepción de Calidad de Vida Penitenciaria, realizada en 75 cárceles chilenas, y organizó, junto a Alejandro Arévalo y Gendarmería de Chile, el Primer Congreso Internacional de Derechos Humanos y Buenas Prácticas Penitenciarias. Sus áreas de docencia e investigación se relacionan con la violencia carcelaria, la calidad de vida en prisión (y su influencia en la reinserción social), las metodologías cuantitativas de análisis de datos y la intervención social basada en evidencia.

Schönsteiner, Judith

Profesora asociada de la Facultad de Derecho, UDP. Doctorada en Derecho; magíster en Derecho Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Essex, Inglaterra; y magíster en Ciencia Política por

la Universidad Johannes Gutenberg de Mainz, Alemania. Ha trabajado como investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex. Realizó una práctica y fue consultora externa del Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL. Es socia del Essex Business and Human Rights Project. Dicta el curso “Derecho internacional público” y coordina el área de Empresas y derechos humanos del Centro de Derechos Humanos de la UDP, creada en 2010. Actualmente directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP.

Toledo Corso, César

Abogado UDP, magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, PUC. Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad Castilla-La Mancha. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho UDP y de la Universidad Central. Profesor en Magíster Derecho del Trabajo de las Facultades de Derecho de la UAI y de la PUC. Profesor de Diplomados en Derecho del Trabajo en las Facultades de Derecho de la UDP, Universidad Alberto Hurtado y Universidad Mayor de Temuco. Autor de La tutela de la libertad sindical, Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013.

Valenzuela Rivera, Ester

Abogada y magíster en Derechos de la Infancia Adolescencia y Familia, UDP, con postítulo en Mediación Social, Universidad de Chile. Directora de Escuela y profesora asociada en el pregrado de la Facultad de Derecho UDP y en posgrado a través del Postítulo de Familia y Magíster de Derechos Humanos, docente en cursos de formación y capacitación de jueces de familia en la Academia Judicial en materias sobre familia e infancia. Miembro del Consejo de Acreditación de Facultades de Derecho de la Agencia Qualitas. Se ha integrado como experta en mesas de trabajo sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos para la reforma procesal civil en el Ministerio de Justicia.

Varas, Karla

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile; magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Talca en convenio con la Universidad de Valencia, ex defensora laboral jefe de la Provincia de Biobío. Actualmente es becaria del programa de Doctorado de la UDP. Docente en los diplomados de la UDP en Derecho del Trabajo y en los Magíster de la Universidad de Talca y la Universidad Adolfo Ibáñez.

Vial, Tomás

Abogado, PUC; magíster en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, EE.UU.; magíster en Derecho Público, mención Derecho Cons-

titucional, PUC; doctor en Derecho, University College London (UCL). Ha trabajado como asesor jurídico de la Subsecretaría de Guerra del Ministerio de Defensa; asesor jurídico en la División Jurídica del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y jefe del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Actualmente es investigador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UDP, editor de su Informe Anual de Derechos Humanos y profesor de Derecho Constitucional.

