

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2012**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2012

ISBN: 978-956-314-190-0

Editor general
Alberto Coddou

Edición
Sergio Missana

Diseño
Dominique Olivares · 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
2012**

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



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Presentación	9
1. Verdad, justicia y memoria: violaciones de derechos humanos del pasado	17
2. Diversidad sexual y derechos humanos	49
3. Derechos humanos de las mujeres y las niñas	79
4. Refugiados en Chile: análisis de la ley 20.430 y su reglamento	109
5. Empresa, medio ambiente y derechos humanos: la zona industrial de Quintero-Puchuncaví	131
6. Derechos humanos de los pueblos indígenas	163
7. Política criminal y derechos humanos	195
8. Protesta social y derechos humanos	219
9. Violencia policial	251
10. Justicia militar	285

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales celebra este año la publicación de su décimo *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. En este contexto, adquieren especial relevancia las situaciones que actualmente aquejan a un país en constante cambio, y que han cuestionado los arreglos institucionales vigentes desde diversas perspectivas. Este año, hemos sido testigos de diversas situaciones que han profundizado las tensiones vividas durante el 2011 y que fueron documentadas por este mismo *Informe*. Por ello, este trabajo presenta a la comunidad un resumen de los principales hechos del periodo que va desde la segunda mitad del año pasado a la primera mitad del presente. Además, se esfuerza por presentar una evaluación normativa de estos hechos, dando cuenta de las brechas existentes entre nuestra realidad y los estándares nacionales e internacionales ante los cuales Chile se ha comprometido. Como todo informe sobre derechos humanos, el cierre de los plazos de edición puede jugar en contra del desarrollo de la contingencia. Por ello, los nuevos hechos deben comprenderse a la luz de las consideraciones contenidas en los distintos capítulos de este *Informe*.

Este décimo *Informe* se caracteriza por agrupar, a grandes rasgos, en dos grandes temas los problemas de derechos humanos que afectan a Chile: por una parte, la discriminación o exclusión arbitraria contra ciertos grupos vulnerables y, por otra, los criterios y límites respecto de la utilización de la fuerza estatal en contra de miembros de nuestra comunidad.

En cuanto a lo primero, el *Informe* contempla la discriminación arbitraria en varios capítulos, que hacen eco de diversas recomendaciones de organismos internacionales que evidencian las deudas que aún mantiene Chile con la comunidad internacional. Así, por ejemplo, el capítulo sobre diversidad sexual aborda una reflexión acerca de las posibilidades que tiene la recién publicada Ley Antidiscriminación de combatir situaciones individuales y estructurales de discriminación arbitraria motivadas por la orientación sexual y la identidad de género.

El asesinato de Daniel Zamudio, que sirve como trágico punto de partida, sería la expresión de una institucionalidad que debe batallar constantemente por el fortalecimiento de una cultura de la diversidad, tan escasa en Chile, y la prevención de la discriminación. Si bien cuesta encontrar una relación directa entre una Ley Antidiscriminación como la que actualmente tenemos y la evitación de posibles ataques contra grupos vulnerables, existe certeza de que nuestro arreglo institucional se encuentra alejado de los estándares que actualmente rigen en la materia. En este escenario, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riff y niñas vs. Chile constituye un ejemplo ilustrativo del modo en que el ordenamiento jurídico se aplica con parámetros discriminatorios y del modo en que la antigua legislación resultaba insuficiente para el tratamiento de la discriminación arbitraria en Chile. La promesa de la Ley Antidiscriminación aún no rinde sus frutos y constituirá un interesante objeto de análisis para futuros informes. El capítulo aludido busca, por ello, dar cuenta de los importantes avances de los últimos años, pero también de las carencias, sobre todo en la aparición de nuevas y sutiles formas de discriminar a personas por su orientación sexual o identidad de género.

El *Informe* también revela el caso paradigmático de discriminación estructural en contra de mujeres y niñas. El capítulo dedicado al tema realiza un tratamiento detallado de la distancia que existe entre la realidad y los planes y programas administrativos que el propio Estado ha ido elaborando para intentar adecuar el ordenamiento a lo que exigen los estándares internacionales en la materia. Así, por ejemplo, en relación a la igualdad política, se da cuenta del escaso avance que este Gobierno ha mostrado en temas relacionados con la obligación del Estado de eliminar las desigualdades en la participación de las mujeres en política. Tanto en la paridad en los cargos de confianza del Poder Ejecutivo como en la tramitación de la ley de cargos de elección popular, se ha vuelto a revelar una antigua realidad: la escasa participación de la mujer en política, sobre todo en lo que respecta el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y al acceso a cargos públicos, y la poca voluntad del Estado para modificar esta realidad. También, se reiteran cuestiones de público conocimiento, aunque de nuevas maneras: el acceso de la mujer al trabajo y la segregación del mercado de trabajo, y el consiguiente impacto en las remuneraciones. Del mismo modo, el capítulo realiza un acucioso estudio sobre la realidad del aborto en Chile, mostrando no solo los déficits normativos y la estricta regulación penal, sino el modo en que se aplica la estructura administrativa de manera discriminatoria. En este sentido, se evidencia que el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos es perseguido penalmente, omitido legislativamente, y negado en la práctica administrativa, sobre todo en el ámbito de la atención primaria o en el acceso a medicamen-

tos. Además, se denuncian ciertos cambios en la política de género del actual gobierno, evidenciando que las cuestiones ideológicas no son triviales en el cumplimiento de los estándares actuales en el tema.

Por su parte, un análisis de la discriminación en Chile requiere considerar temas no tradicionales a los cuales se ha prestado poca atención desde la academia y la sociedad civil. Uno de ellos es el relativo a la condición de los refugiados en Chile, del que la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la UDP se hace cargo en un capítulo de este *Informe*. El diagnóstico inicial es que no hay mucho debate sobre los refugiados en Chile, a diferencia del relativo a la migración, por lo que se busca provocar el cuestionamiento y la reflexión sobre el tema. La discriminación arbitraria, en el caso de los refugiados, afecta de manera aguda el acceso a derechos tan básicos como el debido proceso en el procedimiento de asilo o a derechos sociales como la salud, educación o seguridad social. En concreto, este capítulo somete a evaluación el marco normativo chileno sobre la protección del refugiado de acuerdo a los compromisos internacionales y pone a prueba la aplicación práctica de sus principios en el contexto de los procedimientos de frontera y puntos de ingreso, y en el procesamiento de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado.

Uno de los capítulos más novedosos desde la perspectiva de discriminaciones estructurales lo constituye el relativo a empresas, medio ambiente y derechos humanos, que realiza un detallado estudio y análisis de la zona industrial de Quintero-Puchuncaví. En este, se combina el enfoque de la justicia ambiental con la responsabilidad empresarial y estatal en materia de derechos humanos. En relación al primer enfoque, se muestra cómo una población geográficamente determinada, y en especial sus grupos vulnerables, sufren de manera particular los efectos de la contaminación de una zona industrial que, desde hace más de 50 años, viene afectando la vida, salud y el medio ambiente de los habitantes, como un costo no internalizado del desarrollo económico del país. En relación al segundo enfoque, y en consonancia con lo que se había realizado en Informes anteriores, se amplía el rango de sujetos responsables por violaciones estructurales de derechos humanos, incluyendo a empresas privadas y públicas. Sin perjuicio de constituir un caso de estudio en particular, el capítulo espera entregar a la comunidad recomendaciones de carácter general, que sirven como lecciones para la instalación de otros complejos o zonas con industrias de alto impacto.

El caso de los derechos humanos de los pueblos indígenas también puede analizarse desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación. Los estándares internacionales, en especial el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, parten del reconocimiento de desigualdades de hecho que exigen del Estado adoptar

especiales mecanismos de protección, como el derecho de consulta y participación indígena. El capítulo respectivo estudia la actual regulación administrativa de la consulta y la distancia con la comprensión de la comunidad internacional en torno a la misma, destacando la necesidad de establecer un mecanismo de consulta en la tramitación de los proyectos de ley que puedan afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo dedica una sección al análisis de un tristemente famoso caso de doble discriminación en contra de una mujer indígena, Gabriela Blas, en que adquieren relevancia los estándares del Convenio 169 antes citado. Por ello, explora la aplicación de estos estándares fuera del ámbito ambiental, principalmente en el derecho penal y el derecho de la familia. Por último, hace un seguimiento de los recurrentes casos de violencia en la Araucanía y de la respuesta estatal ante las muertes de Jaime Mendoza Collio y Matías Catrileo Quezada.

Los criterios y límites con que se utiliza la fuerza estatal en contra de miembros de la comunidad ha adquirido notoriedad a partir de las crecientes movilizaciones en relación a diversos aspectos que aquejan a nuestro país: demandas o alegatos regionales y locales, temáticas medioambientales, demandas estudiantiles, y otras manifestaciones o movilizaciones espontáneas. En esta arista, se pueden agrupar los capítulos sobre política criminal, protesta social, violencia policial y justicia militar, los cuales también contienen una especial atención a los grupos vulnerables, que son víctimas de la fuerza estatal y merecen especial protección.

El capítulo sobre política criminal y derechos humanos se enfoca en la crítica de una política pública penal que no ha sido capaz de reflexionar sobre los fundamentos de la utilización de la potestad punitiva y de los efectos que ella genera en el contexto de una sociedad estructuralmente desigual como la chilena. Lo que se había señalado en Informes anteriores, adquiere nuevos bríos a la luz de acontecimientos que han impactado en el debate público sobre la política criminal, en especial, los delitos de “cuello blanco” como los del emblemático caso “La Polar”. Asimismo, la permanente violación de derechos humanos producto de las condiciones carcelarias se erige como presupuesto fundamental de la discusión, elaboración y diseño de una política criminal respetuosa de los derechos humanos. El capítulo, a su vez, nos recuerda que el derecho penal no es otra cosa que un derecho público de la potestad punitiva, y por tanto sometido a estándares y límites como los que se derivan del principio de proporcionalidad, que exigen especial consideración cuando se trata de lidiar con grupos vulnerables como los niños y adolescentes.

El capítulo sobre protesta social es la continuación natural del anterior y se fundamenta en dos cuestiones principales: primero, el análisis de la regulación administrativa del ejercicio del derecho a

la protesta social, entendida como la conjugación de los derechos de reunión y libertad de expresión; y, segundo, el cuestionamiento de la aplicación actual de la legislación penal para justificar la utilización de la fuerza en contextos de flagrancia, así como el análisis de la tramitación del “Proyecto de ley de fortalecimiento del orden público”, popularmente conocida como “Ley Hinzpeter”. En torno al primer aspecto, el capítulo desnuda la falta de adecuación constitucional e internacional de la actual regulación administrativa de la protesta, que sirve como fundamento para que las fuerzas de orden utilicen la fuerza policial, de manera frecuente, en contra de legítimos manifestantes. Además, se cuestiona la irreflexiva invocación de la polémica Ley de Seguridad Interior del Estado, haciendo caso omiso de la responsabilidad política que involucra su ejercicio. A diferencia del capítulo sobre protesta social contenido en el *Informe 2011*, este año se tiene la ventaja de que existen respuestas institucionales de diversos órganos del Estado, lo que facilita el escrutinio público de la sociedad civil y de la comunidad internacional.

Este año, el *Informe* contiene un capítulo especialmente dedicado a la violencia policial. Lo que antes se había documentado de manera transversal en diversos capítulos, hoy se incorpora al debate y a la agenda pública como un tema que requiere especial consideración. Las movilizaciones ciudadanas de 2010 y 2011 se vieron acompañadas de la utilización irracional y desproporcionada de la fuerza estatal, lo que exige, además de un detallado análisis de su posible causa, la necesidad de concientizar a las autoridades sobre sus responsabilidades políticas en la materia. El capítulo desarrolla los patrones más comunes de violencia policial, a partir del análisis de fuentes que provienen de organismos estatales, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Defensoría Penal Pública, y no estatales, como ONGs y otros observadores de derechos humanos. Además, avanza algunas hipótesis sobre las posibles causas que pueden explicar el aumento de situaciones de violencia o abuso policial, incluyendo vejaciones que, en algunos casos, podrían llegar a constituir tortura. Entre las causas, se presta especial atención a las cuestiones institucionales que afectan a Carabineros de Chile y que podrían explicar la creciente relevancia pública del tema.

Considerando lo señalado en los últimos tres capítulos presentados, el capítulo sobre justicia militar se hace cargo de evaluar el actual procedimiento penal castrense y sus intentos de reforma de acuerdo a los estándares internacionales, en especial, aquellos contenidos en la conocida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara Iribarne. Desde esta, van casi 7 años en que el Estado aún no cumple con las obligaciones que ha adquirido ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este año, a diferencia

de otros, el énfasis del capítulo está en mostrar el escaso avance de los intentos de reformar la justicia militar, en especial, para reducirla al tratamiento de delitos especialmente militares y excluir de su competencia a funcionarios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad que cometan delitos comunes. En otras palabras, se revela la escasa importancia que el Gobierno ha otorgado a la reforma de la jurisdicción penal militar, en contraste con la sofisticación e inversión económica en otras reformas que modernizan la administración de justicia en Chile, como el caso de la reforma procesal civil.

Como ya se ha señalado en otras ocasiones, un informe sobre derechos humanos no puede ser tal sin un capítulo que evalúe las políticas de verdad, justicia y memoria en relación a las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, sobre todo considerando algunos hechos ocurridos durante el período sometido a escrutinio: homenajes a Miguel Krasnoff, condenado por delitos de lesa humanidad, y a Augusto Pinochet, que ponen en entredicho la posibilidad de permitir discursos de odio o negacionistas; el público cuestionamiento de funcionarios de Gobierno del rol que cumple el Museo de la Memoria; el procesamiento de empresarios por complicidad con violaciones de derechos humanos durante la dictadura; y la utilización del término “régimen” en vez de “dictadura” en el currículum educativo. Gracias al trabajo del Observatorio de Derechos Humanos del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, este *Informe* cuenta con un riguroso análisis de las políticas públicas en relación al tema y del tratamiento jurídico de estas causas por parte de nuestros tribunales superiores de justicia. Con relación a las políticas públicas, llama la atención la falta de un monitoreo del cumplimiento efectivo de penas de los condenados, así como una falta de transparencia en el otorgamiento de beneficios intrapenitenciarios y regímenes alternativos. También se constata el descuido de las políticas de reparación, por ejemplo, en relación a los sitios de memoria, memoriales o del respeto por la misión del Museo de la Memoria. Se recomienda al Estado a respaldar la institucionalidad de derechos humanos vinculada con estos temas y, en especial, fortalecer la autonomía y los recursos del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos de la PDI, y del Servicio Médico Legal.

Para hacer posible la publicación de este *Informe*, el Centro de Derechos Humanos quiere agradecer la dedicada participación de los autores y de los ayudantes que se mencionan en los diferentes capítulos. Se agradece de igual manera a Jorge Contesse por el trabajo inicial con los autores. Además, este trabajo no habría sido posible sin la destacada ayuda de Carmen Gloria Álvarez, asistente de proyectos

del Centro de Derechos Humanos, y de Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho de la UDP. Por último, se valora el excelente trabajo de edición de Sergio Missana, y se agradece finalmente a Daniella González y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la producción de este *Informe*.

Alberto Raúl Coddou Mc Manus
Editor General
Informe Anual sobre Derechos Humanos 2012

Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

**VERDAD,
JUSTICIA Y
MEMORIA:
VIOLACIONES DE
DERECHOS
HUMANOS DEL
PASADO***

* Capítulo preparado por Cath Collins, Juan Pablo Delgado, Florencia González y Rodrigo Hernández del Observatorio Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales; Karinna Fernández y Jennifer Herbst, investigadoras asociadas del Observatorio; y, hasta diciembre de 2011, Paulina Zamorano.

SÍNTESIS

El diagnostico realizado en el *Informe Anual de Derechos Humanos 2011* sobre contradicciones en la postura estatal en lo referente a crímenes del pasado sigue vigente. En el ámbito jurídico se observaron avances en la identificación de restos y, a partir de mayo de 2012, en la imposición de penas de mayor proporcionalidad a los perpetradores. No obstante, la falta de cumplimiento pleno de penas y de información fidedigna sobre ellas se constituyó como un problema grave y ocasional fuente de escándalo. Los otros poderes del estado se mostraron menos entusiastas que sus pares en el ámbito de la justicia en el cumplimiento de deberes que se mantienen invariables independientemente de la identidad política del gobierno de turno. Diversos incidentes en el ámbito público y privado en 2012 sugieren que no existe aún un consenso social pleno sobre la inadmisibilidad de la tortura y el exterminio político como prácticas estatales.

PALABRAS CLAVE: Verdad, Justicia, Memoria, Tortura, Desaparición forzada, Reparaciones.

1. TENDENCIAS JUDICIALES EN LAS CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN TIEMPOS DE DICTADURA¹

1.1 Avance de causas: Escenario histórico y escenario actual²

En 1998, se volvió a impulsar en Chile la persecución penal de crímenes relacionados con violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura de 1973-1990. En septiembre de 1998, una Corte Suprema dotada de una renovada integración dio paso a la reapertura de causas anteriormente amnisteadas en tribunales militares. A estas se sumaron querellas nuevas, iniciadas a principios de 1998, cuyo número aumentó notoriamente luego de la detención de Augusto Pinochet en el Reino Unido en octubre del mismo año. En 2001, el poder judicial designó a jueces de dedicación preferente o exclusiva para investigar estos crímenes, aunque su penalización seguía impedida por las figuras jurídicas de prescripción, cosa juzgada y amnistía (establecida en el Decreto de Ley de amnistía de 1978).

A partir de 2002, la Corte Suprema comenzó a abandonar la aplicación de dichas figuras, basándose primero en el derecho interno y luego empezando a reconocer normas internacionales de larga data que declaran imprescriptibles e inamnistiables crímenes de guerra y de lesa humanidad. En esta nueva era el máximo tribunal ha emitido más de 150 fallos condenatorios en la materia a pesar de que el estatuto de amnistía se mantiene aún plenamente vigente. Entre 2004 y 2007 fueron pronunciadas las primeras sentencias condenatorias contundentes; desde mediados de 2007, se percibió un notorio descenso en la cuantía de las penas al ser declarados gradualmente prescritos delitos calificados como imprescriptibles.³ Esta práctica, junto con la de penalizar delitos de lesa humanidad bajo figuras de delitos comunes,⁴ significó que, si bien Chile es el país a nivel regional con más ex agentes condenados por estos crímenes, las penas aplicadas han sido notablemente bajas en comparación con la gravedad de los delitos, hasta el extremo de que solamente un tercio de ellas son penas efectivas de cárcel.⁵

1 Las referencias a lo largo de este capítulo a casos por derechos humanos se refieren siempre a crímenes de represión cometidos entre 1973 a 1990, si bien por razones de espacio este calificativo no siempre es reproducido en su totalidad.

2 Ver también Karinna Fernández, “Breve análisis de la jurisprudencia chilena en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar”, *Estudios Constitucionales*, 8 (1), 2010, pp. 467-488.

3 *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2011*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2011. (En adelante, *Informe*).

4 En estricto rigor, en Chile nadie ha sido condenado jamás por crímenes de lesa humanidad sino por los crímenes comunes de homicidio, secuestro, asociación ilícita o “apremios ilegítimos”. Para comparar con la situación en Argentina y Uruguay, ver Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales (en adelante, Observatorio DD.HH.), *Boletín 16*. Este y toda otra publicación del Observatorio aquí citada se encuentran disponibles en www.icso.cl/observatorio-derechos-humanos

5 En Argentina, por contraste, un 46% de las penas impuestas en toda instancia son de presidio perpetuo, con otro 32% de entre 16 y 25 años. Además, esas penas, a diferencia de Chile, sue-

La apertura, a principios de 2011, de las primeras causas iniciadas a *motu proprio* por el poder judicial dio señales positivas de reconocimiento de que el deber de persecución penal rige independientemente de la existencia de familiares dispuestos a presentar querellas.⁶ Otra señal positiva ocurrió en mayo de 2012: cambios en la composición de la Sala Penal de la Corte Suprema realizados a principios de año produjeron los primeros fallos desde 2007 declarando improcedente la aplicación de prescripción gradual.⁷ Si esta tendencia se afirma, la Corte se habrá quitado de encima una de las más recurrentes críticas formuladas a su actuar en este campo en tiempos recientes. La atención seguramente se desplazará al tema del cumplimiento pleno de las penas impuestas, particularmente la pertinencia o no de la extensión de beneficios intra-penitenciarios a perpetradores de crímenes de lesa humanidad.

Si bien continúa la lentitud en la tramitación de procesos, exacerbando tanto el escepticismo de querellantes sobre la posibilidad de obtener justicia como las dificultades reales que el paso del tiempo presenta para el esclarecimiento de los crímenes, fuentes judiciales y algunos actores externos apuntan a un demostrable compromiso del poder judicial chileno para con sus deberes en casos históricos.⁸ Ello no hace más que poner en evidencia la continua negativa de parte de otros poderes de estado de legislar para adecuar la cuestionada amnistía nacional a los estándares internacionales aplicables.⁹ La omisión se hace particularmente notoria cuando se aprecia una creciente retroalimentación entre jurisprudencia nacional y regional, con fallos chilenos citados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para evidenciar el carácter pluriofensivo y continuo de la desaparición forzada.¹⁰

1.2. Novedades en fallos y sentencias

Entre julio de 2011 y junio de 2012, la Corte Suprema emitió 18 fallos definitivos en causas de violaciones de derechos humanos en tiempos

len ser confirmadas sin rebaja una vez que lleguen al máximo tribunal. CELS Argentina, www.cels.org.ar

6 Siendo, en palabras del ministro Mario Carroza, un “mandato social” que requiere protagonismo activo del sistema de justicia. Entrevista personal con el ministro, 9 de marzo de 2012.

7 Cambio que produjo un aumento en las penas correspondientes y las hizo efectivas. Corte Suprema, secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz, sentencia del 24 de mayo de 2012; secuestro calificado de Héctor Vergara Doxrud, sentencia del 18 de junio de 2012; y secuestro calificado de Eduardo González Galeno, sentencia del 25 de junio de 2012. Para números de rol, ver cuadro 1.

8 Entrevistas realizadas entre abril y mayo de 2012 con, *inter alia*, los ministros Mario Carroza, Jaime Rodríguez Espoz, Miguel Vázquez y Patricia González, y con Alicia Lira, presidenta de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP). La AFEP remarca una sola excepción, con respecto de un ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, cuyo actuar ha provocado repetidas quejas ante la Corte Suprema.

9 Acatando así al fallo adverso emitido contra Chile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid de 2006, aún sin cumplir.

10 Corte IDH, *Guerrilha Do Araguaia vs. Brasil*, 24 de noviembre de 2010, párrs. 104, 164 y 165 y *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párrs. 65, 216 y 217.

de dictadura. Quince de ellos fueron por un total de 33 víctimas de ejecución política o desaparición forzada, y los tres restantes por torturas (“apremios ilegítimos”) contra 22 sobrevivientes. 17 de los fallos produjeron por lo menos una condena, mientras que en uno todos sus imputados fueron absueltos.

Cuadro 1. Detalle de las sentencias de la Corte Suprema emitidas entre julio de 2011 y junio de 2012 en causas por violaciones a derechos humanos en tiempos de dictadura

Nº	Causa	Fecha de sentencia	Rol
1	Desapariciones de Luís González, Luís Mahuida y Antonio Soto	11 julio 2011	5285-10
2	Desaparición de Mario López	12 julio 2011	8019-10
3	Ejecución de Oscar Farías	22 julio 2011	5219-10
4	Desaparición de Herbit Ríos	25 agosto 2011	6823-09
5	Torturas a víctimas sobrevivientes de Temuco	5 octubre 2011	5898-10
6	Torturas a Luís Vargas	5 octubre 2011	6324-11
7	Torturas a estudiantes de Temuco	11 octubre 2011	6221-10
8	Fallo único de reemplazo en las siguientes 3 causas: i) Ejecución de Manuel Rojas ii) Ejecuciones San Bernardo iii) Homicidio de René Martínez	25 octubre 2011	6381-10 6379-10 6382-10
9	Desaparición del agente Carol Flores y homicidio del agente Guillermo Bratti	9 noviembre 2011	5969-10
10	Desaparición de Mamerto Espinoza	2 diciembre 2011	3680-11
11	Ejecución de José Rodríguez	29 diciembre 2011	6601-11
12	Desaparición de Adán Valdebenito	11 enero 2012	7558-11
13	Desaparición de Jaime Espinoza	26 enero 2012	10434-11
14	Desaparición de Juan Llanca	27 enero 2012	4822-11
15	Desapariciones y ejecuciones Curacaví	7 marzo 2012	5720-10
16	Desaparición de Rudy Cárcamo	24 mayo 2012	288-12

17	Secuestro de Héctor Vergara Doxrud	18 junio 2012	12566-11
18	Secuestro de Eduardo González	25 junio 2012	10665-11

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

Si bien la composición de la Sala Penal de la Corte Suprema cambió a partir de enero de 2012, 15 de los 18 fallos detallados aquí son el resultado de decisiones tomadas por la sala en su integración anterior.¹¹ Aquellos 15 fallos solamente produjeron dos penas efectivas, una de ellas de apenas 100 días.¹² En contraste, las tres sentencias de la nueva composición produjeron 11 condenas efectivas, de hasta 10 años y un día.¹³ El cambio se debe principalmente al llamativo rechazo de la aplicación de la prescripción gradual, en coherencia con la imprescriptibilidad que el derecho internacional establece para crímenes de lesa humanidad. El resultado revierte por el momento la tendencia a rebajar las penas que se había instalado en la Corte Suprema. Es de esperar que esa tendencia hacia una mayor proporcionalidad de penas perdure jurisprudencialmente. Otro actuar llamativo de la Corte Suprema, inclusive en su composición anterior, fue una resolución de abril ordenando la reapertura en Valparaíso del caso “Marinos Constitucionalistas”¹⁴ La causa había sido sobreseída en forma definitiva, argumentando que las torturas y secuestros alegados no podrían ser calificados como tales, pues habrían sido perpetrados en el marco de un “proceso” naval seguido en 1973 en contra de las víctimas. La reapertura representa un cambio, ya que en octubre de 2011 la Corte Suprema había ratificado un sobreseimiento en circunstancias similares en el caso de Luis Vargas.

1.2.1. Nuevas aproximaciones a las responsabilidades penales: Violencia sexual como tortura y responsabilidad de civiles en la figura de complicidad

El *Informe 2011* detalló las primeras querellas en Chile denunciando violencia sexual como una forma de tortura. En la actualidad, 6 de las 29 causas en curso por crímenes cometidos contra sobrevivientes de-

11 Ello se debe a que la fecha de publicación de un fallo puede ser bastante posterior al momento de su votación.

12 Contra Jorge Nibaldo del Río, actualmente preso por otros delitos similares, por “apremios ilegítimos” contra cuatro personas en el caso Torturas a Víctimas Sobrevivientes de Temuco. Ello representa la primera pena efectiva por tortura (“apremios ilegítimos”) impuesta por la Corte en una causa de este tipo.

13 Un fallo adicional informado entre el cierre de edición y la impresión del presente capítulo mantiene en términos generales la nueva tendencia. No es incluido en los análisis detallados aquí presentados, para mantener la periodicidad de 12 meses y, a la vez, la comparabilidad de los datos aquí presentados con las estadísticas publicadas en el *Informe 2011*, que cubre igual período entre 2010 y 2011.

14 Corte Suprema, Marinos Constitucionalistas, Rol 6825-11, sentencia del 2 de abril de 2012.

nuncian violencia sexual contra mujeres. Cinco de ellas son patrocinadas por la ONG Corporación Humanas. La tramitación de esas causas se vio obstaculizada durante buena parte de 2011 por quedar excluidas de la definición de delitos contra los derechos humanos contemplada por la Corte Suprema. Un auto acordado de la Corte de 2010¹⁵ define las causas que serán confiadas a ministros en visita, señalando que ello ocurrirá exclusivamente en casos relacionados con desapariciones o ejecuciones. En base a ello, querellas por tortura habían sido derivadas al 34º Juzgado del Crimen, dilatando su investigación, hasta lograr que fueran retomadas por el ministro en visita ante el cual habían sido inicialmente presentadas.

En 2011 se abrió una nueva puerta de investigación en relación a responsabilidades criminales de civiles por la facilitación de delitos de lesa humanidad en un contexto empresarial. 11 ex carabineros fueron procesados en agosto de 2011 como coautores o, en un caso, encubridor de los homicidios calificados de 19 trabajadores de la entonces Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC) en 1973. Posteriormente, el Ministro Carlos Aldana citó a declarar a diversos ejecutivos y funcionarios de la CMPC de la época, por existir antecedentes que los involucraban tanto en las detenciones (entregando “listas negras” a las autoridades)¹⁶ como en los homicidios, por ejemplo prestando vehículos para trasladar a las víctimas. Así, en eventuales procesamientos, es posible que a los directivos de la CMPC se les atribuya participación como cómplices.

En relación a la nueva persecución de estas formas de participación, destaca el procesamiento dictado por el ministro Alejandro Solís en enero de 2012 contra el periodista Carlos Araya como encubridor de homicidios calificados, a raíz del montaje periodístico que desarrolló para impedir el descubrimiento de los asesinatos de la familia Gallardo.¹⁷

1.2.2 Asignación de nuevos ministros en visita y tramitación de nuevas querellas

En enero de 2012 la Corte Suprema nombró a tres nuevos ministros en visita para instruir causas de violaciones a los derechos humanos en tiempos de dictadura, aumentando a 32 el número de jueces dedicados a dicha función. En Santiago, el ministro Miguel Vázquez recibió 22 procesos, incluyendo los de Calle Conferencia, Torturas AGA y el homicidio de Víctor Jara; mientras que la ministra Patricia González asumió 38 procesos,

15 Corte Suprema, Acta 81-2010, 1 de junio de 2010.

16 Ciperchile.cl: “Confesiones inéditas vinculan a la CMPC con la masacre de 19 trabajadores en Laja”, 13 de enero de 2012.

17 Ministro Solís, Caso Ejecutados en Rinconada de Maipú, Rol 2182-98, auto de procesamiento del 24 de enero de 2012.

en su mayoría vinculados a la Operación Colombo. La ministra Adriana Sottovía de la Corte de Apelaciones de San Miguel instruye 69 procesos originados en querellas nuevas. Aunque ninguno de los tres ministros tiene experiencia previa en este tipo de causas, por lo menos dos de ellos cuentan con recursos que incluyen a experimentados equipos de actuarios y detectives. A pocos meses de asumir sus nuevas funciones, el ministro Vázquez procesó a Manuel Contreras Sepúlveda, Marcelo Moren Brito y Miguel Krassnoff por el secuestro calificado de Germán Moreno.¹⁸

Las nuevas querellas criminales generadas durante el 2011¹⁹ han puesto a prueba el valor jurídico otorgado al actuar histórico de tribunales militares, ya que varias de ellas incluyen víctimas cuyos casos supuestamente habían sido investigados por fiscalías militares de la época. El ministro Mario Carroza optó en octubre de 2011 y febrero de 2012 por sobreseer dos causas de este tipo, declarando “conforme a derecho” el cierre de las causas iniciales por aplicación de amnistía.²⁰ La AFEP, querellante en ambos casos, objetó las resoluciones. Argumentó que no corresponde respaldar en la actualidad la invocación de amnistía por tribunales militares en circunstancias en que la Corte Suprema hoy reconoce su improcedencia en esta clase de crímenes. También cuestionó el momento de aplicación de la amnistía por los tribunales militares, que la habían invocado precipitadamente, antes de acreditar delitos ni identificar imputados. En uno de los casos, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la resolución del ministro Carroza. En el otro, la apelación seguía pendiente al cierre de esta edición.

1.2.3. Cambios generales en los tribunales de justicia

Tras la elección del ministro Rubén Ballesteros como nuevo Presidente de la Corte Suprema,²¹ en enero de 2012 se dio a conocer la nueva conformación de la Segunda Sala (Sala Penal) de la Corte. La sala - que anteriormente (entre 2007 y 2011) había sido integrada por los ministros Nibaldo Segura, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros, Hugo Dolmestch y Carlos Künsemüller - pasó a ser conformada por los ministros Dolmestch, Künsemüller, Milton Juica y Haroldo Brito. El quinto cupo quedó temporalmente vacante, siendo integrado por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago. La salida de la sala penal de los ministros Ballesteros y Segura, tradicionales partidarios de la aplicación de

18 Ministro Vázquez, caso Secuestro Calificado de Germán Moreno, Rol 716-2010, auto de procesamiento del 24 de abril de 2012.

19 Más de 600 de las cuales, según los registros de la AFEP, corresponden a ingresos masivos realizados por ellos el 4 de marzo de 2011 (402 querellas) y el 18 de julio (259).

20 Caso Homicidio de Eulogio Fritz, Rol 237-2011, sentencia de primera instancia del 20 de octubre de 2011; y Caso Homicidio de Hugo Sandoval, Rol 670-2011, sentencia de primera instancia del 29 de febrero de 2012.

21 Observatorio DD.HH., *Boletín 15*, p. 9.

prescripción, y la integración de dos ministros asociados con posturas más progresistas en temas de derechos humanos y derecho internacional (Ministros Juica y Brito), permiten pronosticar una más consistente aplicación de sanciones penales efectivas a crímenes de lesa humanidad.

Los referidos cambios incluyen la jubilación, en mayo de 2012, del ministro Jaime Rodríguez Espoz, coordinador de causas de DD.HH. para el poder judicial desde 2010. Al cumplir 50 años de servicio en la judicatura, el ministro expresó su satisfacción con recientes avances en la entrega de restos, así como en la judicialización de oficio de los crímenes de lesa humanidad sin esperar la insistencia de algún familiar. Identificó como limitante la falta de legislación u otras políticas de respaldo, dejando al poder judicial solo en la tarea de ofrecer una respuesta estatal a crímenes del pasado. Sus funciones de coordinación fueron asumidas por el ministro Dolmestch, generalmente considerado el gestor de la aplicación de prescripción gradual.²²

1.3. Víctimas

1.3.1. Avance de la cobertura de víctimas con causas en tribunales

Según el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante, Programa de DD.HH. o Programa), 1.342 causas criminales se encontraban activas en Chile a fines de febrero de 2012 por ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, torturas, inhumación ilegal o asociación ilícita cometidas entre 1973 y 1990. Estas causas, sumadas a las más de 150 causas resueltas desde 2000, involucran aproximadamente a 75% de las víctimas de ejecución política o desaparición forzada actualmente reconocidas por el Estado de Chile.²³ El porcentaje de sobrevivientes representado por causas es ínfimo, ya que, de cerca de 40.000 sobrevivientes de prisión política y tortura, hay solamente 29 causas abiertas, involucrando no más de 210 sobrevivientes.²⁴

1.3.2. Tratamiento de la Corte Suprema de demandas civiles

Algunas de las querellas criminales existentes incorporan una demanda civil que, al ser acogida, produce indemnización por daños infligidos. En algunos otros casos se han presentado demandas directamente en los juzgados civiles. Diez de los 18 casos criminales terminados por la Sala Penal (en adelante, Sala) de la Corte Suprema durante el perio-

22 Tesis que ha sido bautizada como la “doctrina Dolmestch”. *El Mercurio Análisis Legal*: Jean Pierre Matus, “El fin de la doctrina Dolmestch”, 30 de julio de 2010.

23 Un total de 3.216 personas, cifra que incorpora los más recientes reconocimientos (de 30 casos adicionales reconocidos por el informe Valech II en agosto de 2011).

24 Datos compilados por el Observatorio DD.HH. 26 de las causas son por torturas o tormentos, una por detención ilegal y dos por homicidio frustrado.

do de este informe incluían demandas civiles. En tres casos la Sala acogió las demandas, condenando al Fisco a indemnizar a familiares de las víctimas. En tres más, la Sala rechazó la demanda por considerarse incompetente. En otros tres, los demandantes llegaron a un acuerdo económico previo con el Consejo de Defensa del Estado (CDE), que actuó representando al Fisco. En el último caso, se dejó la decisión al pleno de la Corte Suprema.²⁵

1.3.3. El desamparo jurídico de sobrevivientes en Chile

El Estado de Chile ha reconocido a 38.254 personas como sobrevivientes de prisión política y tortura cometidas entre 1973 y 1990,²⁶ por lo que el número de sobrevivientes reconocidos como víctimas directas supera por lo menos en diez veces al universo de víctimas “ausentes” (personas ejecutadas o desaparecidas). No obstante, la judicialización de crímenes con víctimas sobrevivientes es muy inferior a la de crímenes de ejecución o desaparición, con una discrepancia del orden del 1:60.²⁷ Esta discrepancia se debe en parte al desamparo jurídico al que se encuentran sometidos los sobrevivientes, debido a la ausencia de un órgano estatal dedicado a impulsar o apoyar la persecución penal de los crímenes cometidos en su contra. El Programa de DD.HH. es limitado por mandato a casos de desaparición forzada y ejecución política. Si bien ha empezado a incorporar la denuncia del crimen de tortura a sus querellas por víctimas de desaparición y ejecución, no puede ni pretende ampliar su actividad o asesoría jurídica a sobrevivientes. Se presenta, por tanto, un vacío importante en el cumplimiento pleno del Estado de su deber de investigar y sancionar crímenes de lesa humanidad. Dicho vacío pasa muchas veces desapercibido por quienes creen, erróneamente, que el Programa constituye un equivalente funcional a las unidades fiscales especiales que, en otros países de la región, sí han sido dotadas con el mandato amplio necesario para judicializar toda clase de crímenes de lesa humanidad.

La otra entidad estatal que podría de oficio iniciar investigaciones por tortura es el poder judicial. No obstante, la judicatura también ha optado por concentrar sus esfuerzos en completar la judicialización de los crímenes de desaparición y ejecución. Una fuente judicial sugiere que la omisión de la tortura se debe, por una parte, a una falta de comprensión de la magnitud y consecuencias nefastas y duraderas

25 Corte Suprema, Secuestro calificado de Eduardo González Galeno, Rol 10.665-2011, sentencia del 25 de junio de 2012.

26 Observatorio DD.HH.: “Cifras de víctimas y sobrevivientes de violaciones masivas a los DD.HH. oficialmente reconocidas por el Estado chileno”, octubre de 2011.

27 La comparación no es exacta, porque la mayoría de las causas abiertas por sobrevivientes son por múltiples víctimas, mientras que las causas por ejecución y desaparición son a veces por una sola víctima y a veces por más.

de dicho crimen, y, por otra, a aprensiones fundamentadas de que un ingreso masivo de nuevas investigaciones desbordaría la capacidad actual del sistema investigativo dedicado a estos delitos.

Con todo, se evidencia la ausencia de una clara política de Estado que promueva la investigación, persecución y castigo de delitos que la propia Corte ha calificado como constitutivos de crímenes de lesa humanidad.²⁸ Todo ello significa que, durante décadas, las y los sobrevivientes de violaciones masivas de DD.HH. en Chile han sido interpelados por el proceso de justicia principalmente en una función instrumental: como testigos de los crímenes cometidos contra otros. La experiencia de haber sido citado “bajo apercibimiento de arresto” para declarar y/o para ser confrontado por su ex torturador en el contexto de un “careo”, ha operado como un desincentivo para que testigos inicien acciones judiciales propias.²⁹ La necesidad de someterse a invasivas pericias físicas o psicológicas, potencialmente retraumatizantes incluso cuando se realicen según los protocolos internacionales,³⁰ también produce renuencia. El alto costo emocional, sumado a las bajas penas hasta la fecha impuestas, llevan a muchos sobrevivientes a la conclusión de que iniciar acciones judiciales acarrearía mayores costos personales para ellos que para los responsables. Estas aprensiones reciben respaldo empírico cuando se constata, por ejemplo, que los tres fallos del periodo de este informe correspondientes a causas iniciadas por sobrevivientes produjeron una sola pena efectiva, contra un agente ya preso por otros crímenes. Cinco del total de 6 condenados por “apremios ilegítimo” recibieron beneficios sobre penas que promediaban apenas 257 días y en ningún caso superaban los 540 días.

1.4. Agentes

1.4.1. Sentencias condenatorias, beneficios y atenuantes

Según las últimas cifras oficiales proporcionadas por el Programa de DD.HH., a febrero de 2012, el número de encausados en procesos de derechos humanos en calidad de procesados, imputados o condenados ascendía a 799 personas. 249 de ellas tenían por lo menos una condena definitiva en su contra. De entre estos, solamente 72 estaban o habían estado en algún momento encarcelados en cumplimiento de dicha sentencia. 71% de los condenados a firme evitaron ser encarcelados porque sus penas son lo suficientemente leves como para no ser efectivas. Además, si bien el porcentaje de los condenados cuyas sentencias han

28 Corte Suprema, Torturas a Estudiantes de Temuco, sentencia del 11 de octubre de 2011, considerando 15º.

29 Observatorio DD.HH.: “Trato de testigos en causas DD.HH.”, abril de 2012.

30 Entre otros, el Protocolo de Estambul de 1999.

sido confirmadas en la última instancia de apelación correspondiente (sentencias “a firme”) subió en un 15% entre septiembre de 2010 y el mismo mes de 2011, el porcentaje de presos subió en menos de 1% en igual periodo, reflejando un mayor uso de medidas alternativas.

Dicha tendencia debe revertirse en la medida en que se ejecuten las penas efectivas impuestas por la Corte Suprema desde mayo de 2012, pero lo cierto es que las cifras oficiales encierran otras dos realidades preocupantes. Una, es que se producen con un retraso cada vez mayor, que a agosto de 2012 asciende a 6 meses. Otra es que el Programa no es informado, y por tanto no puede a la vez informar, de la excarcelación de agentes por concesión de beneficios intrapenitenciarios (ver Observatorio DD.HH., “Condenados por crímenes relacionados con DD.HH. excarcelados por concesión de beneficios”). Peticiones realizadas a Gendarmería directamente y a través del Programa arrojaron en junio y en agosto de 2012 la información que un total de seis agentes habían sido liberados durante el periodo del presente informe, tres por cumplimiento pleno de su sentencia y tres por “reducción de condena”.³¹ Los tres beneficiados en 2011, Carlos López Tapia, Alejandro Molina Cisternas y Rolf Wenderoth Pozo, aún figuraban como reos en las nóminas publicadas en febrero 2012.

Si bien el monitoreo permanente de cumplimiento de condenas no es la principal tarea del Programa, lo anterior significa que no existe forma alguna en que los familiares y la ciudadanía en general puedan tener la seguridad de que las penas nominalmente impuestas están siendo efectivamente cumplidas. Con estos tres, ya sumarían 12 los casos conocidos de excarcelación entre fines de 2009 y mediados de 2012, 9 de ellos por commutación o reducción de pena. El Observatorio DD.HH. intenta mantener siempre actualizados sus registros de condenados presos,³² y un cuidadoso seguimiento de la situación actual sugiere que 61 agentes seguían recluidos a junio 2012, mientras que 12 ya habían sido excarcelados. La confirmación del ingreso a la cárcel de los 9 agentes adicionales condenados desde mayo a penas efectivas seguía pendiente al cierre de esta edición, por tanto no están considerados entre los 61. No obstante, la validez de estos datos depende de la información revelada por Gendarmería, que tiene custodia diaria de estos reos. Revelaciones “accidentales”, como la antes descrita, conven-

31 En orden cronológico de excarcelación: Risieri del Prado Altez, desde Punta Peuco, fecha exacta desconocida, por cumplimiento de pena; Carlos López, desde Cordillera, fecha exacta desconocida, beneficio de reducción de condena en 5 meses; Alejandro Molina, desde Punta Peuco, el 6 de julio de 2011, beneficio de reducción de condena en 8 meses (Decreto Exento 3162 del Ministerio de Justicia); Rolf Wenderoth, desde Cordillera, el 20 de octubre de 2011, beneficio de reducción de condena por 7 meses (Decreto Exento 4649 del Ministerio de Justicia); Ramsés Alvarez, desde Cordillera, el 20 de diciembre de 2011, por cumplimiento de condena, y Miguel Ángel Soto, desde Punta Peuco, el 2 de abril de 2012, por cumplimiento de condena.

32 Ver www.icso.cl/observatorio-derechos-humanos, sección Cifras Causas.

cen de la urgente necesidad de instalar un sistema único de monitoreo capaz de transparentar decisiones que modifican materialmente las circunstancias de perpetradores de crímenes de lesa humanidad.

Las 18 causas finalizadas entre julio de 2011 y junio de 2012 involucraron a 48 agentes, de los cuales 8 fueron absueltos (ver cuadro 2). Los 40 condenados recibieron un total de 49 condenas, habiendo sido algunos condenados en más de una causa y/o por dos delitos en una misma causa. Sin embargo, solo 13 de esas 49 condenas correspondieron a penas efectivas de cárcel, casi todas ellas en los tres últimos veredictos del periodo. Por ello, solamente uno de los 10 agentes enviados por primera vez a la cárcel en el periodo había ingresado efectivamente a un centro de reclusión a la fecha de junio de 2012.

Cuadro 2: Condenas y condenados en fallos definitivos por la Corte Suprema en causas por derechos humanos del pasado, comparados entre dos periodos

	Julio 2010 - junio 2011	Julio 2011 – junio 2012
Número de procesos finalizados en la Corte Suprema	23	18
Total de absoluciones emitidas	12	12
Total de condenas emitidas	84	49
• Número de condenas imponiendo pena efectiva de cárcel	34	13
• Número de condenas permitiendo medidas alternativas de cumplimiento	50	36
Total de agentes involucrados en estos procesos*	64	48
Número de agentes condenados en por lo menos una causa	52	40
Número de agentes condenados a por lo menos una pena efectiva de cárcel	18	13
Número de agentes encarcelados por primera vez** por estas condenas	10	10***

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

(*) Una cantidad importante de causas involucran a las mismas personas.

(**) Tres de los 13 condenados a pena efectiva ya estaban encarcelados por otros delitos.

(***) Ingreso físico a recinto penal aún sin confirmarse por 9 de los 10 agentes al cierre de esta edición.

1.4.1.1. Beneficios y atenuantes: ¿El principio del fin de la prescripción gradual?

Hasta mayo de 2012, la Corte Suprema seguía aplicando el instituto de la prescripción gradual a crímenes imprescriptibles, por considerar que dicha figura constituía un atenuante de la responsabilidad penal.³³ En el periodo de este informe, la prescripción gradual fue aplicada en 11 de las 18 causas terminadas, beneficiando a un total de 26 agentes. De estos, 25 no fueron enviados a prisión en atención a que la baja cuantía de la pena resultante permitió la concesión de libertad vigilada y remisión condicional. La atenuante de irreprochable conducta anterior se aplica incluso a personas culpables de múltiples crímenes: en los 18 veredictos finales del periodo, se aplicó en 42 ocasiones a un total de 37 personas. En el periodo del informe, la libertad vigilada fue aplicada en 26 ocasiones y la remisión condicional en 8. Un total de 30 agentes –75% de los condenados del periodo– fueron beneficiados.

Cuadro 3: Atenuantes y beneficios aplicados en fallos definitivos de la Corte Suprema en causas por derechos humanos del pasado, comparados entre dos períodos

Clasificación	Tipo de atenuante o beneficio	Número de Aplicaciones(*)	
		julio 2010 - junio 2011 (23 fallos finales)	julio 2011 - junio 2012 (18 fallos finales)
Atenuantes	Prescripción gradual	70	31
	Irreprochable conducta anterior	83	36
Beneficios	Libertad vigilada	45	26
	Remisión condicional	5	8

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

(*) El número de aplicaciones de cada atenuante o beneficio excede el total de personas beneficiadas, porque tanto beneficios como atenuantes son generalmente acumulables.

Otros beneficios otorgados, cuyo impacto en la cuantía de las penas es menor, incluyen el cumplimiento de la pena por el tiempo que un reo ha permanecido en presidio por otra condena. Se observa con particular preocupación la reaparición del atenuante de “obediencia

33 Una apreciación crítica de esta postura aparece en el *Informe 2011*, op. cit.

indebida”³⁴ una figura del Código de Justicia Militar cuyo aparente abandono habíamos valorado positivamente en el *Informe 2011*.

1.4.1.2. Cumplimiento efectivo de penas de cárcel

En este periodo, un 26.5% (13 de 49) de las condenas impuestas han sido efectivas, comparado con el 40% (34 de 84) en el periodo del *Informe 2011*. Tres de las personas involucradas ya estaban recluidas por otros crímenes, por lo que son 10 los nuevos reclusos del periodo. A fines de junio de 2012, el efecto neto de seis excarcelaciones y un nuevo ingreso, con otros aún pendientes, fue que 61 agentes se encontraban cumpliendo pena efectiva de cárcel.

Cuadro 4: Total de perpetradores presos, por centro de detención

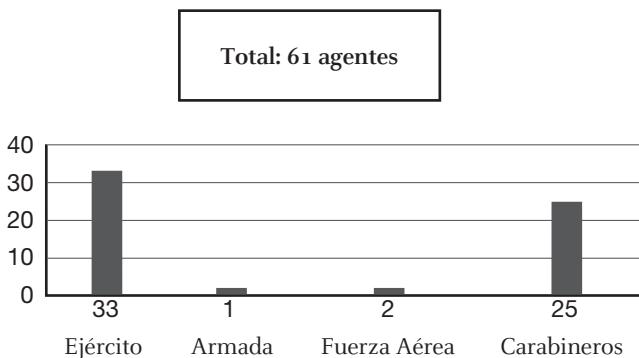
Centro de detención	Número
Punta Peuco (Cárcel Militar)	45
Cordillera (Cárcel Militar)	7
Hospital de Carabineros (Recinto Militar)	1
CPP Temuco (Cárcel Común)	4
CPP San Antonio (Cárcel Común)	1
CP Arica (Cárcel Común)	1
CP Alto Hospicio (Cárcel Común)	1
CCP Concepción (Cárcel Común)	1
Total	61

Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio de Gendarmería

34 Corte Suprema, Caso Desaparición de Adán Valdebenito, sentencia del 11 de enero de 2012.

Cuadro 5: Ramo o institución de procedencia de agentes actualmente cumpliendo penas de presidio*

(*) Todos ahora jubilados de sus respectivas instituciones



En la sección 1.4.1 señalábamos con preocupación la persistencia en 2012 de la práctica poco transparente de excarcelar a agentes por la concesión de beneficios intrapenitenciarios. En la misma línea, en enero de 2012 se le denegó en forma definitiva a Manuel Contreras una solicitud de salida dominical realizada en octubre de 2011. A mediados de mayo de 2012, un sobreviviente vio al actual reo y ex director de la CNI, Odlanier Mena, de compras un día sábado en un centro comercial capitalino. Indagaciones del Observatorio confirmaron que el beneficio de salida dominical concedido el 6 de febrero de 2011 había sido ampliado, en junio del mismo año, al fin de semana entero. También en mayo, un extraño episodio involucrando una carta dirigida al Presidente de la República por el preso Álvaro Corbalán gatilló interacciones al director de Gendarmería por miembros de la Comisión de DD.HH. de la Cámara de Diputados. Corbalán daba a entender que tenía la facultad de salir de su supuesta reclusión en Punta Peuco para pasear por las dependencias del Hospital Militar. El desenlace final fue un oficio del ministro de Defensa, Andres Allamand, a la Comisión prometiendo que serían informados a futuro de trasladados entre los penales de Punta Peuco o Cordillera y el Hospital Militar de Santiago. En julio de 2012 la prensa reportó la denegación de permiso de salida dominical al agente Miguel Krassnoff, mientras que a principios de septiembre se supo de la concesión del mismo permiso a Guillermo González Betancourt y José Fuentes Castro, ambos condenados a cadena perpetua por el triple asesinato en 1985 de José Manuel Parada, Manuel Guerrero y Santiago Nattino.

1.4.1.3. Trato deferencial a acusados en causas por violaciones del pasado

Personas cercanas al proceso de investigación de causas de ddhh comentaron al Observatorio su percepción de un trato deferencial a algunos acusados. Se informó, por ejemplo, de diligencias interrogatorias realizadas en domicilios y no en recintos policiales;³⁵ notificación de condenas a través de abogados defensores sin requerimiento de comparecencia en tribunales y la práctica de permitir al mismo condenado presentarse al recinto penal, evitando ser trasladado bajo custodia. Si bien todas las normativas de derechos humanos existentes fomentan un trato dignificante a acusados y condenados, es llamativo el contraste con las condiciones en que subsisten el grueso de los presos comunes en Chile.³⁶ Varias fuentes mencionaron como ejemplo la situación que prevalece en Valparaíso, donde la Armada aún mantiene una importante presencia en la vida regional. Es frecuente que ministros de la Corte de Apelaciones porteña se recusen de causas de DD.HH., citando vínculos familiares con la Armada como razón para autoinhabilitarse. En julio de 2011, la misma Corte rechazó impugnaciones realizadas por los querellantes, el Programa de DD.HH. y el CDE a su propio actuar en el caso Woodward. La Corte había revocado casi dos tercios de los procesamientos hasta la fecha realizados contra ex oficiales de la Marina.

2. OTROS ACTORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA RELEVANTES EN LA JUDICIALIZACION DE VIOLACIONES DE DD.HH. DEL PASADO

La persecución penal eficaz y oportuna de crímenes de lesa humanidad es una responsabilidad del Estado en su conjunto y, por ende, de todos los operadores del sistema de justicia.

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

El Programa fue fundado en 1996, principalmente para la localización de restos en casos de desaparición forzada o de ejecución política sin entrega de restos. Luego fue robusteciendo su actuar hasta constituir una de las pocas instancias estatales que han perseguido activamente justicia penal por dichos crímenes. Antes de que el Programa empezara, a principios de 2009, a iniciar querellas criminales *a motu proprio*, y el poder judicial investigara de oficio, el Estado había en efecto abdicado esa responsabilidad. En su defecto, familiares y sobrevivientes tuvieron que impulsar causas a través de querellas. El mayor protagonista

35 Si bien otras fuentes insistieron que dicha consideración solamente es extendida a testigos o informantes, excluyendo a potenciales acusados.

36 Ver el capítulo “Política criminal y derechos humanos” de este mismo *Informe*.

nismo actual del Programa es respaldado retóricamente por el Ministerio del Interior, del que depende, pero aún existen notorias demoras en la autorización de nuevas querellas. El Programa cuenta hoy con 13 abogados. En su mayoría fueron formados en el sistema penal nuevo, mientras que es el antiguo que rige en estas causas. No obstante, a juicio del actual director del equipo jurídico, aquello es compensado por una buena formación en derecho internacional, elemento que se ha ido enfatizado en los alegatos del Programa.³⁷ Así se busca promover una creciente receptividad al derecho internacional de los derechos humanos en los tribunales nacionales, un impacto positivo que causas por crímenes del pasado puede tener en la protección de derechos a futuro.

El Programa estima además que ha logrado estabilizar y profundizar su relación con organizaciones de familiares, y diagnostica un real interés de avanzar de parte de los organismos oficiales más directamente relacionados con investigaciones criminales. Por otra parte destaca el continuo incumplimiento del fallo Almonacid, niveles decrecientes de colaboración efectiva por agentes, y la permanente negación de las FF.AA. de la existencia de archivos institucionales relevantes. Comparte con el Observatorio una preocupación por un sistema transparente de supervisión del cumplimiento de penas efectivas y alternativas.

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

La actual Brigada Investigadora de Delitos contra los DD.HH. de la Policía de Investigaciones (PDI) ha actuado desde 1991, en distintas encarnaciones, como pieza fundamental en la investigación de causas. En el *Informe 2011* reporteamos preocupaciones por remplazos de personal experimentado. Si bien este asunto no ha sido del todo zanjado, la percepción general es que la Brigada se ha estabilizado en su nueva configuración. Sigue siendo una de las entidades estatales que más confianza evoca entre sobrevivientes y familiares, quienes declaran recibir un trato respetuoso en sí reparador. Nuevas querellas implicaron una alza de 41% en las órdenes judiciales recibidas por la Brigada en 2011, en comparación con 2010.³⁸ Sus indagaciones iniciales determinan la transformación de una querella en una causa nueva o su acumulación a una investigación existente. Los 59 detectives operacionales de la Brigada se especializan por causa, para preservar una continuidad investigativa ante cambios de ministro. Pueden ayudar a evitar la duplicación de indagatorias y sugerir alternativas a la citación

37 Entrevista personal con Francisco Ugás, director de área jurídica del Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior, 30 de mayo de 2012.

38 Entrevista personal con el Prefecto Luis Nieto, 18 de mayo de 2012, y visita de los detectives Víctor Vielma y Braulio Abarca al Centro de DD.HH. de la UDP, 22 de mayo de 2012.

de testigos renuentes o frágiles. La presencia de detectives experimentados también permite establecer relaciones de confianza con potenciales informantes, ex agentes quienes, sin haber sido perpetradores directos, pueden aportar datos útiles al existir canales discretos.

La reputación de eficacia adquirida por la Brigada ha llevado a la ampliación de sus responsabilidades a la investigación de violaciones a los DD.HH. posteriores a 1990. Recibe órdenes de investigación de la Fiscalía Militar y el Ministerio Público respecto a violencia policial y otras posibles violaciones actuales. Esta ampliación, actualmente un porcentaje menor de las actividades de la Brigada, representa tanto una oportunidad como una amenaza. Transforma a la Brigada en un posible vehículo para que el sistema de justicia aprenda de la experiencia de la persecución penal de crímenes de lesa humanidad del pasado; sin embargo, diluye su accionar. También ha reforzado una creciente segmentación entre operadores del sistema penal antiguo y el nuevo: los detectives hoy se especializan en causas “pre” o “post” reforma en atención a las diferencias que existen en procedimientos.

Dificultades inmediatas incluyen el hecho de que nuevas querellas inevitablemente incorporan una mayor proporción de crímenes con pocos antecedentes o sin el compromiso activo de familiares o testigos. El transcurso del tiempo reduce tanto la accesibilidad de evidencia física como el círculo de testigos e incluso de perpetradores. Las causas iniciadas por sobrevivientes, hoy las menos, ofrecen la ventaja de “víctimas presentes” pero arrojan desafíos particulares, incluyendo la compatibilización del trabajo indagatorio con el trato respetuoso de sobrevivientes. La Brigada ha estrechado vínculos con el SML y otros operadores para mejorar su actuar en este sentido.

2.3. Servicio Médico Legal (SML)

En el año 2006, el SML estuvo en el epicentro de una polémica al tener que retractar las identificaciones de más de un centenar de víctimas de ejecución política, la mayoría exhumadas en 1991 del Patio 29 del Cementerio General. Transcendió que el servicio había retenido durante años tanto un informe constatando dichos errores como muestras procedentes de otros casos relevantes. A raíz de ello, se produjo una extensa reorganización del servicio. Bajo la dirección del Dr. Patricio Bustos, el servicio logró restablecer la confianza en sus procedimientos y rehabilitar su relación con familiares que habían debido vivir por segunda vez la “desaparición” de un ser querido. Se aplicaron nuevas técnicas basadas en muestras de ADN, muchas de ellas no disponibles cuando las cuestionadas identificaciones anteriores se habían realizado. Se han establecido además nuevos estándares de sensibilidad y profesionalismo en la notificación y entrega de restos, coordinando

estas estrechamente con ministros de causa y asistentes sociales del Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior. El ministro Alejandro Solís destacó como uno de los aspectos más trascendentales de su larga labor judicial el haber confirmado nuevas identificaciones a casi 50 familias, acompañado a veces de la amarga noticia de que restos sepultados bajo identidades erróneas tendrían que ser nuevamente exhumados. Destacó también cómo las crueidades de la represión se hicieron nuevamente presentes cuando hubo que informar a familiares de Calama de que los minúsculos fragmentos óseos recuperados tras la macabra remoción de restos conocida como la “Operación Retiro de Televisores” se habían consumido durante las pericias científicas necesarias para su identificación.³⁹ En total, son 120 las personas víctimas de violaciones a los ddhh cuyos restos han sido definitivamente identificadas por el SML entre 2006 y agosto de 2012 usando técnicas ADN. Las nóminas de estas personas se encuentran permanentemente a disposición del público en el sitio web del servicio, www.sml.cl, sección Identificación y DD.HH. Actualmente, 51 de ellos corresponden al total de 126 restos humanos inicialmente recuperadas del Patio 29. Los demás son personas cuyos restos han sido identificados durante investigaciones judiciales de crímenes cometidos en Paine, Lonquén, Calama, Chihuío, Cuesta Barriga y Fuerte Arteaga.

El SML también realiza pericias psicológicas a sobrevivientes en su calidad de querellantes en causas judiciales. Este aspecto de su labor, necesario para resguardar las garantías del debido proceso, es quizás inevitablemente el que sigue suscitando mayores críticas. Muchos sobrevivientes se sienten agredidos al tener que “constatar” una vez más sufrimientos ya relatados. Apuntan, por ejemplo, a los extensivos testimonios y constataciones médicas entregados a la Comisión Valech, hoy inaccesibles para todo efecto judicial.

3. MEMORIA HISTÓRICA Y REPUDIO SOCIAL DE CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

3.1. El derecho a la verdad y el imperativo de la no repetición

En los últimos años ha cobrado fuerza la noción del derecho a la verdad, la obligación estatal de proporcionar información completa y fidigna a sobrevivientes, familiares y la sociedad sobre graves violaciones a los DD.HH. El progresivo reconocimiento de este derecho ha servido en otros países para iniciar procesos criminales, inclusive sin perspectiva de sanción penal (“juicios por la verdad”); para restituir identidades a niños apropiados; y, a través de recursos de habeas data,

39 Ministro Solís, comunicación electrónica con el Observatorio DD.HH., mayo de 2012

para hacer efectivo el derecho a reparación. Luis Joinet, ex Relator Especial sobre la Impunidad para la Organización de Naciones Unidas, señala que el derecho a la verdad descansa en principios que incluyen el “deber de recordar”.⁴⁰ Por tanto, procede evaluar el actuar de cada estado a la luz de los deberes de resguardar y contar la verdad, de repudiar graves violaciones y de garantizar su no repetición.

3.2. Repudio social y persistencia del *pinochetismo*: Homenajes abiertos a Miguel Krassnoff Martchenko y Augusto Pinochet

El 21 de noviembre de 2011 se realizó un homenaje al torturador y homicida Miguel Krassnoff Martchenko, en el marco de la reedición de un libro que lo retrata como un “prisionero político”. El acto contó con el beneplácito del alcalde municipal Cristián Labbé, otrora guardaespaldas de Augusto Pinochet y compañero de armas de Krassnoff. El INDH se manifestó consternado ante el hecho de que un alcalde de la actual coalición de gobierno prestara su nombre para homenajear a quien ha sido condenado en la Corte Suprema por 27 homicidios y secuestros, con múltiples procesamientos adicionales aún en curso. No obstante, personajes asociados con la derecha política, entre ellos el actual presidente de uno de los partidos gobernantes, se limitaron a describir el homenaje como “inoportuno”. Ello pone una vez más en entredicho la existencia de un inequívoco repudio a los crímenes aberrantes cometidos durante la dictadura y sugiere además un desconocimiento de la validez del proceso de justicia. Una encuesta realizada por el Centro de Estudios de la Realidad Contemporánea (CERC) descubrió, por ejemplo, que, un 14% de encuestados que expresan su intención de votar por la derecha opinaba que Krassnoff “no cometió crímenes contra los derechos humanos”, a pesar de sus múltiples condenas.⁴¹

El homenaje a Krassnoff provocó una *funa callejera* que congregó a centenares de personas, algunos portando carteles que los identificaban como sobrevivientes de torturas infligidas por el mismo Krassnoff. Se produjeron fuertes enfrentamientos verbales y físicos, hasta que una violenta intervención policial dispersó a los manifestantes. El incidente motivó la presentación por parte de la senadora socialista Isabel Allende de un proyecto de ley para impedir la realización de este tipo de homenajes y prohibir la destinación de recursos públicos a ellos. Por su parte, el 10 de junio, la organización de ex militares Corporación 11 de septiembre organizó un homenaje a Augusto Pinochet en el Teatro

40 Luis Joinet, “La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos”, Informe final en la aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2005

41 CERC, *Barómetro de la política*, diciembre de 2011.

Caupolicán. El evento también provocó violentos incidentes, si bien se notó una escasa participación de personajes de connotación pública.

Carlos Huneeus ha sugerido que el “pinochetismo” encuentra una expresión relativamente constante en la sociedad chilena, a pesar de lo que los tribunales han ido revelando desde el año 2000.⁴² Ello sugiere por lo menos dos posibles interpretaciones, ambas preocupantes. La primera es que la suma de condenas a individuos no ha sido suficiente para dejar en manifiesto la criminalidad sistemática del régimen; otra es que aún hay sectores de la población que ignoran o relativizan los crímenes. Otros países del Cono Sur han comenzado a vaciar sus espacios públicos de homenajes a ex dictadores;⁴³ en Chile, el memorial más prominente a la época en el sector acomodado de la capital es un monumento a Jaime Guzmán, aliado cercano de Pinochet.⁴⁴ Una de las principales arterias de la capital aún conmemora el aniversario del golpe de estado, mientras que el Museo Naval de Valparaíso recibe a turistas con una prominente estatua a José Toribio Merino, ex integrante de la Junta. Si bien estos homenajes no reivindican en forma explícita la represión librada por la dictadura, levantan interrogantes importantes. La sugerencia de que se puede condenar los crímenes de la dictadura sin rechazar el autoritarismo en sí fue hecha explícita nuevamente en enero de 2012 con una polémica sobre el supuesto remplazo del término “dictadura” en las bases curriculares de historia.

3.3. “Dictadura” o “régimen”: Lenguaje político y educación pública

A principios de enero de 2012 se desató una discusión en los medios de comunicación por un supuesto cambio de textos escolares de historia, que a futuro hablarían de “régimen militar” en vez de “dictadura”. La polémica fue incluso analizada en medios internacionales.⁴⁵ Sin embargo, nunca hubo una práctica generalizada del uso del término “dictadura” en textos escolares, ni tampoco se trataba de propuestas de cambio a textos existentes. Más bien, se trató de la introducción, por primera vez, de bases curriculares implementadas por el Ministerio de Educación para todas las asignaturas.⁴⁶ La propuesta para historia en niveles 1º a 6º

42 Huneeus, Carlos y Sebastián Ibarra, “La memoria del régimen de Pinochet desde la opinión pública”, en Hite, Collins y Joignant (eds.), *The Politics of Memory in Chile* (en preparación).

43 En Paraguay, la Ciudad Alfredo Stroessner fue rebautizada Ciudad del Este en los noventa. En diciembre de 2011, los nombres de Videla (Argentina) y Méndez (Uruguay) fueron borrados de un puente fronterizo construido bajo sus mandatos. En Argentina, el entonces presidente Néstor Kirchner supervisó en 2004 la remoción de retratos de las Juntas militares de la Academia Militar.

44 En diciembre, estudiantes de la Universidad Católica repudiaron la celebración en su campus del aniversario de la Fundación Guzmán, impulsores del memorial. El mismo sufrió daños en agosto de 2011 por la colocación de un artefacto explosivo.

45 The Financial Times: “Chile Axes ‘Dictatorship’ From School Books”, 5 de enero de 2012.

46 Bases que luego se emplean como guía general para fijar programas, componer textos y asignar horarios escolares por materia en los colegios públicos. Antes existían, como equiva-

básico, ingresada al Consejo Nacional de Educación (CNED) en agosto de 2011 y aprobada en diciembre, en efecto empleaba las frases “gobierno militar” o “régimen militar” para referirse al periodo 1973 a 1990, dejando de lado la palabra “dictadura”. La fuerte discusión subsecuente generó en enero de 2012 una propuesta de modificación – generada, al igual que la propuesta original, desde el Ministerio de Educación - para usar siempre ambas alternativas, hablando de “gobierno militar o dictadura” o “régimen militar o dictadura”. La modificación fue aprobada, por cuanto debe ser incorporada en los nuevos textos escolares producidos por editoriales privadas y por el mismo Ministerio a partir de 2013. Queda pendiente para los últimos meses del 2012 tanto la aprobación de los programas que dan cuerpo a las bases ya aprobadas, como la aprobación de bases y elaboración de programas para historia en educación media. Si aquellos adoptan la misma solución, la polémica podría llevar finalmente a una mayor difusión del discutido término ‘dictadura’. Eso porque un estudio realizado por investigadores de la Universidad Alberto Hurtado muestra que textos anteriores, tantos los producidos por privados como los del mismo Ministerio, han alternado siempre entre los términos “régimen” y “gobierno” militar.

3.4. Actividades del Museo de la Memoria y de sitios y agrupaciones de memoria

Como parcial antídoto a las tendencias descritas arriba, los miembros de la Red de Sitios de Memoria y los Derechos Humanos y otras organizaciones de la sociedad civil seguían trabajando en la difusión de la memoria y promoción de respeto por los derechos humanos. Se notó un mayor énfasis en conexiones entre “pasado” y “presente”:⁴⁷ surgieron grupos de “observadores de DD.HH.” para monitorear las actividades de las fuerzas públicas durante protestas. También se volvió a constituir el emblemático Movimiento contra la Tortura Sebastián Acevedo (MCT-SA), un movimiento de acción directa no violenta de inspiración cristiana que, durante los ochenta, denunció públicamente a sitios de tortura.

Para el Museo de la Memoria y los DD.HH., el periodo fue en general un tiempo de consolidación bajo su nuevo director. Se enfatizó el carácter amplio de su misión, con exposiciones sobre temas contemporáneos, incluyendo Abu Ghraib, y actividades itinerantes fuera de la capital valorando el aporte histórico y actual de defensores de los DD.HH. en cada región del país. La sede del Museo en Santiago recibe cada vez más

lente funcional, otros instrumentos fijando objetivos por materia.

47 Según la Comisión Ética contra la Tortura (CECT), organización que a la vez lamenta cierta tendencia a lo testimonial y contestatario a expensas de un mayor protagonismo de agrupaciones históricas en el diseño de políticas públicas relevantes. Comunicación electrónica, junio de 2012.

visitas escolares y también vio un alza en visitas “casuales” debida a la reapertura del cercano parque Quinta Normal. La colección virtual del Centro de Documentación llegó a un peak de 3.500 visitas únicas al mes durante 2012.⁴⁸ En abril, el presidente Sebastián Piñera realizó una visita sorpresiva al Museo, gesto que en el *Informe 2011* habíamos señalado como deseable para afirmar el lugar de la institución en la vida nacional. No obstante, en junio, el Museo fue objeto de un vitriólico ataque del historiador Sergio Villalobos, denunciando la supuesta “falsificación” que representa el hecho de que el Museo no retrate la historia política del gobierno de la Unidad Popular. La actual directora de la Dirección de Bibliotecas y Museos (Dibam) cuestionó por su parte el ambivalente estatus del Museo, que depende mayoritariamente de fondos públicos pero no cae directamente bajo el control de la Dibam.⁴⁹

3.5. Falta de cuidado de memoriales en espacios públicos

En el *Informe 2011* señalamos la necesidad urgente de una política de resguardo de sitios de memoria y memoriales. El Día Internacional de la Mujer, en marzo de 2012, dio nuevamente ocasión de lamentar el estado de abandono en que se encuentra el Monumento a las Mujeres Víctimas de la Dictadura. El muro de vidrio, ubicado en el bandejón central de la Alameda, a la altura del metro Los Héroes en Santiago, se encuentra completamente cubierto de grafiti, con varios paneles quebrados, y rodeado por basura y heces humanas. El Programa de DD.HH. se comprometió a promover para 2013 el cumplimiento de parte de las autoridades municipales de las responsabilidades de mantención que la Ley 17.288 (Ley de Monumentos) les asigna. Las alternativas que se barajan para el Monumento a las Mujeres incluyen su reubicación definitiva, ya que, al margen de vandalismo casual, se encuentra además expuesto a daños colaterales durante movilizaciones callejeras.

4. RECONOCIMIENTO Y REPARACIÓN A VICTIMAS Y SOBREVIVIENTES⁵⁰

4.1. Resultados y repercusiones de “Valech II”

La Comisión Asesora para la Calificación de Detenidos, Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, o Comisión Calificadora, conocida también como “Valech II”, publicó

⁴⁸ Entrevista personal con María Luisa Ortiz, Museo de la Memoria y los DD.HH., 18 de mayo de 2012.

⁴⁹ *La Tercera*: “Autoridades e historiadores polemizan sobre el rol del Museo de la Memoria”, 25 de junio de 2012.

⁵⁰ Esta sección incluye información recopilada en una investigación realizada por el Observatorio DD.HH. para el INDH.

su informe final el 26 de agosto de 2011.⁵¹ Reconoció 30 casos de desaparición forzada o ejecución política y 9.795 de prisión política y/o tortura sobrevivida ocurridas durante la dictadura. En consecuencia, las cifras de victimización oficialmente reconocidas en Chile ascienden a 3.216 personas desaparecidas o asesinadas y 38.254 personas sobrevivientes de prisión política y/o tortura.⁵² Si bien se pretendía homologar criterios y procedimientos de calificación entre las dos repeticiones de la Comisión, Valech II introdujo modificaciones. Impuso mayores requisitos de experiencia para el rol de entrevistador, intensificó la difusión en medios locales y contactó a agrupaciones regionales para fortalecer el proceso de acreditación en anticipación de una elevada proporción de casos de difícil documentación.⁵³ A los consulados chilenos en el exterior no se les delegó esta vez la toma directa de testimonios, restringiéndolos a la canalización de antecedentes escritos en atención a la imposibilidad de garantizar la confidencialidad y sensibilidad necesarias.

No obstante, Valech II fue duramente cuestionado por sus bajas tasas de calificación: aproximadamente 30% de los casos presentados, en contraste con casi 80% por Valech I en 2004/5. También llamó la atención la ausencia completa en su resumen final de alusiones a violencia sexual. Ello sucedió a pesar de una mayor concurrencia de mujeres –16% de los nuevos casos calificados–, junto con evidencia anecdótica de declarantes y entrevistadores sugiriendo una alta incidencia de denuncia de agresiones sexuales.

Preocupó la ausencia de mecanismos de notificación personal y deapelación a decisiones, así como la aparente indiferencia de las autoridades políticas, quienes difundieron la nómina e informe exclusivamente a través de un ahora desactivado sitio web.⁵⁴ El precipitado cierre de la Comisión, cuya sede fue desmantelada a solo días de entregar la nómina final, dejó el informe, además, en “tierra de nadie”. Solicitudes bajo la ley de acceso a información, realizadas por el Observatorio DD.HH. en marzo de 2012 para conseguir nóminas actualizadas y resolver contradicciones entre las gráficas en varias versiones publicadas de los informes Rettig y Valech, fueron infructuosas. El Subsecretario del Interior sugirió consultar a la Comisión Valech, que a la fecha llevaba 7 meses disuelta.⁵⁵ La Secretaría General de la Presidencia, Segpres, nos derivó al Ministerio del Interior y el Ministerio

51 La Comisión Calificadora fue el resultado de presión de parte de quienes estimaron no haber alcanzado a presentarse ante la comisión anterior y/o contar con elementos adicionales que permitían la reconsideración de su caso antes no calificado.

52 Observatorio DD.HH., “Cifras de víctimas y sobrevivientes...”, op. cit.

53 Observatorio DD.HH., “Taller Comisión Valech II – Aspectos metodológicos”, septiembre de 2011

54 www.comisionvalech.gov.cl, desconectado en mayo de 2012.

55 Oficio 6326, Subsecretaría del Interior, 19 de abril de 2012.

del Interior, a Segpres.⁵⁶ El INDH reconoció, con admirable candor, que “[p]ara las víctimas sobrevivientes no hay instancia o institución pública que ejerza con legalidad en ningún tema que tenga que ver con ellos”, recalando a la vez que su único mandato legal relevante es la custodia de los antecedentes de ambas comisiones.⁵⁷ No obstante, a junio de 2012 el INDH fue la única de las cuatro instancias consultadas que aún ofrecía acceso directo, a través de su sitio web, a la nueva nómina e información sobre las medidas de reparación asociadas.⁵⁸

Las organizaciones y agrupaciones de DD.HH. fueron generalmente críticas de la instancia, llegando a declararla derechamente un “fracaso”.⁵⁹ Cuestionaron aparentes disparidades en calificación entre personas detenidas en circunstancias idénticas; la reserva (ley de secreto) de 50 años que pesa sobre los testimonios; y el impacto retraumatizante del no reconocimiento,⁶⁰ acentuado por aprensiones sobre futuro acceso a servicios de salud, incluyendo salud mental. En particular se destacó la necesidad de respetar el principio de la no regresividad en relación a personas ahora no calificadas cuya calidad de sobreviviente ya ha sido acreditada por otras instancias. Estos incluyen el programa de salud PRAIS, iniciado más de una década antes de que existieran las nóminas Valech.

Otro punto sensible de ambas nóminas Valech fue la inclusión de ex agentes, uno de ellos actualmente preso por un triple homicidio. Esto obligó el reconocimiento de que víctima y victimario no siempre son categorías excluyentes y desató debates sobre si estas personas deberían tener derecho a medidas de reparación. Es menester observar que nada en el marco normativo imperante lo impide: la reparación solo se establece en función al daño causado, encontrando su fundamentación en la universalidad de los derechos humanos y no la idoneidad moral de la víctima.

La Agrupación de Ex Presos Políticos de la Quinta Región, y la Agrupación de Ex Menores Víctimas de Prisión Política y Tortura, presentaron un recurso judicial ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso el 26 de septiembre de 2011 reclamando la no calificación por la Comisión de cuatro casos a su juicio “emblemáticos”. Según la ONG

56 Comunicaciones electrónicas enviadas el 14 y 22 de marzo, respectivamente.

57 Comunicación electrónica del INDH, 15 de marzo de 2012. Los antecedentes de ambas repeticiones de la Comisión Valech se encuentran físicamente en una bodega sellada del Museo de la Memoria, a la espera de que la Contraloría General de la República resuelva una petición aclaratoria del INDH sobre como compatibilizar sus responsabilidades en preservación y custodia con la prohibición absoluta de acceso físico que actualmente rige. A la vez, el Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior reclama visto de los 30 “casos Rettig” calificados por Valech II, argumentando que le corresponde iniciar acciones legales y que dichos casos no deben caer bajo el secreto de 50 años aplicable a los “casos Valech” en general.

58 Los derechos incluyen acceso al sistema de salud pública, exención del servicio militar, una pensión mensual de monto variable según edad y situación, y una beca de estudios traspasable a un hijo o nieto. Ver www.indh.cl/informacion-comision-valech u Observatorio DD.HH., *Tabla de leyes y medidas de reparación en Chile, y Medidas de reparación en Chile desde 1990*.

59 Comunicación electrónica con la CECT, junio de 2012.

60 L. Elosúa y otros, “Informe Valech II: Retraumatización e impunidad”, *Reflexión: Derechos Humanos y Salud Mental*, 41, CINTRAS, 2011, pp. 32-37.

FASIC, a abril de 2012 más de 100 acciones cautelares similares habían sido presentadas solamente en la Región Metropolitana.⁶¹ Las acciones fueron desestimadas por la Corte de Apelaciones, considerando improcedente la interpelación directa del presidente Sebastián Piñera. Dado que la Comisión dependía directamente de la Presidencia durante su limitada duración, tal falta de claridad sobre líneas de responsabilidad parece un síntoma más de la falta de prolijidad con la que se ha manejado desde siempre los deberes del reconocimiento y reparación íntegra de víctimas. Se necesita urgentemente una instancia oficial encargada tanto de calificar casos como de supervisar activamente las políticas públicas asociadas. Las labores de calificación deben ser permanentes: dado que la calidad de víctima o afectado/a que da origen al derecho no vence, no existe razón alguna, más allá de la conveniencia administrativa del Estado, para la existencia de plazos máximos para inscribirse y hacer uso de medidas de reparación.

4.2. Estado general de la política pública de reparación

La gradual ampliación de reparaciones económicas desde familiares a sobrevivientes constituye indudablemente un avance. Si bien las violaciones graves son en esencia irreparables, en Chile se han desarrollado, desde 1991, políticas públicas dirigidas a reconocer violaciones estatales e intentar aliviar sus peores consecuencias. Sin embargo, persisten serios problemas de coordinación entre las múltiples instancias administrativas involucradas. Al no existir una instancia única y experta, entidades sin conocimiento especializado deben realizar interpretaciones “administrativas” de las leyes existentes. Los ingresos por pensiones de reparación fueron declarados imponibles por el Servicio de Impuestos Internos en 1992 ante una “ambigüedad” en el texto de la ley, mientras que algunos titulares de pensiones reparatorias fueron excluidos de la reciente eliminación del 7% de aporte en salud para jubilados, debido a la particular categorización legal de su pensión. Es poco probable que estos desenlaces expresen las verdaderas intenciones de los legisladores contemporáneos, debiéndose más bien a la falta de previsión o de monitoreo subsecuente de sus efectos.

El desamparo jurídico que afecta a sobrevivientes es replicado en el ámbito de reparaciones. La única instancia oficial que actualmente ayuda y asesora a familiares respecto a sus necesidades y derechos es el área social del Programa de DD.HH. Sus tres asistentes sociales, dirigidos por un profesional entrenado en psicología, realizan valiosos esfuerzos de ser la “cara humana” del Estado, acompañando ritos fu-

61 Observatorio DD.HH., *Boletín 15*.

nerarios, gestionando atención en salud y protegiendo activamente los derechos de familiares,⁶² pero su área de competencia es limitada a crímenes de desaparición o muerte.

4.3. Controversias sobre el Programa de Exonerados Políticos

La Oficina de Exonerados Políticos, dependiente del Ministerio del Interior, nació en 1993 para regularizar la situación previsional de ex funcionarios públicos despedidos por motivos políticos durante la dictadura.⁶³ Ella sigue tramitando postulaciones a pesar de que la recepción de antecedentes cerró en julio de 2004. En octubre de 2011, el programa Contacto de Canal 13 alegó que se había calificado personas que no reunían los requisitos. Se cuestionó en particular el estatus otorgado a certificaciones emitidas por parlamentarios de que determinados postulantes eran militantes de partidos políticos al momento del golpe (condición suficiente para calificación). También se cuestionó la reducida edad de algunos de los 157.038 calificados,⁶⁴ ignorando quizás que el programa incluye hasta 5.000 “exonerados de tierra”, campesinos que en muchos casos iniciaron su vida laboral a la temprana edad típica en la sociedad rural de la época.

En noviembre de 2011, el CDE recomendó dejar sin efecto la entrega de reparaciones económicas en 52 de 250 casos cuestionados. No obstante, está claro que actualmente existen altos niveles de confusión sobre quién está facultado de ejecutar estas suspensiones;⁶⁵ otro motivo para recomendar la creación de una sola institución que califique y fiscalice.

Los demás casos cuestionados se encuentran bajo investigación en el 34º Juzgado del Crimen de Santiago. Cabe señalar que datos parciales recuperados de fuentes oficiales a fines de 2011 indican que menos de la mitad de las personas actualmente calificadas percibe alguna remuneración. Algunos calificados optan por no hacer uso de su derecho a pensión.⁶⁶ Incluyendo exonerados asociados con la

62 Por ejemplo, entre agosto y diciembre de 2011, el área social ubicó a familiares de los 30 nuevos casos de desaparición y ejecución reconocidos en Valech II, gestionando reparaciones en 18 de los casos.

63 Su ámbito de alcance fue posteriormente ampliado a empleados de empresas privadas intervenidas por el Estado, y a las FFAA, poder judicial y poder legislativo.

64 Cerca de 93.000 postulantes seguían a la espera de una decisión a septiembre de 2011. Cifras suministradas por la Oficina de Exonerados Políticos. Observatorio DD.HH., *Tabla de leyes y medidas de reparación*, op. cit.

65 No nos ha sido posible, por ejemplo, confirmar que el Instituto de Previsión Social (IPS) efectivamente ha encontrado la fórmula legal para suspender la entrega de pensiones a familiares de las personas removidas de la nómina de víctimas Rettig desde 1991. A septiembre 2012, seguían existiendo discrepancias y confusión incluso sobre cuantas y cuales eran los nombres descalificados. A agosto 2012 habían 6 causas abiertas investigando posible fraude en relación a familiares de estas personas, mientras que en otra causa el único procesado había sido absuelto.

66 Incluyendo exonerados asociados con la derecha política, entre ellos el columnista Hermógenes Pérez de Arce. Según estimaciones de fuentes oficiales, la proporción de calificados percibiendo ingresos nunca ha superado el 57% de los titulares. La proporción ha ido en baja por razones que incluyen el fallecimiento de titulares sin que haya cónyuge que herede la pensión.

derecha política, entre ellos el columnista Hermógenes Pérez de Arce. Según estimaciones de fuentes oficiales, la proporción de calificados percibiendo ingresos nunca ha superado el 57% de los titulares. La proporción ha ido en baja por razones que incluyen el fallecimiento de titulares sin que haya cónyuge que herede la pensión.

mientras para otros el reconocimiento de la calidad de exonerado es esencialmente simbólico. El programa está diseñado para llenar lagunas previsionales dejadas por períodos de forzosa cesantía o exilio. Completa así una porción de las cotizaciones requeridas para una pensión que sigue siendo esencialmente contributiva, acumulada por el individuo a lo largo de su vida laboral.

4.4. Percepciones de personas titulares del derecho a reparaciones

Las necesidades de personas titulares del derecho a reparaciones son muy diversas. A juicio de la experta nacional preeminente en la materia, las políticas públicas actuales no se ajustan a esa diversidad: “[n]uestras reparaciones nacionales no son proporcionales al daño causado, y no se hace ninguna consideración individualizada de las víctimas.”⁶⁷ Entrevistas realizadas por el Observatorio DD.HH. en 2011⁶⁸ revelan algunas experiencias positivas: “[s]oy feliz con mi pensión, es un ingreso extra que me permite darme pequeños lujo. El PRAIS es una maravilla”. “[L]a pensión fue recuperar parte de la dignidad perdida”. No obstante, otros sobrevivientes expresaron la imposibilidad de reparar daños de tal envergadura: “[l]a pérdida va a acompañarte hasta el final de tus días [...] a mi modo de ver, no existe reparación”. Entre sobrevivientes de segunda generación se valora la beca de estudios, si bien tampoco se siente suficientemente comprendido: “[n]o basta con dar una beca [...] En un día pasé del hijo de un extremista a ser hijo de una víctima [...] faltó un proceso de orientación”. Hay una valoración transversal de la dimensión simbólica incluso de medidas económicas: la restauración de la dignidad a través de un trato respetuoso parece esencial. En ese sentido, se ha de conceptualizar que es el Estado, y no la persona afectada, quien se “rehabilita”, haciéndose digno nuevamente de la confianza del ciudadano vulnerado. Ello exige coherencia en la aceptación estatal de responsabilidad e implica que el Estado debe tomar medidas para evitar un excesivo resentimiento social en torno a las reparaciones. Debe comunicar claramente a la ciudadanía su justificación moral y legal, evitando además contradicciones entre sus propias actuaciones en los campos de reparación, verdad y justicia. En palabras del hijo de un detenido desaparecido, “la reparación debe

67 Entrevista personal con Elizabeth Lira, 14 de mayo de 2012.

68 Observatorio DD.HH., “Reparaciones en Chile. Historia de vida”, enero 2012

ser un acto social: la mantención de la memoria, la justicia, la verdad y el castigo de los responsables".

4.5 Visita a Chile del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas o involuntarias, GTDFI

El GTDFI visitó Chile entre el 13 y el 21 de agosto de 2012, reuniéndose con una serie de autoridades y actores de la sociedad civil. Junto con escuchar testimonio sobre el estado de verdad, justicia y reparaciones por desapariciones forzadas ocurridas antes de 1990, el Grupo recibió a dirigentes del movimiento estudiantil de escuelas secundarias. Estos compartieron su preocupación sobre recientes denuncias por jóvenes detenidos durante movilizaciones callejeras, quienes acusan haber sido "conducidos" durante largos períodos en vehículos policiales sin que exista registro o formalización de su detención.⁶⁹ Entrevistas realizadas por el Observatorio DD.HH. en 2011⁶⁹ Al terminar su misión el Grupo emitió un informe preliminar que recoge y comparte muchas de las mismas preocupaciones consignadas en el presente capítulo. Se espera en los próximos meses la presentación ante el Estado de Chile de un informe final con recomendaciones para un mejor cumplimiento de las responsabilidades que el Estado de Chile libremente ha asumido en la materia.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En pos de un cumplimiento pleno de sus responsabilidades internacionales en materia de verdad, justicia y memoria por los crímenes del pasado, el Estado de Chile debería:

1. Reconocer y hacer suyas las recomendaciones y observaciones del Informe Final del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre su misión a Chile, dando alta prioridad a la rectificación rápida y eficaz de cualquier omisión, insuficiencia o incumplimiento de obligaciones internacionales señalada en dicho Informe.
2. Garantizar el adecuado resguardo y mantención de sitios de memoria, memoriales y el Museo de la Memoria y los DD.HH, y asegurar su valoración positiva en discursos y acciones oficiales. Procurar activamente vincular el reconocimiento y repudio de violaciones del pasado con el deseo y propósito firme de mejorar la garantía y promoción de derechos en el presente.

69 Cambio 21, ""Desaparición express", la nueva forma de abusar de Carabineros" 29 de julio de 2012

3. Redoblar los esfuerzos para una adecuada judicialización de las graves violaciones históricas cometidas durante la dictadura de 1973 a 1990. Respaldar públicamente el actuar del poder judicial, el Programa de DD.HH. del Ministerio del Interior y la Brigada de Derechos Humanos de la PDI, dotándoles de la autonomía y recursos necesarios para el cumplimiento pleno del derecho a la verdad y justicia en cada caso, tanto de víctimas “ausentes” como de sobrevivientes.
4. Introducir con la debida urgencia un proyecto legislativo que anule o modifique el Decreto Ley de Amnistía de 1978, en cumplimiento del fallo adverso de la Corte IDH de 2006 en el caso Almonacid.
5. Crear una instancia de permanente monitoreo, reconocimiento (“calificación”) y extensión de derechos de reparación a personas afectadas por prisión política, tortura, desaparición forzada y/o ejecución política cometidos entre 1973 y 1990. Dotar a dicha instancia con la autoridad y experticia necesaria para extender asesoría jurídica y entregar medidas de reparación, revisar y proponer modificaciones a la legislación existente, y asesorar a legisladores respecto a futura legislación que afecte directa o indirectamente los derechos a verdad, justicia, reparación y participación que la normativa internacional existente garantiza a familiares y sobrevivientes.
6. Introducir un sistema unificado de monitoreo del cumplimiento de penas, junto con un mecanismo que transparente la concesión de beneficios intrapenitenciarios y regímenes alternativos. Invitar a la Comisión de DD.HH. de la Cámara de Diputados a evaluar la pertinencia del continuado uso de dichos beneficios y regímenes, y de recintos especiales de reclusión, en el caso de perpetradores de crímenes de extrema gravedad tales como delitos de guerra y de lesa humanidad.
7. Confirmar su apoyo a proyectos de ley que buscan conciliar la libertad de expresión con la sanción y/o penalización de actos públicos que falsifiquen la historia con el demostrable propósito o efecto de incitar al odio y/o a la violencia en base a afiliaciones ideológicas, raciales, religiosas, etc.

**DIVERSIDAD
SEXUAL Y
DERECHOS
HUMANOS***

* Capítulo preparado por Penny Miles, con la colaboración de Camila Bravo y Víctor Hugo Fuentes.

SÍNTESIS

Durante el transcurso de 2011 y 2012, las críticas dirigidas hacia el Estado chileno en materia de derechos humanos y diversidad sexual fueron fuertes y múltiples. En el caso Atala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) falló a favor de la jueza, condenando al Estado chileno por haber violado sus derechos humanos, y por ende los de sus hijas, simplemente por su orientación sexual. Esta sentencia constituye la primera vez que la Corte IDH desarrolla este tipo de derechos. La condena de la comunidad internacional, además, surgió del resultado de la trágica muerte de Daniel Zamudio en marzo de 2012. Este hecho se vinculó con la ausencia de cambio social en relación al respeto a la diversidad sexual, además de la falta de desarrollo de políticas públicas para promover la diversidad sexual y la desprotección legal padecida por las personas LGBTI (lesbiana, gay, bisexual, trans e intersex),¹ incluso respecto a derechos tan claves como el derecho a la vida. Ante ello, el Estado respondió aprobando la Ley Antidiscriminación, luego de siete años de tramitación. Desde que la ley se publicó, el 24 de julio de 2012, se prohíbe discriminar por identidad de género y orientación sexual, lo que constituye un paso significativo para proteger a los sectores más vulnerables, sobre todo a las personas trans, y es un primer paso hacia la igualdad para las personas LGBTI. Sin embargo, contrarrestar las violaciones históricas a los derechos a la integridad personal y física, a la identidad, a la dignidad y a la igualdad y la no discriminación, es un proceso que empieza con el nuevo marco legal.

Este año se ha caracterizado por grandes logros en materia de derechos humanos y diversidad sexual en Chile, considerando el fallo de la Corte IDH y la publicación de la Ley Antidiscriminación. Se ha presenciado, además, un discurso político en vías de profundizarse

¹ Ver *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2009*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2009 (en adelante, *Informe*) y también *Informe 2010*, en lo relativo a la intersexualidad.

(y con más contenido) y una sociedad más consciente de las realidades de las personas que tienen una orientación sexual o identidad de género distinta a la de la mayoría. Otras señales de tales avances incluyen la decisión del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de incluir la convivencia de las parejas del mismo sexo en el censo 2012. No obstante, las tensiones que acompañan tal apertura han tenido consecuencias fatales como en el caso Zamudio, por lo que promover un cambio cultural a nivel social e institucional es imprescindible.

PALABRAS CLAVE: Caso Zamudio, Caso Atala, Ley Antidiscriminación, Identidad de género, Derecho internacional de derechos humanos

INTRODUCCIÓN

El debate en torno a la diversidad sexual se ha intensificado, durante el periodo 2011-2012, tanto en el ámbito político como en el comunicacional, y continúa la apertura del diálogo que se dio a conocer en el *Informe 2011*. No ha sido solamente un asunto de interés doméstico, pues las violaciones a los derechos humanos por orientación sexual en Chile se convirtieron en un tema global con los casos Atala y Zamudio. Luego de la sanción emitida por la Corte IDH, que condenó el Estado chileno por violar los derechos humanos de la jueza Karen Atala, Naciones Unidas manifestó su preocupación sobre la situación en Chile, citando el asesinato de Daniel Zamudio. En este último caso, ello se debió a la violación del derecho a la vida de Daniel Zamudio, que se relaciona con la inacción legislativa del Estado en torno a la protección de las comunidades LGTBI, con actos discriminatorios de origen estatal, y las señales que aquella inacción dan para fomentar una cultura de impunidad.

Es muy lamentable que la razón que llevó a la aprobación a la Ley Antidiscriminación en mayo de 2012 haya sido la trágica muerte de Daniel Zamudio por motivos homofóbicos. Hasta el Presidente Sebastián Piñera reconoció el papel del caso Zamudio en lograr concretizar y aprobar la Ley Antidiscriminación en el Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2012:

Tampoco queremos que se repitan casos como el de Daniel Zamudio, que perdió su vida a manos del odio, la intolerancia y los prejuicios. Promovamos siempre una sociedad tolerante, que no discrimine a nadie por su origen étnico, situación social, apariencia física, opción religiosa u orientación sexual. Por eso, después de muchos años de estancamiento, buscando amplios consensos, logramos aprobar la Ley Antidiscriminación.²

² Gob.cl: “Mensaje Presidencial 21 de mayo de 2012”, 23 de julio de 2012.

La promulgación de la ley en julio de 2012 da oportunidad para que los sectores más vulnerables dentro de la sociedad chilena, que incluyen las personas trans y lesbianas, gays y bisexuales, tengan la posibilidad de ejercer sus derechos a no ser objeto de discriminación y a gozar de la igualdad, derechos humanos fundamentales consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este cambio legislativo constituye un primer paso hacia el logro de una sociedad más igualitaria y respetuosa a los derechos de la diversidad sexual. Sin embargo, las conclusiones de la Corte IDH, las críticas de la comunidad internacional y los resultados de la extrema violencia padecida por personas LGBTI en Chile, como la lamentable y brutal agresión cometida contra la joven lesbiana Valeska Salazar en Santa Juana, Bío Bío (julio de 2012), son claras manifestaciones de que el Estado chileno debe promover la inclusión de la diversidad sexual dentro de la sociedad para respaldar el cambio legislativo recién promulgado.

El caso Atala, que, luego de ocho años en el sistema interamericano de derechos humanos, llegó a su conclusión en febrero de 2012 con el fallo de la Corte IDH, es ilustrativo de la inacción del Estado chileno frente a los derechos humanos por orientación sexual, debido a razones socioculturales. Al responder a la sentencia emitida por la Corte IDH, el Presidente del Senado Camilo Escalona señaló que:

Chile queda en mal pie. Esta es una sanción por nuestro, precisamente, atraso institucional. Somos millones de personas las que nos educamos en una cultura machista y homofóbica, y tenemos que superarla, tenemos que construir una nueva cultura de tolerancia y diversidad.

Añadió que:

Creo que es este es un tirón de oreja a toda la nación chilena, no es solo al Estado, porque acá tenemos que superar una cultura de discriminación que se ha marcado en la conducta del Estado.³

La amplia sentencia de la Corte IDH fue un paso importante no solo para los derechos humanos de las personas LGBTI en Chile, sino también en la esfera regional y global de derechos humanos, marcando el reconocimiento de la orientación sexual e identidad de género como categorías protegidas en el artículo 1.1 de la CADH. Tales avances en materia de derechos humanos y orientación sexual e identidad

³ Cooperativa.cl: "Escalona por Atala: Millones de chilenos nos criamos homofóbicos y tenemos que superarlo", 27 de julio de 2012.

de género también se reconocieron en las Naciones Unidas. Aunque Chile se ha convertido en un caso en el ámbito global por violar y no proteger los derechos de las personas LGBTI, las instituciones internacionales señalan que tales violaciones son universales aún.

Los graves actos de violencia cometidos y conocidos durante el periodo 2011-2012 –como el caso Zamudio y el ataque a Valeska Salazar– son indicaciones de las tensiones sociales que persisten en relación a la diversidad sexual, a pesar de la apertura social y política hacia la población LGBTI en Chile. Una encuesta nacional sobre temas valóricos, realizada por la Universidad Diego Portales en 2010 y 2011, muestra que hay un porcentaje significativo de la población chilena que está de acuerdo con la afirmación “la homosexualidad es una opción tan válida como cualquier otra” (61,3%) y que más de la mitad de la población está de acuerdo con la frase “las parejas del mismo sexo deben tener los mismos derechos de las personas casadas” (55,8%). Sin embargo, menos de la mitad de los entrevistados se mostró de acuerdo con la afirmación “las parejas homosexuales deberían tener derecho a contraer matrimonio” (43%). Las observaciones generales indicaron una mejor predisposición de la ciudadanía hacia la diversidad sexual y el reconocimiento de sus derechos.⁴

Junto a la evolución en torno al respeto por la orientación sexual, es importante considerar los logros en el derecho internacional relacionados con la identidad de género: el reconocimiento de la Corte IDH de la identidad de género como característica protegida en el artículo 1.1 de la CADH y el Informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas que señala que los derechos de identidad de género deben constituir una plataforma para promover y profundizar el respeto hacia estas poblaciones, para que puedan ejercer sus derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación, a la identidad, y a la integridad física y psíquica. En el ámbito doméstico, el hecho de incluir la identidad de género como categoría protegida bajo la nueva Ley Antidiscriminación es un logro importante, que responde a la recomendación contemplada en el *Informe 2011*.⁵ Sin embargo, poner en práctica esta nueva ley significa superar la histórica marginalización y una cultura de violar los derechos de las personas trans impunemente, como se ha descrito en el *Informe* anteriormente. La directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), Lorena Fries, se refirió a un incendio ocurrido en Talca en septiembre de 2011, que afectó a cuatro mujeres trans, posible resultado de un acto transfóbico, para condenar la violencia que sufre esta población:

...de confirmarse el ataque intencionado, este hecho y violencia vienen a corroborar lo ya denunciado en reiteradas ocasiones,

4 Encuesta.udp.cl: “Encuesta Nacional UDP 2011”, 29 de julio de 2012.

5 Ver *Informe 2011*, pp. 225-227 y 233.

en cuanto a la discriminación que sufren las personas en razón de su identidad de género.⁶

Fries indicó además que una Ley Antidiscriminación debe ser acompañada por políticas públicas relevantes:

...urgen medidas concretas destinadas a fomentar una cultura de respeto y dignidad sin discriminación para todas las personas que habitan en territorio chileno.⁷

La decisión del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de considerar las parejas del mismo sexo dentro del censo de 2012, constituye un ejemplo de una apertura institucional hacia reconocer e incluir la diversidad sexual, aun si es de manera limitada. Para responder a la pregunta del censo, “¿Actualmente, cual es el estado de hecho?” hay la posibilidad de declarar “Conviviente con pareja del mismo sexo”. Alberto Roa, activista del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), subrayó la importancia de este hecho:

...ha sido un tremendo logro que hemos estado trabajando hace 10 años (...). Conseguimos, después de mucho diálogo, que al menos se incluyera la pregunta sobre la convivencia de parejas del mismo sexo. Creemos que eso marca un hito, por primera vez un catastro público, oficial, considera las parejas del mismo sexo, una consulta que puede servir para políticas públicas. Somos muy realistas, sabemos que no todas las parejas nos van a contestar con la verdad, pero tenemos la certeza que estos nos deja en un plano tremadamente positivo para lo que es el censo del 2022, porque en el 2022 al gobierno le va a pasar lo mismo, porque se tiraron la “pelota” y creemos que tiene un simbolismo muy importante porque llega a cada hogar, porque a cada hogar se pregunta sobre lo mismo, desde Arica a Punta Arenas, desde las poblaciones hasta los barrios altos, se llega y se pregunta ¿su pareja es del mismo sexo?, y creemos que eso es llegar a cada espacio, a cada lugar.⁸

Sin embargo, como señala Víctor Hugo Robles, si bien es un logro que se incluya tal pregunta, hay limitaciones con la misma, pues no da cuenta la diversidad de formas de vida de todas las personas LGBTI:

6 Indh.cl: “INDH condena violencia transfóbica ocurrida en Talca”, 24 de julio de 2012.

7 Id.

8 Entrevista personal con Alberto Roa, 1 de junio de 2012.

Es importante que se incluya la inédita pregunta para las parejas del mismo sexo que conviven, pero no dice nada de los muchos homosexuales, lesbianas y trans que hemos optado por convivir con nuestros familiares, padres y/o abuelos.⁹

A pesar de que este año se ha caracterizado por la apertura social y legal, como punto de partida para proteger los derechos de las personas LGBTI, las palabras de Karen Atala dan cuenta la tensión entre la realidad vivida por los chilenos LGBTI y los estándares legales, citando aquí el ejemplo del matrimonio:

Si bien es cierto que no hay una discriminación formal a la persona homosexual...o sea la Constitución política consagra la igualdad de las personas, todos somos iguales ante la ley, iguales en dignidad, etcétera, pero está todo discurriendo sobre la lógica heteronormativa. Es decir, la familia se constituye a base del matrimonio, y el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer, y de allí se deriva toda la igualdad sexual, social... Yo creo lo que debe de trabajar más en este país es el derecho humano a la dignidad. Es decir, tú no puedes pretender que somos todos iguales...pero si puedes decir que somos todos dignos.¹⁰

1. CASO ZAMUDIO

El 27 de marzo de 2012, un joven gay de 24 años, Daniel Zamudio, murió producto de las graves lesiones que sufrió cuando fue brutalmente atacado por un grupo de individuos de presuntas convicciones neonazis. Su muerte generó una respuesta inédita por parte de la sociedad chilena, que lamentó de una manera muy pública esta violación por motivos supuestamente homofóbicos. Tanto la prensa internacional como organizaciones internacionales de derechos humanos apuntaron a la inacción por parte del gobierno chileno en proteger los derechos de las personas LGBTI. La Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) criticaron al Estado y subrayaron la inactividad legislativa que dejaba a los chilenos LGBTI sin el amparo de la ley. Documentos como el Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual en Chile de MOVILH y este *Informe* dan cuenta de la histórica tendencia de dejar impunes a los que discriminan por orientación sexual, y sobre todo por identidad de género. El Informe de MOVILH de 2011 indicó que:

9 Diversidad.redsemlac-cuba.net: "Chile: Censo pregunta sobre parejas del mismo sexo", 26 de julio de 2012.

10 Entrevista personal, 29 de junio de 2011.

El Estado de Chile, pese a todos los avances registrados en los últimos 20 años, sigue estando en deuda con personas que por el único hecho de ser distintas, son asesinadas, golpeadas, expulsadas de sus trabajos y lugares de estudios, además de ser víctimas de atropellos policiales y familiares y de la descalificación y ofensa pública propinada por autoridades, entre otros múltiples y graves abusos.¹¹

Este caso sí marca un cambio respecto al pasado, ya que cuatro personas han sido imputadas por el crimen de homicidio calificado consumado. Es un primer paso para que el Estado se demuestre dispuesto a investigar crímenes de odio y actos violentos cometidos contra personas LGBTI, a diferencia de la histórica inacción por parte de las autoridades en investigar casos parecidos, que MOVILH ha registrado en sus informes. El Estado debe proteger tanto el derecho a la vida de todos los chilenos como prevenir la tortura de los ciudadanos. El ataque demostró, además, señales de tortura, dado que le marcaron la señal de la esvástica en el pecho. El fiscal encargado del caso, Ernesto Vásquez, indicó que este crimen “implica de alguna manera ciertos grados de tortura”.¹²

En cuanto al derecho a la vida, la CADH establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (artículo 1). El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. De igual manera, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirma que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. En este caso, como en muchos otros registrados en los ya mencionados *Informes*, el Estado debe cumplir con su obligación a proteger a los ciudadanos LGBTI al cultivar una institucionalidad y una cultura que no permitan que queden impunes tales violaciones a sus derechos. El Informe “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género” del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), señala que la obligación del Estado es proteger “el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, inde-

11 MOVILH: *X Informe Anual de Derechos Humanos de la Diversidad Sexual en Chile (Hechos 2011)*, febrero 2012, p. 9.

12 Cooperativa.cl: “Fiscal: En el crimen contra Daniel Zamudio existieron grados de tortura”, 29 de julio de 2012.

pendientemente de la orientación sexual o la identidad de género”¹³ y además sostiene que:

El Estado tiene la obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir y sancionar la privación de la vida, ofrecer reparación al respecto e investigar y enjuiciar todos los actos de violencia selectiva.¹⁴

El mismo informe también cita las obligaciones de los Estados de prevenir la tortura por orientación sexual e identidad de género:

Según el Comité contra la Tortura, los Estados deben proteger de la tortura y los malos tratos a todas las personas, cualquiera que sea su orientación sexual o identidad transexual, y prohibir y prevenir los actos de tortura y los malos tratos y ofrecer reparación al respecto en todas las situaciones de privación o de limitación de libertad. El Comité ha expresado reiteradamente preocupación por las denuncias de esos abusos en las observaciones finales sobre los informes de los Estados partes.¹⁵

El derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes está consagrado en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que disponen que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Como consecuencia de esta violación a los derechos de Daniel Zamudio, la CIDH emitió una declaración condenando tales actos de violencia cometidas a personas LGBTI:

La CIDH condena enérgicamente este ataque y cualquier hecho de violencia contra las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexuales. La violencia contra una persona por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género es condenable en toda circunstancia.¹⁶

La Comisión además recordó al gobierno chileno:

...que es obligación de los Estados investigar de oficio hechos de esta naturaleza y sancionar a los responsables. En

13 ACNUDH: *Informe A/HRC/19/41*, 17 de noviembre de 2011, párr. IIB1.

14 Id.

15 Id., párr. IIB2.

16 Oas.org: “CIDH lamenta la muerte de Daniel Zamudio en Chile”, 29 de julio de 2012.

este sentido, la CIDH insta al Estado de Chile a desarrollar la investigación en forma inmediata, seria, con todas las garantías del debido proceso y con el objeto de identificar y sancionar a todos los responsables. La impunidad de un crimen de odio promueve la tolerancia social de este fenómeno.¹⁷

La oficina del ACNUDH también deploró el asesinato e instó al gobierno chileno a adoptar medidas para asegurar el derecho a la no discriminación de las personas LGBTI. La portavoz del Alto Comisionado, Rupert Colville, además, planteó avanzar legislación en materia de crímenes de odio:

...instamos al Congreso de Chile a aprobar una ley contra la discriminación, incluso por razones de orientación sexual e identidad de género, en plena conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. También instamos a Chile a promulgar la legislación contra delitos de odio que tipifica el odio basado en diversos motivos, incluido la orientación sexual e identidad de género, como un factor agravante para los efectos de enjuiciamiento penal.¹⁸

Si bien el señor Colville declaró que la violencia homofóbica es fenómeno en cada región, y que el Informe emitido por el ACNUDH va dirigido a cada país, las críticas públicas de tales instituciones internacionales de derechos humanos dirigidas al gobierno chileno indican la preocupación en el ámbito internacional por la falta de avance en asegurar los derechos humanos de los chilenos LGBTI. Los casos Atala y Zamudio son símbolos emblemáticos –y, a estas alturas, globales– de la inacción por parte del gobierno chileno en promover legislación antidiscriminación. Las conclusiones de la CIDH apuntan a que es necesario cultivar una sociedad que no discrimina por orientación sexual ni identidad de género, además de la promulgación de una ley particular, cuestión que se estudia y analiza a continuación.

2. LEY ANTIDISCRIMINACIÓN

La larga espera para conseguir una ley que otorgara a la ciudadanía un marco legal para ejercer su derecho a la no discriminación llegó a su fin en julio de este año. Luego de siete años en tramitación, el 9 de mayo de 2012, el Senado aprobó el proyecto que establece medidas

¹⁷ Id.

¹⁸ Acnudh.org: “ACNUDH deplora la muerte violenta de Daniel Zamudio e insta al Congreso chileno a aprobar una ley contra la discriminación”, 29 de julio de 2012.

contra la discriminación por 25 votos a favor, tres votos en contra y tres abstenciones. La Ley 20.609, conocida como la Ley Antidiscriminación, fue promulgada el jueves 12 de julio de 2012 y publicada el 24 de julio de 2012. Se considera un primer paso para reconocer las acciones que discriminan por orientación sexual e identidad de género y garantizar derechos fundamentales como los derechos a la identidad, la dignidad y la igualdad, relevantes a la población LGBTI. A pesar de que la ley tiene como objetivo proteger diversas características o categorías señaladas en el artículo 2, dentro de ellas la orientación sexual y la identidad de género, las violaciones a la orientación sexual fueron el principal motivo para acelerar su aprobación. Al promulgar la ley, el Presidente de la República reconoció que en este proceso la muerte de Daniel Zamudio fue determinante, al señalar que:

...no podemos olvidar que fue solo después del cruel asesinato de Daniel Zamudio, quien murió a manos precisamente de la discriminación, el odio y los prejuicios, que Chile se decidió a dar este paso para construir una sociedad más justa, más inclusiva, más acogedora para cada uno de nuestros compatriotas.¹⁹

La larga tramitación de este proyecto de ley, que fue ingresado el 22 de marzo de 2005,²⁰ se debió en gran parte a la oposición de sectores conservadores a que se incluyeran las características de género e identidad de género, como se ha mencionado en versiones anteriores de este *Informe*.²¹ El Senador Eugenio Tuma reconoció que el proyecto “estuvo muchos años detenido por la incapacidad de llegar a acuerdo en un texto legal que diera garantías para la no discriminación”.²² Además, lamentó que “hayamos tenido que conocer el brutal acto de discriminación del caso Zamudio para sentirnos obligados a destribar esta legislación”.²³ El Presidente de la Fundación =Iguales, Pablo Simonettti, destacó la lentitud de la tramitación al notar que:

...es una ley que viene trabajándose desde los finales de los noventa por organizaciones ciudadanas, algunos políticos, los primeros visionarios, personas que tenían intereses en trabajar sobre los derechos humanos más allá solamente de los perseguidos políticos. Y se demoró cinco años en llegar al Congreso por mandato de Presidente Lagos...tuvo su primer

19 Emol.cl: “Piñera recuerda a Daniel Zamudio durante la promulgación de la ley Antidiscriminación”, 25 de julio de 2012.

20 Boletín 3815-07.

21 Ver *Informe 2009*, p. 308. Ver también *Informe 2011*, pp. 221-225.

22 Senado.cl: “Despachan legislación antidiscriminación que generará transformación cultural e institucional en el país”, 25 de julio de 2012.

23 Id.

trámite en marzo de 2005 y de allí pasó siete años esperando un segundo trámite en el Senado.²⁴

Además, agregó que la legislación se demoró en aprobarse debido a la oposición “principalmente de grupos conservadores de derecha”.²⁵ Finalmente, la Cámara Alta votó a favor del informe de la Comisión Mixta que tenía como objetivo resolver las discrepancias surgidas entre las dos Cámaras sobre el proyecto durante su trayectoria.

La Ley 20.609 establece en su artículo 1º:

Esta ley tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometía un acto de discriminación arbitraria. Correspondrá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Y en el artículo 2º se define la discriminación arbitraria:

Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

24 CNN Chile: “Pablo Simonetti describió los aportes que traerá la ley Antidiscriminación”, 29 de julio de 2012.

25 Id.

La inclusión de la identidad de género como característica protegida de discriminación arbitraria constituye un avance significativo. Ello se había abordado en el *Informe 2011*, que se enfocó en la importancia de proteger a uno de los sectores más vulnerados en sus derechos.²⁶

Durante las discusiones, tanto en el Senado como en la sociedad civil, se puso énfasis en el peso simbólico que tendrá la ley en promover el respeto a la diversidad y ayudar a profundizar la democracia. El senador Fulvio Rossi señaló:

...hoy es un día importante para la democracia chilena porque más allá del contenido mismo del texto legal también entrega una señal potente para construir una sociedad chilena más tolerante para entender la diversidad.²⁷

Sin embargo la senadora Alvear también reconoce las limitaciones del simbolismo de la ley en fomentar una sociedad más pluralista y abierta, aunque significa un primer paso hacia una plena integración de la población LGBTI en la sociedad sin ser discriminados por su identidad sexual o identidad de género:

...el hecho de dictar una ley antidiscriminación no va a solucionar en forma automática el problema pero se da una tremenda señal que va a ir adecuando conductas.²⁸

Lamentablemente, el miedo implícito en sus palabras tomó forma con el ataque a la joven lesbiana de Santa Juana, en la VIII región, Valeska Sáez Lazar (julio de 2012). El representante de MOVILH, Alberto Roa, se refirió a las limitaciones de la ley y a la necesidad de profundizarla en el futuro:

...lo que le toca a los gobiernos siguientes en materia antidiscriminatoria es que tiene que haber una institucionalidad antidiscriminatoria, que tenga como norte, como tarea, justamente fiscalizar esta norma para ver los casos en que se cumple y en los que no se cumple.²⁹

Roa agrega que dentro de una institucionalidad sólida se podría contemplar lo siguiente:

Lo otro es una respuesta fundamentada a nuestra condición. Porque, la verdad, cuando un ministerio de la identidad se da

26 Ver *Informe 2011*, pp. 221-229.

27 Id.

28 Id.

29 Entrevista personal, 1 de junio de 2012.

cuenta de que todos somos discriminados, tienen un ministerio, tiene un presupuesto, tiene un servicio. La diversidad sexual y los migrantes son los únicos que no tienen “mamá”. Porque está el servicio nacional de la mujer (SERNAM), las personas con discapacidad tienen al FONADI, los indígenas CONADI, las personas con sida CONASIDA. Cualquier sector discriminado tiene un servicio, una política específica o focalizada. La diversidad sexual y los migrantes estamos en tierra de nadie.³⁰

3. CASO ATALA

En marzo de 2012 se dio a conocer el fallo de la Corte Interamericana en el caso Atala, luego de ocho años en tramitación en el sistema interamericano de derechos humanos. Chile es el primer país en ser condenado por la Corte por violar los derechos humanos de una persona por orientación sexual. Como consecuencia de las violaciones a los derechos humanos que sufrieron la jueza Atala y sus hijas, el fallo de la Corte sentó un precedente en que, por primera vez, la orientación sexual es una categoría protegida por la CADH. La condena al Estado de Chile fue amplia al decretar que es responsable por violar los siguientes derechos en este caso: el derecho a la igualdad y la no discriminación (CADH, artículo 24), el derecho a la vida privada (artículo 11.2), el derecho a la familia (artículo 17.1), el derecho a ser oído (artículo 8.1) y el derecho de garantía de imparcialidad (artículo 8.1). Además, la Corte obligó al Estado chileno a realizar una serie de reparaciones y de implementar programas de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos y particularmente a funcionarios judiciales.

El artículo 1.1 de la CADH obliga a los Estados a respetar los derechos, señalando que deben comprometerse a

...respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

La Corte establece en este fallo que la orientación sexual ahora es categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH:

³⁰ Id.

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.³¹

A su vez, la Corte destacó la importancia de la evolución de los tratados internacionales de derechos humanos de acuerdo con cambios sociales:

La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.³²

Macarena Sáez, una de las abogadas de Karen Atala, de Libertades Públcas, destaca la importancia de esta decisión de la Corte:

El producto directo de esta decisión es que por primera vez la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos...teníamos que probar que hubo una discriminación en los hechos...[y] que esa discriminación era una discriminación prohibida por la Convención Americana. En cambio, de aquí en adelante cualquier otro caso que se produzca, solamente tienes que probar que los hechos son discriminatorios, pero tú no tienes que probarle a la Corte ni al sistema americano que esa discriminación está prohibida. Es lo que hace que este fallo sea un fallo importante en el desarrollo del sistema interamericano de los derechos humanos porque establece expresa la prohibición de la discriminación por orientación sexual de una manera que no se había hecho con anterioridad... y desde el punto de vista del caso específico de Atala contra Chile que reconoce que efectivamente en este caso hubo una discriminación por orientación sexual a la señora Atala y a sus hijas.³³

La Corte estimó que se había vulnerado el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1:

31 Corte IDH, *Caso Atala Riff y Niñas Vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 91. (en adelante, Caso Atala).

32 Id., párr. 83.

33 Entrevista personal, 22 de mayo de 2012.

...este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas... no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin... no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa al interés superior de las menores de edad, y por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala.³⁴

Y considera que, dentro el fallo de la Corte Suprema de Chile del 31 de mayo de 2004, los

argumentos y el lenguaje utilizado muestran un vínculo entre la sentencia y el hecho que la señora Atala vivía con una pareja del mismo sexo, lo cual indica que la Corte Suprema otorgó relevancia significativa a su orientación sexual.³⁵

Las consideraciones de la Corte apuntan a la necesidad de fomentar una cultura judicial abierta y capacitada –como Helena Olea señaló en el *Informe 2011*– para evitar que tales discriminaciones no vuelvan a ocurrir.³⁶ No obstante, el portavoz de la Corte Suprema, Jaime Rodríguez, en sentido contrario a la Corte Interamericana insistió, en que

el fallo (de la Corte Suprema) se centró, no tanto en la orientación sexual de la señora Atala, sino que en las posibilidades de riesgo de la situación de las niñas, por el principio de su interés superior (...) (La Corte Interamericana) tuvo otro criterio solamente.³⁷

Macarena Saéz destaca que la sentencia de la Corte ha tenido otros resultados en el sentido en que “le da contenido al interés superior del niño”³⁸ y que favorecen los conceptos de la identidad de género y de la familia. En el caso del concepto de familia, se reconoce en sus formas diversas:

Lo que ha hecho la Corte Interamericana es reconocer que el derecho a la familia no es un derecho a la familia heterosexual

34 Corte IDH, Caso *Atala*, párr. 146.

35 Id., párr. 97.

36 Ver *Informe 2011*, pp. 220-221.

37 Poderjudicial.cl: “Corte Suprema se refiere a sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 27 de julio de 2012.

38 Entrevista personal, 22 de mayo de 2012.

sino que es un derecho a la familia y establece unas guías, pero muy poquitas, sobre cómo se establece este derecho. Lo que está claro, es lo que no es. No es un derecho a la familia tradicional, no es un derecho a la familia heterosexual.³⁹

Además, mantiene que la Corte

establece expresamente que proteger la orientación sexual no es solamente proteger en forma (exclusiva) la orientación sexual sino tiene que proteger o respetar todas aquellas conductas que emanan directamente de la orientación sexual. Esta obviamente tiene como consecuencia que tienes que aceptar un derecho a la familia que es un derecho a la familia diversa.⁴⁰

Al tratar el concepto de la familia, la Corte cita jurisprudencia del Tribunal Europeo al señalar que no se restringe a un concepto heteronormativo:

Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de la familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de la “familia” en términos amplios. Respeto a parejas del mismo sexo, ha señalado reiteradamente que:

La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en la matrimonio y puede abarcar otros vínculos de “familia” *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [,en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.⁴¹

La jueza Atala misma reconoce la importancia del resultado del fallo en relación a cuestionar y desafiar los conceptos tradicionales y

39 Id.

40 Id.

41 Corte IDH, Caso Atala, párr. 172.

heteromormáticos de la familia al reconocer nuevas formas de vida familiar, en su declaración pública posterior al fallo:

Hoy recibo tranquila este fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que viene a restablecer el imperio de la justicia para mí y mi familia, revirtiendo la jurisprudencia que por años me privó de la tuición de mis hijas. Lo recibo con la certeza de que ha quedado claro que las familias son diversas en su composición e iguales en dignidad. Vivir de acuerdo a la identidad sexual de cada persona no será, como nunca debió ser, un impedimento para ejercer una maternidad y paternidad afectuosa, responsable, acogedora y cariñosa.⁴²

La Corte dictó que el Estado chileno, además, violó los derechos de Karen Atala y sus hijas a la vida familiar y a la vida privada. El artículo 17.1 de la Convención señala que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”; el artículo 11.2 de la Convención Americana dispone que

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.

En las conclusiones de la sentencia, la Corte dictó que el Estado chileno debe extender programas de capacitación a los funcionarios públicos con el fin de aumentar el conocimiento sobre derechos humanos y la diversidad sexual, con un enfoque en la no discriminación:

...la Corte ordena que el Estado continúe implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGBTI.

Se especificó que

Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.⁴³

42 Iguales.cl: “Declaración Pública de Karen Atala sobre el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 23 de julio de 2012.

43 Corte IDH, Caso Atala, pár. 271.

El portavoz de la Corte Suprema, Jaime Rodríguez, indicó que el fallo de la Corte Interamericana condenaba al Estado chileno, no al Poder Judicial y agregó que:

En esas condiciones, la administración (del Estado) la tiene el Poder Ejecutivo, de manera que es el Ejecutivo el que verá la forma en que se van desarrollar estas decisiones de la Corte Interamericana (...) en algunas situaciones coordinarán con la Corte Suprema y eso se verá en su oportunidad.⁴⁴

Dado que la Corte ha dictado que el Estado debe implementar cursos de capacitación y educación con enfoque especial en el Poder Judicial, las respuestas iniciales de la Corte Suprema chilena dan cuenta de la necesidad de profundizar la educación y capacitación a través de todos los “escalafones de la rama judicial” para mejor comprender y saber responder a la discriminación por orientación sexual e identidad de género. La existencia de la nueva Ley Antidiscriminación y la creación de un proceso judicial para resolver casos de discriminación bajo la nueva ley, urge que tales programas se difundan con urgencia.

El caso Atala es simbólico de la histórica marginalización política y social de la población LGBTI en Chile. Es un caso caracterizado por la falta de voluntad política para resolver la discriminación que sufrió la jueza junto con sus hijas, no habiendo sido posible llegar a una solución amistosa durante muchos años. La condena a Chile ha sido contundente y ha demostrado en el ámbito internacional la dificultad para las personas LGBTI de ejercer derechos humanos como los derechos a la dignidad, a la igualdad y la no discriminación, y, en este caso, a la familia y a la vida privada. A pesar de que en los últimos dos años se ha intensificado el debate político y social en torno a la diversidad sexual y los derechos correspondientes, este trayecto de inacción política recuerda la importancia de cultivar una sociedad y una clase política más capaz de comprender.

4. ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Corte Interamericana indicó que la orientación sexual y la identidad de género ya constituyen características protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana. De igual manera, el Informe elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, titulado “Leyes y prácticas discriminatorias y ac-

44 Poderjudicial.cl: “Corte Suprema se refiere...”, op. cit.

tos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, considera la aplicación de derecho internacional de derechos humanos a la identidad de género y la orientación sexual. El informe declara explícitamente que, bajo los derechos consagrados en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, incluidas las personas LGBTI:

Todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el derecho a no ser sometido a torturas ni detenciones arbitrarias, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica.⁴⁵

El Informe contiene una serie de obligaciones de los Estados para proteger la orientación sexual y la identidad de género, y forma parte de la creciente materia en derechos humanos y diversidad sexual que emana de las organizaciones internacionales, incluyendo los Principios de Yogyakarta, citados en un *Informe* anterior. Estas herramientas marcan una plataforma desde la cual se puede plantear la educación y capacitación, con enfoque en aquellos jueces encargados de fallar en casos de discriminación por orientación sexual e identidad de género. Lorena Fries, Directora del INDH, indica la dificultad de incorporar el derecho internacional desde una perspectiva histórica y nota que la educación legal aún carece de una perspectiva más amplia al estudiar el derecho internacional en relación a los derechos humanos:

Incluso hoy, en Chile, la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo mayoritariamente objeto de cursos electivos o no centrales en la malla curricular en las facultades de derecho, no existen postgrados específicos en estas materias, y todo ello se ve reflejado en la monocromía de los debates jurídicos que informan el debate público en torno a estos temas.⁴⁶

Dentro de los objetivos del INDH está promover y profundizar la incorporación del derecho internacional en el derecho interno. Se trata de un proceso necesario frente a las demandas de la Corte Interamer-

45 ACNUDH, *Informe A/HRC/19/41*, párr. IIA5.

46 Lorena Fries Monleón, “El Instituto Nacional de Derechos Humanos en Chile y sus desafíos para avanzar hacia una visión integral en el discurso y práctica de los derechos humanos en Chile”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, (8), Universidad de Chile, 2012

ricana. El Informe ACNUDH servirá como punto de referencia, sobre todo en la sección sobre prácticas discriminatorias.

5. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS

La atención pública sobre la orientación sexual durante el periodo 2011-2012, que ha incluido discusiones sobre matrimonio igualitario en el Tribunal Constitucional, la resolución del caso Atala, la violación al derecho a la vida en el caso Zamudio y como precursor a la aprobación de la nueva Ley Antidiscriminación, ha significado que las realidades trans se quedan algo apartadas, a pesar de unos logros significativos presenciados en 2012. Dentro de esos logros se encuentra la inclusión de identidad de género como categoría protegida por el artículo 2 de la Ley Antidiscriminación. Además, se ha reconocido como categoría protegida en el derecho internacional, siendo la instancia más relevante la resolución de la Corte Interamericana en el caso Atala.

El hecho de incluir la identidad de género como característica protegida en la Ley Antidiscriminación constituye un primer paso en proteger los derechos a la integridad física y psíquica de los hombres y mujeres trans, a la identidad y a la no discriminación. En una carta elaborada por OTD y Fundación Iguales, presentada al Senado, se citaron las razones por la cual se debe incluir esta categoría:

1. La diversidad sexual no solo abarca la categoría orientación sexual sino también la de identidad de género: Esta distinción ha sido recogida en los Principios de Yogyakarta de 2007. La identidad de género puede implicar sentirse parte del género contrario al asignado al momento de nacimiento. Las personas trans no son discriminadas por su orientación sexual, sino por su identidad y expresión de género (gestos, roles, vestimentas, etc.).
2. El Estado de Chile ha recibido prevenciones y suscrito declaraciones y resoluciones internacionales que recomiendan y establecen medidas contra la discriminación por identidad de género: en el Examen Periódico Universal de la ONU (2009), Chile se comprometió a incluir la identidad de género en sus leyes antidiscriminación y a aplicar los Principios de Yogyakarta. Declaración de la ONU de junio de 2011... Cuarta resolución de la OEA, firmada por Chile, establece que debe incluirse identidad de género en los ordenamientos internos sobre no discriminación.
3. Las personas trans forman parte de una de las comunidades más discriminadas en Chile, por lo que resultaría incomprensible no incluirlas en una normativa tendiente a luchar contra la discriminación: las personas trans en Chile están insertas en un círculo vicioso

de discriminaciones o barreras sociales, económicas y culturales del que cuesta mucho salir. Estas barreras se resumen en lo siguiente: para poder aspirar a un trabajo digno, se requiere que el carnet de identidad, concuerde con la apariencia externa; para cambiar este documento, hay que realizarse una cirugía de reconstrucción genital (CRG); para hacerse esta cirugía, hay que disponer de dinero; y para tener dinero, hay que poseer un trabajo. Incluso han sufrido discriminaciones laborales de autoridades públicas como el caso de Claudia Espinoza, a quien el Alcalde de Independencia le negó el permiso para trabajar como vendedora ambulante (2007).

4. La agravante penal que contempla la ley antidiscriminación se aplicará con dificultad a las personas trans si es que no se incluye –de manera expresa– la categoría identidad de género: Informes de Derechos Humanos, como los de la UDP, concuerdan en que las personas trans son contantemente víctimas de crímenes de odio. Casos graves de este año, como los de Cinthia González (homicidio) y Sandy Iturra (brutal agresión), podrían no recibir la agravante que establece la normativa aquí comentada de no reconocerse, de manera expresa, la identidad de género. El Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile ha insistido en recomendar a nuestro Congreso la inclusión de esta categoría.⁴⁷

En noviembre de 2011 se consiguió ese objetivo. Como ejemplo del grado de vulnerabilidad de las personas trans, la directora del INDH, en referencia al incendio ocurrido en Talca en septiembre de 2011 en el que cuatro mujeres trans perdieron su vivienda, subrayó que

Dejar impune estos hechos implicaría dar un mensaje erróneo por parte de las autoridades, en cuanto a permitir la violencia hacia los trans por el solo hecho de serlo.⁴⁸

Además, agregó que

el derecho a no ser objeto de discriminación y a gozar de la igualdad, es un derecho humano fundamental, el punto de partida de las demás libertades; le corresponde por lo tanto al Estado garantizar la integridad física y mental de cada persona, junto con el acceso equitativo a los servicios públicos, la atención médica, la justicia, la educación y el trabajo.⁴⁹

⁴⁷ Iguales.cl: "Cuatro argumentos de por qué debe incluirse la categoría identidad de género en Ley Antidiscriminación", 29 de julio de 2012.

⁴⁸ Indh.cl: "INDH condena violencia transfóbica ocurrida en Talca", 24 de julio de 2012.

⁴⁹ Id.

Contar con este reconocimiento bajo la ley es un paso; fomentar una cultura respetuosa de la identidad de género es el siguiente paso. En versiones anteriores de este *Informe* se ha reclamado la falta de apoyo institucional a las organizaciones trans en promover y dar a conocer su realidad. Un video titulado “Todas mujeres, todas transexuales”,⁵⁰ realizado por la Organización de Transexuales por la Dignidad a la Diversidad (OTD) para levantar la conciencia y conocimiento sobre la realidad trans, contó con el apoyo del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

Como hemos señalado, la Corte Interamericana adelantó un paso significativo para la comunidad trans al reconocer la identidad de género como categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, en el caso Atala:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana... la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.⁵¹

Según la abogada Macarena Sáez, el fallo de la Corte tiene implicaciones favorables para el desarrollo de los derechos humanos de las personas trans dentro del sistema regional

Además...esta sentencia fue un poco más allá de proteger la orientación sexual y también se refiere a la identidad de género. Que es muy interesante porque abre el espectro al derecho a la personalidad o a la identidad.⁵²

A la vez, la Corte, al contemplar el concepto de la familia en sus formas diversas, cita un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hace referencia a una familia que incluye una persona transexual:

En el *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que:

Al decidir si una relación puede considerarse como “vida familiar”, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios.⁵³

50 www.youtube.com/watch?v=OX3tP8faYq0&feature=player_embedded, 29 de julio de 2012.

51 Corte IDH, Caso Atala, párr. 91.

52 Entrevista personal, 22 de mayo de 2012.

53 Corte IDH, Caso Atala, párr. 173.

Como en el caso de orientación sexual, la protección de las personas trans bajo la Ley Antidiscriminación es un paso simbólico muy significativo. Ahora se busca adelantar legislación que reconozca su derecho a la identidad en una ley de identidad de género, abordada en los *Informes 2011, 2010 y 2009*.⁵⁴

6. EL MATRIMONIO CIVIL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los debates sobre el matrimonio y el hecho de incluir a las parejas del mismo sexo se centran en el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación. A modo de ejemplo, en un simposio sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo, el ex juez del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Albie Sachs, subrayó que

La exclusión de las parejas del mismo sexo, por ley, del matrimonio públicamente reconocido, ya sea mediante texto expreso o simplemente porque se les invisibiliza, es una grave forma de marginación y discriminación en su contra. Por tanto, el monopolio heterosexual de la institución del matrimonio constituye una negación injustificada de la importancia que tiene la intimidad y el apoyo mutuo para las parejas del mismo sexo. Es una ofensa a su dignidad y es incompatible con las concepciones contemporáneas sobre la igualdad.⁵⁵

Algunos países latinoamericanos ya concluyeron tales debates. Por ejemplo, en Argentina, la Ley 26.618 garantiza los mismos derechos a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. En cambio, el debate en Chile debe pasar del Tribunal Constitucional al Congreso. En noviembre de 2011 el Tribunal Constitucional de Chile dictó sentencia sobre como definir legalmente el matrimonio. El tribunal concluyó que el artículo 102 del Código Civil, que regula el matrimonio, no se podría aplicar en casos de parejas del mismo sexo. El caso respondió a un recurso de protección presentado por tres parejas del mismo sexo, dos de las cuales buscaban inscribir sus matrimonios contraídos en el extranjero, y otra que quería casarse. Los peticionarios reclamaron que el artículo 102 del Código Civil violaba sus derechos constitucionales consagrados en el artículo 1, incluyendo el inciso 1º –“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”–, el inciso 2º –“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”– y también los incisos 4º y

54 Ver *Informe 2009*, pp. 291-304; *Informe 2010*, pp. 289-295; e *Informe 2011*, pp. 25-229.

55 “Simposio: Matrimonio entre parejas de un mismo sexo”, *Anuario de Derechos Humanos 2011*, (7), Universidad de Chile, 2011.

5º, y el artículo 5, inciso 2º. El Tribunal rechazó la instancia por 9 votos a 1 al considerar que quedaba fuera de sus competencias:

...lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer [...] cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante procedimiento de inaplicabilidad.⁵⁶

Se decidió que la institución del matrimonio se debe discutir en el ámbito legislativo. Los llamados a los derechos a la igualdad por las parejas del mismo sexo para poder contraer matrimonio no fueron admitidos en esta instancia. Según Jorge Contesse,

...de lo que se trata es de examinar si desde el punto de vista de la Constitución, y en ejercicio de la soberanía, la regulación civil que tenemos de esta institución que regula la vida familiar con intensidad satisface las exigencias del principio de igual trato y consideración. Considero que mientras no se dé reconocimiento igualitario a parejas homosexuales como a heterosexuales, la igualdad constitucional seguirá lesionada, con la relevante diferencia que hoy existe un armazón normativo diferente al que había hace más de un siglo, cuando se adoptó la legislación sobre matrimonio que aún nos rige.⁵⁷

El Presidente Piñera, al presentar el proyecto de ley Acuerdo de Vida en Pareja, también destacó la importancia de igualdad de derechos y la no discriminación para las parejas del mismo sexo y afirmó que el Acuerdo

...trata por igual y no discrimina a parejas de sexos distintos o del mismo sexo, pues en ambos casos es posible desarrollar el amor, el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran por naturaleza un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia.⁵⁸

El debate sobre cómo regular los derechos de las personas del mismo sexo está por intensificarse en torno a cómo se aplican los principios de igualdad y no discriminación.

56 Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), Rol No. 1881-10-INA, Sentencia del 3 de noviembre de 2011, considerando 7º.

57 Jorge Contesse Singh, "Matrimonio civil y Constitución Política: La sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio para parejas del mismo sexo", *Anuario de Derechos Humanos* 2012, (8), Universidad de Chile, 2012.

58 Gob.cl: Presidente apuesta por una "sociedad más pluralista" al firmar el AVP y propone reconocimiento a las "múltiples formas o expresiones de familia", 8 de agosto de 2012.

7. CONCLUSIÓN

Las palabras de Camilo Escalona, reiteradas al conocer la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado chileno e incluidas en la Introducción de este capítulo, constituyen un buen resumen de lo que Chile tiene que cumplir en materia de derechos humanos de los chilenos LGBTI. Luego de las fuertes sanciones internacionales tanto de la Corte como de Naciones Unidas, es imprescindible que el gobierno chileno se enfoque en fomentar una sociedad y una institucionalidad que sepa identificar y respetar los derechos de las personas LGBTI en Chile. La Ley Antidiscriminación puede servir como punto de partida para empezar a fomentar una cultura más abierta e inclusiva. Los cambios presenciados en sucesivas ediciones de este *Informe* dan cuenta de la evolución que va desde enfatizar casos puntuales de derechos humanos de las personas LGBTI, frecuentemente en la forma de casos judiciales, a una situación en la cual hay una mejor plataforma para cuestionar la cultura patriarcal y heteronormativa que ha marginalizado los chilenos LGBTI dentro de la sociedad y las instituciones. Señales desde instituciones como el INE, en cuanto a incorporar la convivencia de parejas del mismo sexo en el censo, son pasos adelante al incorporar realidades anteriormente invisibles. No se pueden negar los grandes logros de 2012: el fallo de la Corte Interamericana que considera la orientación sexual e identidad de género como derechos humanos y la evolución de legislación que va en camino a avanzar los derechos a la igualdad de los gays, lesbianas, bisexuales, y personas trans e intersex en Chile. Sin embargo, las indicaciones desde la sociedad y las instituciones –tales como el incendio de la vivienda de cuatro mujeres trans en Talca y la respuesta de la Corte Suprema luego del fallo en el caso Atala– demuestran que crear culturas en las que se reconoce un concepto de familia no basado en lo heteronormativo y la orientación sexual e identidad de género como derechos humanos consagrados en la Convención Americana, será un proceso que solo empieza ahora. Además, se debe reconocer el cumplimiento de dos de las recomendaciones presentadas en el *Informe 2011*: la aprobación de la Ley Antidiscriminación y la inclusión de la identidad de género como característica protegida. A la vez, hay que lamentar las muy graves circunstancias bajo las cuales se dieron tales cambios. Adherir al derecho internacional evolutivo de derechos humanos en materia de orientación sexual e identidad de género será un buen punto de partida para el Estado chileno.

RECOMENDACIONES

1. Responder a las demandas de la Corte Interamericana en el caso Atala en materia de educación y capacitación, con enfoque especial en el Poder Judicial.
2. Incorporar la creciente materia en derecho internacional de derechos humanos y diversidad sexual en la capacitación, usando como ejemplos los Principios de Yogyakarta y el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.
3. Facilitar la capacidad de personas LGBTI para aprovechar y poder recurrir a la Ley Antidiscriminación.
4. Poner en marcha las políticas públicas relacionadas la Ley Antidiscriminación en materia de diversidad sexual.
5. Profundizar la institucionalidad de la Ley Antidiscriminación.
6. Avanzar y aprobar una ley de identidad de género con la participación de personas de la comunidad trans.

**DERECHOS
HUMANOS DE
LAS MUJERES
Y LAS NIÑAS***

* Capítulo preparado por Lidia Casas Becerra, con la colaboración de Lucía Álvarez Gálvez y Constanza Bravo Stöckle.

SÍNTESIS

Durante 2011, Chile presentó el informe de medio tiempo al Examen Periódico Universal (EPU) y deberá hacerlo al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra de la Mujer en 2012. Este capítulo realiza una evaluación crítica de las políticas, acciones y programas en los distintos ejes del Plan de Igualdad de Oportunidades del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) y de sus omisiones en los ámbitos político, económico y socio cultural, a la luz los estándares internacionales sobre protección de los derechos humanos de las mujeres. El énfasis de este capítulo estará en revisar aquellas materias relacionadas con la igualdad en los ámbitos de la participación política, en el trabajo y la familia; además, se centrará en los derechos sexuales y reproductivos, y en la violencia en contra de las mujeres. Entre las conclusiones más importantes, se obtiene que, sin ciudadanía plena, las mujeres no pueden gozar ni ejercer sus derechos.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, Derechos sexuales y reproductivos, Aborto, Violencia.

INTRODUCCIÓN

Asegurar la igualdad entre hombres y mujeres ha sido un eje de la política de Estado desde la recuperación de la democracia. En respuesta a esta necesidad es que se creó el SERNAM como principal institucionalidad pública encargada de la materia. Entre 1990 y 2010, los distintos gobiernos de la Concertación encomendaron a este servicio la creación de tres Planes de Igualdad sucesivos, cada uno con una duración de 10 años, que pretendían darle continuidad a las distintas políticas a favor de la igualdad de género. El último plan fue elaborado durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet y se dio a conocer el 29 de diciembre de 2009. La elección del Presidente Piñera en 2010 produjo un quiebre en esta continuidad, ya que se apartó del plan elaborado en la administración anterior y lo sustituyó por otro que regirá hasta 2020. Es decir, la política de Estado cambió sin que hubiese mediado deliberación ni fuese expresado explícitamente durante la campaña.

Esta modificación no es irrelevante dado el momento en que se implementa y los compromisos contraídos por el Estado a nivel internacional en el ámbito de los derechos humanos de las mujeres.¹ En efecto, ambos planes, pese a ser similares en su forma, identifican principios generales que se desglosan en ejes de acción y metas a cumplir por cada eje, y contienen notorias diferencias en la idea de mujer que trasuntan.

Donde el Plan Bachelet instituye de forma clara el principio de no discriminación a las mujeres, haciendo referencia a tratados internacionales que consagran este derecho, como el de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus iniciales en inglés), el Plan Piñera establece el principio de reconocimiento e integración del otro, según el que se

¹ Por ejemplo, en el Informe del EPU, al que Chile se sometió por primera vez el año 2009, se insta al país a llevar adelante las medidas señaladas en el Plan de Igualdad, en referencia al que se adoptó durante el gobierno de Bachelet. De ahí que las diferencias que se establezcan entre el plan anterior y el actual son cruciales a la hora de evaluar cómo el Estado de Chile responde a esas recomendaciones.

entiende a la mujer no como un sujeto autónomo sino como un ente distinto al hombre que debe ser incluido dentro de la sociedad. Tanto es así que el mismo plan señala que el reconocimiento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres permite, entre otras cosas, “libera(r) también al hombre de las pesadas cargas y obligaciones que la tradición pusiera en sus hombros, permitiéndole proyectarse con mayor autonomía en búsqueda de la realización personal y común”.² Este Plan hace referencia a la construcción de la masculinidad pero sin señalar cuál es esta ni cómo se vincula con la autonomía de las mujeres. Cuando se refiere a la autonomía femenina, lo hace de forma abstracta y general, en discrepancia con el Plan Bachelet, que la reconoce incluyendo los distintos ámbitos en que se desenvuelve: “El principio de autonomía, en relación a las mujeres, requiere la actuación en –al menos– cuatro ámbitos: física, económica, política y socio-cultural”.³

Este cambio no quiere decir que no se hayan constatado avances durante 2011. Entre otros, destaca la implementación del postnatal extendido, lo cual está relacionado con el nuevo plan del decenio 2011-2020 ligado a la maternidad y la familia. Este énfasis eclipsa el estancamiento y limitación a los derechos sexuales y reproductivos que se había, al menos, establecido como meta en planes anteriores. Esta limitación se traduce en el incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

En este capítulo desarrollaremos una evaluación crítica de las políticas, acciones y programas en los distintos ejes del plan y sus omisiones en los ámbitos político, económico y socio cultural, a fin de evaluarlos a la luz los estándares internacionales sobre protección de los derechos humanos de las mujeres.

2 SERNAM, Plan de Igualdad de Oportunidades 2011-2020. www.sernam.cl.

3 Id. www.americalatinagenera.org

1. IGUALDAD

La administración actual ha proyectado una representación cultural de las mujeres en la vida pública y privada, ligada a la maternidad, manifestada no solo en los programas que se han implementado a través del SERNAM sino también en diversas medidas y hechos. Esta visión ha generado tensiones en el propio gobierno desde su instalación, que la propia Ministra del SERNAM ha debido enfrentar para poner el acento en la igualdad y no discriminación. Uno de esos hechos fue la instrucción que recibieron las empleadas y empleados públicos de la Intendencia de la IV Región en torno a su apariencia personal. Las mujeres no debían mostrar los hombros ni la espalda, no usar faldas cortas o jeans.⁴ El instructivo fue rechazado por la Ministra del SERNAM como una tontería, al señalar que no era posible indicar a las trabajadoras cómo vestirse.⁵

Sin embargo, este servicio no estuvo exento de críticas al conocerse un manual para mujeres que buscaban trabajo. El manual, conocido en mayo de 2011, era parte de una serie de instructivos para el fomento productivo de la mujer,⁶ y sería complementario a una serie de talleres del SERNAM. En él, a través de una mirada estereotipada, se instruía sobre maquillaje y presentación personal. Se propuso que el acceso de la mujer a mercados laborales se logra manteniendo cierta apariencia externa que “potencie la esencia femenina” y “demuestra la dignidad de su persona”. En efecto, el propio instructivo disponía que “tanto peinado, como vestuario y maquillaje constituyen una puerta de entrada al mundo laboral. Si no se logra un concepto armónico de la apariencia física, difícilmente se podrá lograr una imagen atractiva, segura y cómoda de sí misma”. El instructivo fue luego descartado por el SERNAM –según comentó Cecilia Pérez, entonces subsecretaria del SERNAM, en su cuenta de twitter–, corroborando de esta manera su existencia. Estas instrucciones e instructivos en el ámbito laboral prescriben un deber ser “femenino”, en tanto apariencia y comportamiento, buscan la inclusión en el mercado laboral a partir de la discriminación, señalando, por ejemplo, cómo la mujer debe comportarse en el trabajo o en las entrevistas, mostrándose siempre agradecida, hablando con voz calma y suave, escuchando sin interrumpir, sonriendo siempre para proyectar amabilidad y cortesía, y manteniendo una postura recta, con el abdomen contraído en todo momento. Es una idea que trasunta pasividad y sumisión, una construcción de género que el propio aparato del Estado debe superar, en virtud del artículo 5 de la CEDAW.

4 *El Mercurio*: “Ministra del Sernam: Instructivo de Intendencia de Coquimbo ‘es una tontería sin límites’”, 17 de agosto de 2010.

5 Id.

6 *El Mostrador.cl*: “Rincón (DC) califica instructivo del SERNAM como un ‘retroceso en las políticas de género’”, 7 de mayo de 2011.

El estereotipo se implantó junto con el nuevo gobierno, afectando no solo al SERNAM y su cambio de enfoque, sino a otros estamentos públicos, como la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI). Ximena Ossandón, primera directora nombrada por la actual administración, duró poco tiempo en el cargo. Debió renunciar producto de sus comentarios prejuiciados sobre las mujeres y la maternidad.⁷⁻⁸ Esta visión de la mujer alcanza al propio presidente Piñera, quien durante el tiempo que lleva en el cargo ha realizado una serie de comentarios sexistas que la Ministra del SERNAM ha rechazado públicamente. A manera de ejemplo, se debe recordar un chiste emitido por el presidente durante una Cumbre en México en el 2011, en que hizo una analogía entre los políticos y las mujeres, dando a entender que cuando ellas dicen sí, no son realmente damas.⁹

Estas acciones en el comportamiento socio-laboral no son concordantes con el mensaje y rol del SERNAM, así como tampoco lo son algunos de los objetivos que promueve la actual administración. Hay iniciativas legislativas contradictorias: por una parte, proyectos de ley que buscan disminuir las discriminaciones en contra de la mujer y garantizar la mejora de la calidad de vida de las mujeres, y, por otra, el apoyo a una moción parlamentaria que instaura el día internacional del *niño que está por nacer* y de la adopción como un reconocimiento al gran valor de la vida y apoyo a la maternidad.¹⁰ Si bien no es contradicción la celebración de la adopción en sí misma, es cuestionable que se una al reconocimiento del niño que está por nacer, puesto que refuerza un discurso cuyo centro es la imposición del mandato de la maternidad y el disciplinamiento maternal, además de la negación pública y estatal a abrir la discusión del aborto.

1.1. Participación política de las mujeres

Una de las áreas de mayor déficit de la democracia chilena, criticada por los organismos internacionales, ha sido la reducida representación

7 *La Nación*: “Polémica por dichos de Presidenta de la Junji”, 21 de julio de 2010. Ossandón señaló que “La idea es que el jardín nunca reemplace a la mamá ni a la familia. Cuando la mamá pueda estar con su niño, que esté, pero cuando la mamá decide irse a tomar, *ir a la playa o a tomar un café con una amiga* dejando al niño en nuestras salas, eso es lo que nosotros tenemos que evitar porque no hay ningún estudio en el mundo que diga que el niño está mejor en una institución que con su familia” y “hay madres que tienen un trabajo esporádico, que trabajan dos o tres días, en una feria, y muchas veces no es necesario que sus hijos estén hasta las 7 de la tarde en el jardín. Además, los niños quieren estar con sus mamás”.

8 En un orden distinto de cosas estaba la instalación de una virgen en el edificio de esa repartición pública, en abierta tensión con un Estado laico.

9 ElDinamo.cl: “Piñera hace insólita analogía entre políticos y mujeres: ‘Cuando una dama dice sí, no es dama’”, 6 de diciembre de 2011. “¿Sabe usted cuál es la diferencia entre un político y una dama? Cuando el político dice que ‘sí’ quiere decir ‘tal vez’, cuando dice ‘tal vez’ quiere decir que ‘no’ y cuando dice que ‘no’, no es político... Cuando una dama dice que ‘no’ quiere decir ‘tal vez’, cuando dice ‘tal vez’ quiere decir que ‘sí’, cuando dice que ‘sí’ no es dama”.

10 Mensaje Presidencial 2011, referente a las políticas de ese año del SERNAM. www.sernam.cl

política de las mujeres en cargos públicos y de elección popular. Entre las observaciones realizadas a Chile en el EPU se instó a que el Estado continuara y profundizara el Plan de Igualdad de Oportunidades para Hombres y Mujeres 2000-2010 –el cual establecía iniciar campañas educativas– y se aprobara la ley en contra de la discriminación,¹¹ recientemente promulgada.¹² En la misma línea, las observaciones realizadas por el Comité de la CEDAW en 1999 expresaron su preocupación por el bajo número de mujeres en los ámbitos políticos y de toma de decisiones, recomendando la adopción de acciones positivas para mejorar su representación,¹³ lo que reiteró como materia de preocupación en su informe de 2006.¹⁴ Sin embargo, desde esa fecha, han sido escasos los avances. Expertos han señalado que la situación de las mujeres en la representación política constituye una vergüenza nacional, ya que Chile se encuentra en el lugar 37 de 42 naciones reportadas por el PNUD.¹⁵

1.1.1. Paridad en los cargos de confianza de las autoridades

De una política de paridad de género impulsada por Bachelet, que en su periodo más bajo alcanzó un 40%, se produjo una regresión: en el gabinete de Sebastián Piñera se pasó de un 44% a un 19%, cifra que está por debajo de la del gobierno de Ricardo Lagos.¹⁶ De las 33 subsecretarías, menos de un tercio (9) son ocupadas por mujeres. De las 15 intendencias, solo 4 cargos son ocupados por mujeres. Este nuevo escenario será materia de análisis, considerando que, en la evaluación del Comité de la CEDAW en 2006, este felicitó al Estado por los avances en lograr la instalación en una paridad en los nombramientos de cargos en ministerios, gobernaciones y jefaturas de departamentos de Estado.¹⁷

1.1.2. Tramitación de la ley de cargos de elección popular

Para enfrentar la baja participación de las mujeres, en 2003, se presentó por las y los diputados Isabel Allende, Guido Girardi, Rosa González,

11 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal. Informe de Conclusiones y Recomendaciones. Recomendación de Uruguay. 4 de junio de 2009, párr. 82. “Continuar y profundizar el segundo Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombre y la Agenda de Equidad de Género del Gobierno para eliminar completamente la discriminación contra la mujer en el trabajo, los cargos directivos, la administración de la propiedad conyugal y la sociedad en su conjunto.”

12 Promulgada el 12 de julio de 2012.

13 ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 20º periodo de sesiones, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, 19 enero-5 febrero 1999 y 21^a sesión 7-25 de junio 1999, párr. 224 y ss.

14 ONU, CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile, 36º periodo de sesiones*, 7-22 de agosto 2006, párr. 13.

15 UDP, *Encuesta Nacional sobre participación de mujeres en espacio público: Vergüenza nacional*, 9 de enero de 2012.

16 Instituto Libertad, *Participación y representación femenina. No necesitamos de una ley de cuotas*, Vol. II, No. 12, julio de 2011.

17 ONU, CEDAW, *36º periodo de sesiones*, 2006, párr. 4.

Carmen Ibáñez, María Eugenia Mella, Adriana Muñoz, Fulvio Rossi, María Antonieta Saa, Carolina Tohá y Alejandra Sepúlveda, un proyecto de ley para introducir cuotas en las listas de candidatos de los partidos políticos.¹⁸ La propuesta se encuentra paralizada desde mayo de 2007. Posteriormente, se presentó otra en ese mismo año, la que también quedó paralizada en 2009.¹⁹ A finales de 2011, se reactivó el interés del gobierno de Sebastián Piñera por una propuesta de ley de cuotas, inserta dentro de un conjunto de modificaciones legales al sistema electoral, y al que las diputadas de la oposición han dado su respaldo.²⁰ Este es un cambio importante, ya que en el pasado la postura de Renovación Nacional, partido del Presidente, fue rechazar una ley de cuotas porque significaría mayor discriminación a las mujeres.²¹

Por su parte, el Balance Gestión Institucional de 2010 del SERNAM se comprometió a presentar en 2011 un proyecto de ley que entregue incentivos pecuniarios a aquellos partidos políticos que saquen electas candidatas mujeres.²² Este objetivo es parte de las metas que se proponen para el decenio por parte del SERNAM.²³ No obstante, en el reporte de gobierno que detalla el nivel de avance de las iniciativas legislativas relativas a la mujer, realizado en mayo de 2012, no aparece este proyecto de ley, mientras que la iniciativa que fomenta la participación política de las mujeres figura solo como una propuesta en elaboración,²⁴ estando ad portas de una elección municipal. Sin embargo, el gobierno, en su informe de medio tiempo, señaló respecto a este tema que se encuentra en trámite un proyecto de ley que “Establece una política equilibrada de hombres y mujeres en el acceso y ejercicio de cargos de elección popular”.²⁵ Pero, como hemos dicho, este proyecto fue presentado en 2007, luego paralizado en 2009, y entre las gestiones de este gobierno solo se cuenta instalar y luego retirar la urgencia.²⁶

El Comité de la CEDAW recomendó en 2006 la adopción de medidas temporales, dispuestas en el artículo 4 de la Convención y en

18 Boletín 3206-18 presentado el 13 de marzo de 2003 que establece la discriminación positiva y que modifica la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos 18.603, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades 18.695 y la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios 18.700.

19 Boletín 5553-06 ingresado el 11 de diciembre de 2007 a la Cámara de Diputados. Establece participación política equilibrada de hombres y mujeres.

20 *La Nación*: “Diputadas de oposición respaldan a ministra Schmidt por ley de cuotas”, 15 de diciembre de 2011.

21 *El Mercurio*: “Renovación Nacional rechaza ley de cuotas propuesta por el Gobierno”, 11 de junio de 2006.

22 SERNAM, *Balance de Gestión Integral 2010*, p. 8. www.sernam.cl

23 SERNAM, *Plan de Igualdad de Oportunidades 2011-2020*, p. 34. www.sernam.cl.

24 Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, *Informe de cumplimiento legislativo gubernamental y de los mensajes presidenciales 21 de mayo del gobierno del Presidente Sebastián Piñera*, marzo de 2012, p. 53.

25 Gobierno de Chile. *Informe Nacional presentado de conformidad con el párrafo 15 a) anexo a la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos*. 4 al 15 de mayo de 2009, párr. 64.

26 Boletín 5553-06, op. cit.

conformidad con la Observación General 25 del mismo Comité, a fin de acelerar la igualdad de *jure* y de *facto* entre mujeres y hombres.²⁷

1.2. Familia

Desde 1995 se han presentado tres proyectos de ley para modificar el régimen patrimonial de sociedad conyugal, un área en que la discriminación en contra de las mujeres se produce de *iure*.²⁸ Se prometió su modificación para 2011 en la cuenta legislativa del gobierno y es una obligación pendiente en consideración al acuerdo amistoso que Chile suscribió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Arce Esparza contra Chile en 2008.²⁹ Para ello el Ejecutivo presentó una propuesta que reemplaza dos propuestas legales.³⁰ Sin embargo, no se presentó en el primer trámite constitucional y no ha tenido avance legislativo significativo desde el 3 mayo de 2012, por lo cual Chile mantendrá una obligación pendiente comprometiendo su responsabilidad internacional.

2. MUJER Y TRABAJO

Esta es una de las áreas en que se ha experimentado un fuerte avance. El Informe 2011 dio cuenta de la tramitación del proyecto relativo a la extensión del postnatal y que entró en vigencia ese mismo año. Lo más relevante es que finalmente primó el postnatal considerado como un derecho y no como un beneficio asociado al trabajo asalariado y remunerado. Al cierre de la edición de este informe, funcionarias judiciales, en su mayoría juezas, cuyas remuneraciones son superiores al promedio nacional, interpusieron un recurso de protección, rechazado por la Corte Suprema, y posteriormente un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, ya que sus ingresos disminuyeron por el tope que impone de la ley y la derogación de

27 ONU, CEDAW, *36º periodo de sesiones*, 2006, pár. 10.

28 Boletín 1707-18 ingresado el 4 de octubre de 1995. Posteriormente, en 2011, Boletín 5970-18 ingresado el 10 de julio de 2008: proyecto de ley que “introduce modificaciones a diversas disposiciones del Código Civil, consagrando el derecho de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, de administrar los bienes propios que adquiera a título de herencia, legado o donación”. En 2011, Boletín 7567-07 ingresado el 5 de abril de 2011 a la Cámara de Diputados, el que “Modifica Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal”. Una tercera moción fue presentada por iniciativa de las diputadas señoras Goic Boroevic, Muñoz D’Albora y Saa Díaz, y de los diputados señores Araya Guerrero, Ceroni Fuentes, Gutiérrez Gálvez, Miguel Ortiz Novoa, Rivas Sánchez, Saffirio Espinoza y Schilling, integrando ambos proyectos de ley que datan de 2008.

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acuerdo de Solución Amistosa, Caso N° 12.433 Sonia Arce Esparza contra Estado de Chile*, 5 de marzo de 2007, fue publicado en el Diario Oficial el 3 de mayo de 2008.

30 Boletín 7727-18 ingresado el 15 de junio de 2011 a la Cámara de Diputados. Proyecto de ley que “Modifica Código Civil y otras leyes, en el Régimen de Sociedad Conyugal”.

una norma para trabajadores del sector público que complementaba la diferencia entre el subsidio y sus remuneraciones.³¹

La Corte Suprema fundamentó su rechazo en que el postnatal de 6 meses estaba pensado para las trabajadoras de menores ingresos y que las mujeres de mayores recursos pueden optar por un retorno progresivo al trabajo. La Corporación Administrativa del Poder Judicial dictó una circular que permite renunciar al permiso parental, evitando así el retorno progresivo al trabajo.

La política pública ha reconocido cómo la maternidad y el trabajo reproductivo, el cuidado de hijos y de otros, constituye una fuente de discriminación contra las mujeres. Esto se traduce en la propuesta de modificación a la obligación de la sala cuna, norma del Código del Trabajo, que constituye un costo directo en la contratación de mujeres. De adoptarse, mejorará el acceso al trabajo de las mujeres.

2.1. Segmentación del mercado de trabajo e impacto en las remuneraciones

Los datos muestran que en Chile, en promedio, entre los asalariados de educación universitaria y técnico-profesional, la brecha salarial entre hombres y mujeres supera el 35%, mientras que, entre los trabajadores con educación básica y media, la brecha no supera el 14%.³² El sector de servicios sociales es la rama de la economía con mayor brecha y una de las áreas que concentra el trabajo femenino.³³ El SERNAM ha establecido como meta la reducción en un 50% de la brecha salarial.³⁴ Sin embargo, desde enero de 2010, fecha de vigencia de la Ley 20.348, no hay más de una decena de denuncias y consultas.³⁵

3. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

En anteriores informes hemos dado cuenta del lento avance en las medidas que el Estado ha adoptado para asegurar derechos sexuales y reproductivos. Al respecto, advertimos las violaciones a los derechos humanos de las mujeres en diversos ámbitos y, particularmente, por las leyes restrictivas al aborto. Esto ha sido objeto de reparos sostenidos por los órganos de seguimiento de los tratados internacionales de derechos humanos³⁶ y continúa como una materia que el gobierno

31 *El Mercurio*: “Nuevo postnatal: Mujeres del Poder Judicial vuelven antes del plazo por razones económicas”, 15 de julio de 2012, B4.

32 Helia Henríquez y Verónica Riquelme, “Ley 20.348. El derecho a ganar lo mismo”, Tema Laboral No. 27, Dirección del Trabajo, 2011, p. 14.

33 Id., p. 15.

34 SERNAM, *Plan de igualdad de oportunidades 2011-2020*, p. 47. www.sernam.cl

35 Henríquez y Riquelme, op. cit., p. 19.

36 Comité de Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes*

actual decidió no abordar, lo que reafirmó en el último Mensaje Presidencial, en que señala la protección estatal de la vida desde la concepción, pronunciándose además contrario a toda posibilidad de regular el aborto terapéutico.³⁷

Como hemos señalado, es en materia de derechos sexuales y reproductivos donde más se ha notado el cambio de enfoque que trajo consigo el nuevo gobierno de Sebastián Piñera. Este se hace evidente al comparar los planes de Igualdad que dictan ambos gobiernos. En el Plan Bachelet, uno de los ejes de intervención correspondía a la autonomía en la sexualidad y decisiones reproductivas. El Plan de Igualdad adoptado por la administración Piñera ni siquiera hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos. Con esto no solo omite sino que desestima la autonomía reproductiva de las mujeres. Esto implica que las políticas públicas no están encaminadas al aseguramiento de tales derechos, los que involucran el derecho a la integridad, salud, disfrute del progreso científico y libertad de conciencia, entre otros. Todo lo anterior está en abierta contradicción a las numerosas recomendaciones hechas en el Informe EPU, todas las realizadas por el Comité de la CEDAW y otros órganos de vigilancia del sistema de protección de Naciones Unidas.³⁸

El Plan solo hace referencia a medidas para disminuir el embarazo adolescente y el contagio de VIH, negando la posibilidad de siquiera discutir la prohibición absoluta del aborto y la efectiva disponibilidad y el acceso igualitario de métodos anticonceptivos en los servicios de salud públicos del país, incluyendo la anticoncepción de emergencia.

En materia de VIH/SIDA, la Estrategia Nacional de Salud 2011-2020 hace referencia a la reducción de muertes por VIH/SIDA de un 2 por 100.000 a 1,2 por 100.00 en 2020.³⁹ En este sentido, el Ministerio de Salud reconoce que existen grupos “cautivos”, cuyo número de exámenes para la detección del VIH ha aumentado. Hay un batería de exámenes solicitados a las personas, indistintamente del motivo de consulta; los proveedores de salud sugieren realizarse el Test de Elisa, lo que, según el MINSAL y el departamento de epidemiología, ha posibilitado contar con un mayor número de datos para la detección temprana de personas VIH positivas. Respecto de las embarazadas en control prenatal y los donantes de sangre, el número

con arreglo al artículo 44 de la Convención.CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007, pár. 55. CEDAW, 36º periodo de sesiones, 2006, pár. 20.

37 Mensaje Presidencial del 21 de mayo de 2012. www.gob.cl

38 ONU, Consejo de Derecho Humanos, *Examen Periódico Universal. Informe de Conclusiones y Recomendaciones. Recomendaciones de España, Suecia y Finlandia*, 4 de junio de 2009, pár. 24 (Suecia), pár. 37 (Finlandia) y pár. 76 (España). CEDAW, 36º periodo de sesiones, 2006, pár. 20. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 14*, pár. 8 y pár. 34. Comité de Derechos Humanos, *Observación General Número 28*.

39 MINSAL, *Metas 2011-2020. Estrategia Nacional de Salud 2011-2020 para el cumplimiento de los objetivos sanitarios de la década 2011-2020*, p. 23.

de casos identificados se ha reducido precisamente por ser un grupo de menor riesgo, resultando en una reducción del contagio vertical.⁴⁰ El Ministerio busca aumentar la toma del examen para alcanzar las metas sobre mortalidad por VIH.⁴¹ En este contexto debe entenderse la resolución de agosto de 2011 que modificó el Decreto 182 de 2005, que reglamenta la toma de examen de VIH/SIDA.⁴² El objetivo y fundamentación de la modificación fue pesquisar a todas las embarazadas para evitar el contagio vertical madre-hijo, entregar terapia oportuna e identificar a todas las parejas sexuales de la mujer. En el caso de que la mujer no entregara la información, la autoridad sanitaria podrá adoptar todas las medidas del caso para hacerlo. Entre otras cosas, este cambio normativo no requiere que el personal de salud que practique el examen entregue consejería previa a la toma del examen, tal como exige la Ley 19.779 de 2005, sino solo que entregue información sobre la enfermedad.

En diciembre de 2011 un representante del Ministerio de Salud se reunió con organizaciones de la sociedad civil, incluyendo además a representantes del PNUD y Organización Panamericana de la Salud (OPS). La autoridad justificó la medida en la preservación de la salud materna, explicando que el cambio de “entregar consejería” a “entregar información” antes de la toma del examen se debía a las limitaciones de recursos humanos para efectuar la consejería. La medida resulta ilegal, toda vez que modifica por vía de un decreto las condiciones que la Ley 19.779 impone al sistema de salud respecto de la detección del VIH, la voluntariedad del examen, la consejería previa en la toma del examen y la privacidad de la información. Todos los cambios resultan, además, atentatorios a los derechos de las mujeres, porque no es su salud ni bienestar lo que inspira el cambio, sino las metas que busca alcanzar el Ministerio sin considerar el marco de derechos humanos y no discriminación. A su vez, la justificación de que se cambie la obligación de dar consejería por información porque las capacidades del sistema de salud no lo permiten constituye una regresión de la política pública, pues el problema no se resuelve limitando los derechos sino mejorando los servicios de salud. El Ministerio aseguró haber enviado una circular reinterpretando el decreto, informando que la toma del examen es voluntaria. Sin embargo, la situación mantiene la violación de los derechos de las mujeres, tal como se informó a la autoridad, ya que la expedición de una circular no modifica la ilegalidad, al ser una norma de menor jerarquía que el decreto. La política de excluir la consejería, agrava la situación y

40 Id., p. 27.

41 Id.

42 MINSAL, Decreto 45, publicado el 9 de noviembre de 2011.

genera incertidumbre en las personas que se someten al examen de VIH, ya que los proveedores de salud no cuentan con información concreta y actualizada respecto a las redes de atención e información en caso de que la persona de un resultado positivo. Actualmente, uno de los mayores problemas que enfrenta CONASIDA es no contar con recursos para la entrega de información y promoción de la preventión primaria de la infección por VIH e ITS.

3.1. Aborto

La inclusión del lenguaje de autonomía reproductiva bajo el Plan Ba-chelet aspiraba a avanzar en áreas claves como la interrupción del embarazo y la criminalización del aborto en todas sus formas. El Estado rechazó explícitamente las recomendaciones del EPU que hicieran los gobiernos de Suecia y Finlandia, señalando que no contaban con el apoyo del país.⁴³ Desde que Chile envía sus informes de cumplimiento a los órganos del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, ha recibido numerosas observaciones de los diversos comités. En 2006, fue el Comité de la CEDAW el que señaló la obligación de Chile de revisar las leyes punitivas del aborto.⁴⁴

En 2009 se registraron 33.777 egresos hospitalarios por aborto.⁴⁵ Un estudio realizado por el Dr. Ramiro Molina con los datos por egresos hospitalarios por aborto según tipo de causa entre 2001 a 2006, calculó un promedio de 15.979 abortos por causas de salud que incluyen embarazos ectópicos (3.507), mola hidatiforme (298) y por otros productos anormales de la concepción (11.995).⁴⁶ Estas cifras constituyen el 40% del total de los egresos hospitalarios.

3.1.1. Criminalización y protocolo de actuación de los servicios públicos de salud

El Comité contra la Tortura, en sus observaciones al informe de Chile en 2009, recomendó evitar que las mujeres que acuden a los hospitales por abortos inducidos y con complicaciones sean sometidas a interrogatorios, ya que esta práctica constituye para el Comité un tratamiento cruel, inhumano y degradante.⁴⁷ En virtud de ello, el Ministerio de Salud adoptó

43 ONU, Consejo de Derecho Humanos, *Examen Periódico Universal. Informe de Conclusiones y Recomendaciones. Recomendaciones de Suecia y Finlandia*, 4 de junio de 2009, párr. 24 (Suecia), párr. 37 (Finlandia).

44 ONU. CEDAW, *36º periodo de sesiones*, 2006, párr. 20.

45 Ministerio de Salud, *Orientaciones técnicas para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas*, Santiago, 2011, p. 11.

46 Ramiro Molina, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, Presentación en power point en seminario de la Facultad de Latinoamericana de Ciencias Sociales, Santiago, 2011, en poder de la autora.

47 ONU, Comité contra la tortura. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile. 14 de Junio de 2004, párr. 6, letra j). “El comité expresa su preocupación por

una circular para el tratamiento humanizado del aborto.⁴⁸ Esta Circular, Ordinario 1675, fue ratificada en el documento “Orientaciones técnicas para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas” de 2011.⁴⁹ Sin embargo, no hay una capacitación sistemática ni llamados de atención a aquellos profesionales que incumplen este mandato. No es posible saber si esta se cumple o no, pero las investigaciones penales por aborto en contra de mujeres han aumentado un 40% desde 2008, según las cifras del Ministerio Público.⁵⁰ No hay datos de fácil acceso público en los informes estadísticos anuales del Ministerio Público o la Defensoría Penal Pública respecto de las investigaciones por aborto, pero las imputadas siguen siendo las mujeres más vulnerables.⁵¹ La mayor parte de las veces, las mujeres son identificadas en los recintos hospitalarios, denunciadas a la policía e interrogadas por funcionarios policiales y fiscales mientras se encuentran hospitalizadas. Esta ha sido la situación de tres mujeres cuyos casos ha conocido la autora de este capítulo y que han sido atendidas en el Hospital Tisné, Hospital Parroquial de San Bernardo y en la Clínica Bicentenario. Las mujeres fueron sometidas a interrogatorios por el personal médico hasta obtener una confesión de maniobra abortiva, para posteriormente ser denunciadas. Todo ello desvirtúa la obligación del personal médico con las mujeres que atiende, violentando las obligaciones que Chile ha contraído; transgrede en forma seria el secreto profesional y, entre otros, el derecho a la integridad física y psíquica de las mujeres.

3.1.2. Aborto por causas extremas: Discusión legislativa

Tal como se señaló, la administración Bachelet rechazó las recomendaciones sobre la revisión de las leyes punitivas. Una cuestión pendiente ha sido el restablecimiento del aborto terapéutico, única figura no punible del Código Penal hasta 1989. Pese a la ausencia de voluntad política que ha caracterizado al Ejecutivo desde 1990 para la modificación de la ley que no permite el aborto bajo ninguna circunstancia, en 2011 se dio una apertura al debate legislativo en torno a tres proyectos de ley: uno que buscaba restablecer el aborto terapéutico;⁵² otro que permitía el aborto

las siguientes cuestiones: (...) j) El hecho de que, según se informó, se condicione la atención médica a las mujeres cuya vida está en peligro por las complicaciones derivadas de abortos clandestinos, a que las mismas proporcionen información sobre quiénes practicaron dichos abortos. Esas confesiones se utilizarían posteriormente en causas instruidas contra ellas y terceras partes, contraviniendo así lo preceptuado por la Convención”.

48 MINSAL, Ordinario A15 / 1675, 24 de abril de 2009.

49 MINSAL, *Orientaciones técnicas...*, op. cit., p. 9.

50 La Tercera: “Denuncias por aborto han aumentado un 40% en los últimos cuatro años en todo el país”, 15 de marzo de 2012.

51 La Defensoría Penal Pública, en un trabajo sin publicar, registraba 201 casos de investigaciones por aborto: *Aborto e Infanticidios: delitos procesados en Chile*, s/p, 24 de diciembre de 2009, p. 5. En poder la autora.

52 Boletín 6522-11, Moción del senador Escalona.

por malformaciones congénitas graves del feto incompatibles con la vida, la salud de la madre y en caso que el embarazo hubiese sido producto de una violación;⁵³ y un tercero que establecía el aborto por razones de riesgo a la vida y la salud de la mujer y malformaciones al feto.⁵⁴ Los tres fueron rechazados, teniendo mayor apoyo el que restablecía el aborto terapéutico, que obtuvo 15 votos a favor y 18 en contra.⁵⁵ El rechazo concitó el apoyo de senadores de la oposición –como Soledad Alvear, Patricio Walker y Hosaín Sabag– y su resultado implica que estas iniciativas no pueden discutirse nuevamente sino luego de un año de transcurrida la votación. La senadora designada Ena Von Baer⁵⁶ señaló, de manera alarmante, que las mujeres no tienen derecho al aborto pues solo prestan el cuerpo al feto,⁵⁷ por lo cual nunca podría aceptarse el aborto. Por su parte, el senador Uriarte dijo que ellos estaban por la vida ante todo y por la protección de la vida del que está por nacer.⁵⁸ La idea de que las mujeres prestaran el cuerpo para la gestación provocó rechazo incluso dentro de las filas de la Alianza gobernante⁵⁹ y sugiere que, incluso cuando la vida o la salud están en riesgo y el feto no es viable, las mujeres carecen de todo derecho.

3.1.3. La respuesta del Ejecutivo

La respuesta del Ejecutivo a la propuesta de modificación legal, a través del Ministro de Salud Jaime Mañalich, consistió en rechazar las tres iniciativas, declarando que en la práctica cada vez que hay riesgo para la madre se realiza el aborto y que los proyectos a su juicio resultaban muy laxos, lo que permitirían abrir la posibilidad del aborto cada vez que una mujer lo pidiera.⁶⁰ Declaró también que, en caso de embarazos ectópicos, se interviene a la mujer, por lo cual no hay necesidad de legislar.⁶¹ Sostuvo que quienes buscan introducir el aborto terapéutico –el que, a su juicio, ya existe en Chile– lo hacen desde la ignorancia, al argumentar que no ha habido denuncias y que los documentos de la Iglesia Católica lo permiten.⁶²

53 Boletín 7391-07, Moción del senador Guido Girardi.

54 Boletín 7373-07, Moción del senador Fulvio Rossi y la senadora Evelyn Matthei.

55 *La Tercera*: “Senado rechaza la idea de legislar los tres proyectos de despenalización de aborto terapéutico”, 4 de abril de 2012.

56 Nos referimos a todos aquellos congresistas que no son electos y que son nombrados por sus partidos por un mecanismo de remplazo cuestionable desde el punto de vista democrático.

57 *La Tercera*: “Ena von Baer por aborto terapéutico ‘Una mujer no tiene derecho a interrumpir el embarazo porque solo presta el cuerpo’ al feto”, 14 de marzo de 2012.

58 *La Tercera*: “Senador Uriarte y aborto terapéutico: ‘Sinceramente espero, por el bien de Chile, que este proyecto muera’”, 3 de abril de 2012.

59 *La Tercera*: “Senadora Lily Pérez se distancia de los dichos de Von Baer por aborto terapéutico”, 14 de marzo de 2012.

60 *La Tercera*: “Mañalich y la ley de aborto terapéutico: ‘Ninguno de los tres proyectos es un buen proyecto’”, 3 de abril de 2012.

61 *La Tercera*: “Ministro Mañalich: ‘No es necesario legislar sobre aborto’”, 22 de marzo de 2012.

62 *La Tercera*: “Mañalich asegura que quienes piden ley de aborto terapéutico lo hacen desde la perspectiva de la ignorancia”, 15 de marzo de 2012.

Estas afirmaciones son concordantes con la política del SERNAM, cuyo programa Mujer y Maternidad sobre embarazo en conflicto está orientado exclusivamente a evitar el aborto y dar información a las redes de apoyo a mujeres que no desean mantener el embarazo.⁶³

El Ministerio de Salud cuenta con un documento al respecto: “Orientaciones técnicas para la atención integral de mujeres que presentan un aborto y otras pérdidas reproductivas”, de 2011.⁶⁴ Este documento constituye un avance en la promoción de la salud reproductiva, pero presenta ciertos vacíos y deficiencias en su enfoque. Primero, no hay referencia a los casos en que existen embarazos viables pero, por causas ajenas a este, como el cáncer, se requiere de una intervención. Esto constituye una situación de ambigüedad, ya que deja la decisión a la discreción médica, la que puede privilegiar el embarazo versus la salud de la mujer. Igualmente, las Orientaciones guardan silencio sobre la actuación frente al embarazo y la detección del feto no viable; se reconoce que pronosticar una muerte perinatal causa un gran sufrimiento psíquico a la mujer y su familia,⁶⁵ que es evitable, pero la continuidad del embarazo implica que el Estado impone un tratamiento cruel e inhumano a toda mujer que no deseé mantener la gestación.⁶⁶ Las Orientaciones Técnicas tampoco se refieren al embarazo que pone en serio riesgo la salud mental de la mujer, ni al embarazo producto de una violación. Es destacable que el documento se haga cargo de las situaciones como el riesgo psicosocial, pero evita el uso de un lenguaje directo frente a un embarazo no deseado producto de una agresión sexual. En un reporte de la Defensoría Penal Pública de 2009, hay dos mujeres formalizadas por aborto, una por un caso de violación y otra que gestaba un feto con malformaciones: las mujeres que adoptan una decisión de terminar el embarazo se enfrentan a la posibilidad de ser criminalizadas.⁶⁷ En junio de 2012 una joven embarazada producto de una violación fue formalizada luego de que el médico que la atendiera obtuviera de ella una *confesión* de aborto inducido y reportara la situación a la fiscalía. Estas consideraciones estaban contempladas en los proyectos de ley que fueron rechazados sin ser discutidos en el Congreso.

3.2. Acceso a la PAE: Ley 20.418⁶⁸

La dictación de la Ley 20.418 en febrero de 2010 intentó poner fin a la restricción que se producía de *facto* y *de jure* al acceso a la anti-

63 SERNAM. *Embarazo no deseado, Programa mujer y maternidad*. www.mujerymaternidad.cl

64 Ministerio de Salud, *Orientaciones técnicas...*, op. cit.

65 Id., p. 50.

66 En este sentido, Comunicación K.N.L. V Perú del Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003, 24 de octubre de 2005.

67 Defensoría Penal Pública, op. cit., p. 34.

68 Ley 20.418 que Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad.

concepción de emergencia –en adelante, AE– en los servicios de salud reproductiva. El problema se originó por la decisión del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad en abril de 2008.⁶⁹ Este fallo mantuvo una situación de desigualdad, ya que mujeres que pudieran atenderse en el sector privado podían acceder adquirir la AE en las farmacias, mientras que las usuarias del sistema público no podían recibirla.

La Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales realizó un estudio en 2008 que relevó los problemas de acceso a la AE en la atención primaria con posterioridad al fallo del Tribunal Constitucional.⁷⁰ En esa encuesta se señala que un 29% de los municipios estudiados no entregaban el anticonceptivo y, de entre los que lo hacían, un 22% la entregaba solo en caso de violación.⁷¹ En 2010 se realizó otra encuesta con una muestra mayor de municipios (320 de 345); los resultados arrojaron que un 30% no entregaba la píldora del día después.⁷² Los encuestados lo atribuyen a la falta de stock como primera causa, seguida de las instrucciones del alcalde o alcaldesa de no entregarla.⁷³ Esto se explicaría por la ausencia de la reglamentación de la Ley 20.418.

La Ley 20.418 despejó las dudas sobre la ilegalidad y permitió que los servicios públicos de salud pudieran entregar la AE sin limitaciones, más allá de las que señala la Ley.⁷⁴ Sin embargo, la evidencia indica que se mantienen las barreras de acceso que identificó la FLACSO. Al cuestionamiento de la legitimidad de la prescripción del anticonceptivo por parte de las matronas,⁷⁵ especialmente en la IV Región de Coquimbo,⁷⁶ han seguido otras barreras que afectan de manera desproporcionada a las adolescentes. Existe confusión sobre el estatus legal de la AE que no se ha superado del todo debido a que el Ministerio de Salud no ha hecho capacitaciones sobre el marco legal.⁷⁷

69 Tribunal Constitucional, Rol 740-2007.

70 FLACSO, Asociación chilena de municipalidades y UNFPA, “Boletín Informativo No. 3 sobre anticoncepción de emergencia”, diciembre de 2008. www.flacso.cl. Los datos obtenidos por esta encuesta y otras posteriores de FLACSO pueden admitir un grado de distorsión, en la medida en que existe una brecha entre lo declarado públicamente a través de llamadas telefónicas y las prácticas de los prestadores. Por lo tanto, deben ser contrastados con el quehacer del personal médico en la atención primaria.

71 Id.

72 Claudia Dides, M. Cristina Benavente y José Manuel Morán, *Entrega de la píldora anticonceptiva de emergencia en el sistema de Salud Municipal, Chile. Estado de situación*, 2010, FLACSO y CLAE, Santiago, 2011, p. 11.

73 Id., p. 14.

74 Ley 20.418, artículo 2.

75 Cristina Benavente, Claudia Dides e Isabel Sáez, *Provisión de anticoncepción de emergencia en el sistema de Salud Municipal de Chile. Estado de situación*, 2011, Universidad Central y UNFPA, Santiago, 2012.

76 Debió modificarse el Código Sanitario para asegurar que la AE, junto con otros métodos anticonceptivos, pudiera ser recetada por matronas y madres, Ley 20.470 que modifica el artículo 117 del Código Sanitario, Diario Oficial, 17 de diciembre de 2010.

77 Comunicación personal con Alejandro Guajardo, Director de APROFA, 8 de mayo de 2012.

El monitoreo desarrollado por Benavente y otros en 2011 muestra que la razón para no proveer es la ausencia de stock, que puede superarse con la entrega del método Yuzpe.⁷⁸ Este monitoreo reporta una disminución en la negativa de entrega, aunque los datos mostrarían un panorama preocupante: existen consultorios que solo la entregan en caso de violación (2,8%), en un 20% solo está disponible en los servicios de urgencia y en un menor grupo de casos queda a criterio de la matrona o matrón.

Los problemas de acceso obedecen a causas múltiples, según Alejandro Guajardo, director ejecutivo de Asociación de Protección de la Familia (APROFA),⁷⁹ los prestadores de servicios de salud mantienen una actitud ambigua sobre la entrega de la AE, particularmente a las jóvenes. La ley no ha levantado las barreras de acceso porque no existe un reglamento al respecto, lo que se suma a que esta no especificó el uso de la PAE. El Ministerio tampoco ha reformulado el capítulo de las normas nacionales de regulación de la fertilidad, que contenía las indicaciones para el uso de la AE, luego de la promulgación de la ley. Esto provoca confusión. Según Guajardo, los problemas de stock tienen como base la ausencia de voluntad de algunos seremis y directores de salud en algunos municipios, quienes siguen instrucciones edilicias.

En la experiencia de APROFA se constata que algunos prestadores de servicios de salud no se ajustan a la ley, solo entregan el anticonceptivo en casos de violación y previa constatación de lesiones; otros, durante la consejería, indagan sobre la fecha de última menstruación para determinar la entrega del anticonceptivo. De la misma manera para la entrega del anticonceptivo, se deriva a los SAPU –servicio de atención primaria de urgencia– y los SAMU –sistema de atención médica de urgencia– que dependen de los servicios de salud. No se conoce si estas entidades limitan el acceso solo a los casos de violación. Ahora, si la entrega se deriva a los SAMU, en la práctica, significa que no está disponible en la atención primaria, cuyo rol es central en la provisión de servicios en salud sexual y reproductiva.

3.2.1. La atención primaria de salud

Para la elaboración de este informe se realizaron visitas e indagaciones en algunos consultorios: en Paine, San Bernardo, Pirque, El Bosque, Vitacura y Rengo.⁸⁰ Tres comunas llaman la atención. En el

78 El Yuzpe es un método que combina anticonceptivos regulares en dosis altas, Benavente, Dides y Sáez, op. cit., 2012.

79 Comunicación personal con Alejandro Guajardo, op. cit. Las opiniones de Guajardo surgen de la experiencia de APROFA en contacto y capacitación a prestadores de salud en aspectos técnicos de las normas nacionales de regulación de la fertilidad de 2006 a lo largo del país.

80 Las visitas fueron realizadas por estudiantes de derecho, quienes solicitaron AE para sí

consultorio 2 de Paine, una estudiante, usuaria efectiva del consultorio, concurrió el 19 de abril del 2012. Fue atendida por la matrona MJR, quien respondió de la siguiente manera a la petición:

- a) Que existía un lío ministerial que tenía confundidos a los consultorios.
- b) Que ella había determinado no administrar la AE puesto que las jóvenes que iban a pedirla se aprovechaban y la solicitaban como si fuera un método anticonceptivo regular.
- c) Que, en su opinión, la AE hacía mal porque provocaba hemorragias y serios problemas hormonales luego de su administración, por lo que no le gustaba mucho recetarla.
- d) La solicitante explicó que prefería tener hemorragias a quedar embarazada, a lo que la matrona respondió no tener ningún problema con la AE porque no era abortiva, aunque sí tenía problemas por las razones anteriores.
- e) También explicó que se podía ir a emergencia y ahí la dispensarían, pues en ese momento el consultorio no tenía stock.
- f) Por último, explicó que tenía un método alternativo que era lo mismo que la AE, el yuzpe; sin embargo, no dio receta ni indicación alguna sobre que había que hacer salvo decir que se usaban los anticonceptivos regulares.

El monitoreo de Benavente y otros de 2011 indica que se entrega,⁸¹ pero, en la práctica, ello no ocurre. En el Hospital Tisné en Peñalolén, una pareja concurrió a solicitar la AE en enero de 2012 porque efectivamente la requería. Durante la consejería, la matrona indagó sobre la fecha de la última menstruación y, por la respuesta, fue negado el acceso, pues ya no haría efecto.⁸²

En el consultorio de San Bernardo Dr. Raúl Cuevas, se recabó la información directamente con el Director del consultorio, Dr. Rodolfo Hott Ide, quien señaló que la AE solo se encuentra disponible en SAPU o postas y se entrega en casos de violación o situaciones similares como relaciones bajo los efectos de droga o alcohol en que la afectada no sepa lo que sucedió. En las farmacias privadas, la puede comprar cualquier mayor de edad con receta POSTINOR.⁸³ Respecto de los consultorios de San Bernardo, los responsables del monitoreo de FLACSO no pudieron recabar información telefónica.⁸⁴

mismas o información respecto de su acceso.

81 Benavente, Dides, y Sáez, op. cit., sección anexos, 2012.

82 Comunicación personal de Constanza Bravo en abril de 2012.

83 Comunicación personal escrita de María Soledad Molina con el Director del Consultorio, 19 de abril de 2012.

84 Benavente, Dides, y Sáez, op. cit., sección anexos, 2012.

En otro consultorio, el Orlando Letelier de la Comuna El Bosque, se informó que existe un protocolo elaborado por el municipio.⁸⁵ El protocolo se utiliza para llevar un registro y se le entrega a todas las mujeres que soliciten la AE. Las solicitantes deben tomar las dos píldoras en el mismo consultorio, frente a la matrona. En el caso de menores de 14 años, la entregan, pero se debe contar con la autorización de un adulto. Al consultorio CESFAM han llegado hasta menores de 13 años. La informante señala que las mujeres no acuden mucho para solicitarla, probablemente por la falta de difusión y la confusión que se ha generado, ya que no se ha aclarado si se permite o no la entrega de la píldora. La matrona entrevistada cree que no existe una política sanitaria respecto a este tema y que depende del *color político* de cada autoridad municipal. Así, no es de extrañar que muchas veces lleguen circulares con instrucciones respecto a la entrega o no entrega de la píldora. Una respuesta similar en el acceso se encontró en las comunas de Pirque⁸⁶ y Rengo.

En el consultorio de Vitacura, la atención se reduce de 8:00 a 16:00 horas de lunes a viernes, el horario de trabajo de la matrona, quien ofrece la consejería como condición para poder recibirla. No hay acceso en días festivos ni tampoco para aquellas solicitantes que no se encuentren afiliadas al sistema público de salud FONASA. Otras mujeres deben acudir a un ginecólogo en el sector privado para obtener una receta.⁸⁷ Se entabló un reclamo formal en mayo; al cierre de este capítulo el consultorio no había respondido. Resulta paradójico que, para acceder al anticonceptivo de emergencia, se deba solicitar previamente una hora médica; si una joven está inscrita en el consultorio, no habrá entrega sino solo prescripción.

3.2.2. Salud pública y privada: El rol de las farmacias

El acceso de la AE en las farmacias es igualmente diverso. Se pesquisaron distintas farmacias de diversas comunas de la Región Metropolitana y en la ciudad de Valdivia. En todas las farmacias consultadas, se requiere una receta retenida. En otras farmacias ni siquiera se entrega información sin la receta. En la farmacia Cruz Verde de Gran Avenida paradero 38, en la comuna de El Bosque se pide, adicionalmente, el carné de identidad de la persona para verificar que quien la compra es la titular de la receta. Solo se vende directamente a mayores de edad; si se trata de menores de edad es necesario que cuenten con la compañía de sus padres para que ellos den la autorización de comprarla y se responsabilicen. En la farmacia de la misma cadena ubicada en

85 Comunicación personal con Guillermina Lagos Aguayo, matrona, por parte de María Soledad Molina el 27 de abril de 2012.

86 Comunicación personal en mayo de 2012 por parte de María Elena Ugalde.

87 Comunicación personal del 18 de mayo de 2012 por parte de Lucía Álvarez.

Gran Avenida paradero 25, intermodal Metro La Cisterna, se entrega la misma información, salvo que para vender a menores de edad se debe consultar caso a caso con el químico farmacéutico. Distinta es la situación en la farmacia Salcobrand de Gran Avenida paradero 25, Intermodal Metro La Cisterna. También se requiere receta retenida y que las menores de edad⁸⁸ vayan con sus padres, y no cualquier adulto. Una estudiante encontró que el personal de mayor edad no entregaba información en farmacias de la cadena Cruz Verde de Maipú; en otra señalaron que no se vendía.⁸⁹ Una persona se declaró objeto de conciencia y solicitó a otro dependiente atender a la consultante.

No se conoce fiscalización de parte del Ministerio de Salud respecto de la venta de la PAE desde 2005, cuando una serie de farmacias fueron multadas.⁹⁰ La preocupación social acerca del acceso al medicamento se reactivó el 2009 cuando los padres de una menor violada en La Reina denunciaron las dificultades para conseguir la PAE en farmacias de la capital.⁹¹ Sin embargo, y a pesar de los compromisos de fiscalización adoptados a partir del caso por el gobierno de Bachelet,⁹² se mantienen los problemas de falta de stock y criterios discriminatorios para su venta y entrega en consultorios.

3.3. Embarazo en adolescentes

El programa Mujer y Maternidad del SERNAM contiene los lineamientos programáticos e información pública sobre embarazos en adolescentes. En el primer año de este gobierno se dio a conocer una minuta dirigida a padres de adolescentes, en la que entregaba ciertas directrices para dirigir y ayudar en la comunicación entre padres e hijos. La minuta provocó revuelo nacional porque, en lo referente a la sexualidad adolescente, establecía la importancia de “que los y las adolescentes comprendan que su vida sexual debe postergarse hasta el matrimonio (...)⁹³ Se trata de una decisión autónoma e individual válida, pero que, como política pública, niega la autonomía progresiva de los adolescentes y fija al matrimonio como un estándar.

El énfasis del SERNAM está puesto en el apoyo al “embarazo en conflicto” a través de su programa Mujer y Maternidad. La información que se entrega se refiere al embarazo exclusivamente desde su arista biológica.

88 Comunicación personal con Alejandro Guajardo, op. cit.

89 Farmacia Cruz Verde en Valdivia.

90 Lidia Casas Becerra, *La Saga de la anticoncepción de emergencia en Chile: Avances y desafíos*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Serie de documentos electrónicos, 2, Santiago, 2008, p. 9.

91 *La Tercera*: “Madre de niña violada en La Reina reclama por la falta de píldora del día después”, 22 de septiembre, 2009

92 Radio Cooperativa: “Minsal garantizó disponibilidad de la píldora ante casos de violación”, 22 de septiembre, 2009

93 Minuta disponible en www.observatoriogeneroyliderazgo.cl

gica, desarrollo fetal, cambios que experimenta la mujer embarazada en la progresión del embarazo, etc., a fin de “(...) analizar la problemática de las mujeres con un embarazo inesperado identificando factores tanto de riesgo como protectores, y conocer las estrategias de apoyo a la mujer en esta condición”⁹⁴. Se busca evitar el aborto, aunque reconoce que puede ser una práctica que la mujer considere, apresurándose a señalar que el no deseo del embarazo cambia en “más del 50% de las mujeres [quienes pasan] a desear el hijo(a) y a establecer un apego temprano con él o ella”⁹⁵. En el programa de apoyo del SERNAM con otras organizaciones, se informa que han atendido a más de 700 mujeres, cifra inferior al objetivo de 1100 jóvenes fijada para 2011.⁹⁶ Esta cifra contrasta con la de más de 34.000 nacidos vivos de madres menores de 20 años en 2003.⁹⁷

Dentro de este programa, el SERNAM provee atención telefónica cuyo objetivo es informar, orientar, contener, acompañar, derivar y hacer seguimiento y/o realizar atención psicosocial de los casos que lo ameriten, por parte mayoritariamente de psicólogos y trabajadores sociales. Se insta a apoyar, entre otros, el apego, el duelo por aborto espontáneo o provocado y la adopción. No se conoce el número de adolescentes atendidos por esta iniciativa.

La Guía de Orientaciones Técnicas sobre Maternidad Adolescentes establece como objetivo central “contribuir a que las embarazadas y madres adolescentes construyan un proyecto de vida en el que compatibilicen su maternidad con la educación formal, su vida laboral y familiar” y, dentro de los objetivos específicos, “proveer una instancia de contención y apoyo para las adolescentes en situación de embarazo y/o durante el primer año de vida del niño o niña, mediante una atención especializada integral” y “contribuir al desarrollo de vínculos de apego de la madre con su hijo(a)”⁹⁸. La política del SERNAM es de apoyo a la maternidad temprana y no de prevención del embarazo adolescente, cuestión que además se focaliza en el primer año de vida del lactante, por lo cual la adolescente quedará en una situación de indefensión luego de un año de nacido el hijo o hija.

3.4. Educación sexual: El rol del MINEDUC y el SERNAM, y la oferta de programas

La Ley 20.418 contiene un mandato especial al Estado sobre la educación sexual de niños, niñas y adolescentes. El Ministerio de Educa-

94 SERNAM, *Mamá SERNAM está contigo*, www.mujerymaternidad.cl

95 Id.

96 Una de estas organizaciones es Emprende Mamá, institución salesiana cuya misión es trabajar con las mujeres que gestan embarazos no deseados. Entienden que “LA MATERNIDAD, [es] como un don para la mujer que le permite ser portadora, defensora y cuidadora de la vida, más allá de sus propios hijos.”

97 Instituto Nacional de Estadísticas, *Fecundidad en Chile*, Santiago, 2006, p. 10.

98 SERNAM, *Orientaciones técnicas línea de acción de maternidad adolescente*. www.sernam.cl

ción y el SERNAM tienen bajo su responsabilidad los programas de educación sexual dirigidos a directivos, docentes, asistentes de educación (llamados antes auxiliares), estudiantes y padres y apoderados: en suma, la comunidad escolar en su conjunto. Para ello, lanzaron el programa de educación sexual y afectividad en marzo de 2011, financiado con un fondo de 300 millones de pesos. Se licitaron las bases y siete modelos distintos fueron seleccionados. El abanico que ofertan para impulsar el programa incluye a instituciones con distintas visiones, confesionales⁹⁹ y laicas, entre otras. Además se consideraron trayectorias en modelos educativos en sexualidad para adolescentes, y la metodología de intervención, que pudiera ser presencial, online o una mixtura de ambas. En la actualidad, los oferentes son mayoritariamente instituciones académicas, además de una consultora y una ONG.¹⁰⁰

Debido a la escasez de fondos, este programa ha generado un mínimo impacto. Los municipios deben postular, dándose prioridad a los que tienen mayores índices de embarazos en adolescentes. Cada capacitación se ofrece a tres profesores/directivos de un establecimiento; los fondos disponibles para los oferentes son \$330 mil por cada capacitación, dinero que debe además costear los gastos de traslado de las instituciones oferentes. Se produjeron problemas con los procesos administrativos de postulación, los que dificultaron que muchas municipalidades pudieran postular. Los programas que tienen mayor posibilidad de masificación son los de e-learning. Algunas instituciones han decidido no seguir ofreciendo estos programas dado el costo asociado a las instituciones oferentes. Ninguno de estas capacitaciones han sido evaluadas por los propios beneficiarios: los estudiantes.

La apuesta para la entrega de una educación integral de parte de MINEDUC Y SERNAM, en su primera fase, estaría focalizada a las comunidades educativas de 7º básico a 4º medio. En la segunda fase, que debía haber comenzado en el segundo semestre del 2011, se debía sumar a los estudiantes de kínder a 6º básico. A la fecha no hay claridad sobre el futuro del Programa, por la falta de reglamentación de la

99 Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Católica de Chile, *Programa TeenStar*. Centro de Estudios de la Familia de la Universidad San Sebastián, *Programa de Educación en Valores, Afectividad y Sexualidad (PAS)*. Universidad Católica de la Santísima Concepción, *Aprendiendo a querer*.

100 Se trata de los siguientes programas:

1. Adolescencia: tiempo de decisiones, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile
2. TeenStar, de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Católica de Chile
3. Sexualidad, Autoestima y Prevención del Embarazo en la Adolescencia, de la Asociación Chilena de Protección de la Familia (APROFA)
4. Programa de Aprendizaje, Sexualidad y Afectividad (PASA), de la Facultad de Psicología de la Universidad de Chile
5. Programa de Educación en Valores, Afectividad y Sexualidad (PAS), del Centro de Estudios de la Familia de la Universidad San Sebastián.
6. Aprendiendo a querer, de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Monseñor Ricardo Ezzati.
7. Mineduc.cl, Curso de Educación Sexual Integral.

Ley 20.418. Esto es de importancia dado el contexto de visibilización de violencia y abuso sexual en niños y adolescentes. El Presidente Piñera anunció las estrategias en torno a este problema, ninguna de las cuales incluye la educación sexual.¹⁰¹

4. VIOLENCIA EN CONTRA DE LAS MUJERES

4.1. Mujeres víctimas de violencia de sus parejas

Ha existido una continuidad en los programas de violencia en contra de las mujeres, que buscan disminuir su ocurrencia. Las cifras muestran que hubo 40 femicidios íntimos en 2011. En el mismo año, el Ministerio Público tuvo más de 134.000 denuncias por violencia, lo que constituye el 10% de sus ingresos anuales.¹⁰² Del total de los casos terminados en ese año, el 41% lo hace con una suspensión condicional del procedimiento.¹⁰³ Una de las cuestiones observadas es la utilización de los acuerdos reparatorios, prohibidos en la Ley 20.066, en casos en que imputados y víctimas son mapuches, invocándose el Convenio 169 de la OIT, los que fueron refrendados por jueces de garantía.¹⁰⁴ En su apelación ante la Corte de Apelaciones de Temuco, se argumentó por la defensa y fue acogido por la Corte que es un hecho notorio que la costumbre del pueblo mapuche es solucionar el problema vía negociación, es decir, mediante acuerdos internos que la defensa y los jueces han asimilado a los acuerdos reparatorios. Las sentencias no razonan cómo opera la costumbre, qué valores la sostienen y cómo se relaciona con el derecho de la integridad de la víctima. Esta materia requerirá de un monitoreo constante, ya que puede constituir múltiples discriminaciones a las mujeres: en razón de su sexo y etnia.

Las casas de acogida y centros de mujeres son instancias que fueron implementados en anteriores administraciones. Dentro del Programa de Violencia del SERNAM, existe un programa de intervención para hombres que ejercen violencia.¹⁰⁵ El programa, iniciado como piloto, fue implementado bajo la dirección del Ministerio del Interior con sus fondos concursables anuales para los municipios, por lo que no ha tenido continuidad.¹⁰⁶ Un programa permanente sería un avance, so-

101 *La Nación*: "Piñera despliega plan contra abuso sexual de menores", 18 de julio de 2012.

102 Ministerio Público, *Informe Anual Estadístico 2011*, Santiago 2012, p. 7.

103 Id.

104 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 43-2012, 24 de enero 2012 con el voto disidente de Alejandro Vera Quilodrán; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1192-2011, 4 de enero de 2012; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1034-2011, 11 de noviembre de 2011; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 955-2011, 27 de octubre de 2011; Juzgado de Garantía de Carahue, RUC 1100920664-9, 19 de noviembre de 2011.

105 Comunicación personal con Angélica Palma, responsable del área psicosocial de la Unidad de Prevención de VIF del 20 de abril de 2012. Toda la información de este programa fue recaudada en esta entrevista, salvo que se indique lo contrario.

106 *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2010*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2010, p. 212.

bre todo si se implementara uno por cada región. Los centros tienen capacidad para 30 o 50 hombres que acuden por demanda espontánea o por derivación de la justicia. Ello implica que la cobertura es de un máximo de 750 hombres atendidos. Proyectando las cifras, y realizándose tres o cuatro sesiones por usuario, la cobertura no supera los 2.250 casos al año. Según una funcionaria del SERNAM, existe un porcentaje importante de hombres que acuden por su cuenta.

Una limitación del programa radica en cómo interviene la víctima. Si bien los usuarios deben ser evaluados previo a su ingreso en el programa¹⁰⁷ y deben reconocer mínimamente la violencia que ejercen, es la mujer quien tiene el papel de fiscalizar el comportamiento del agresor. En el SERNAM reconocen que esto pudiera ser complejo, ya que la mujer puede experimentar miedo, por sus vínculos de dependencia, y no desear reportar. La responsable del SERNAM señala que el programa intenta revertir esta situación a través de profesionales que podrían detectar si existen estos factores, pero la base del programa sigue radicando en el报告e de la mujer. No hay una intervención dirigida hacia las mujeres a fin de que puedan buscar sus propios caminos para enfrentar la violencia. En caso de que el hombre reincida en su conducta, es excluido del programa, y la mujer debe asistir a otros programas del SERNAM.

No se estipula en las líneas programáticas que se fiscalice el comportamiento del sistema judicial por parte de la Unidad de Prevención de Violencia. Esto es un déficit que se arrastra, considerando que una de las cuestiones centrales es el acceso a la justicia de las víctimas, y que va más allá de monitorear la situación de hombres usuarios del programa.

La labor de educación y prevención, clave en la disminución de la violencia, ha tenido su foco en programas educacionales desde la temprana infancia, mediante un programa piloto en alianza con jardines infantiles.

4.2. Más allá de la violencia doméstica: Violencia policial y trata

Uno de los problemas que enfrenta la política pública es no entender el fenómeno más amplio de violencia de género. Es relevante considerar todas las otras formas de violencia a las que las mujeres están expuestas. En tal contexto, es importante la apertura de una casa de acogida para mujeres víctimas de trata, iniciativa que tendrá un trabajo coordinado con el Ministerio Público, permitiendo que las mujeres afectadas puedan quedarse en Chile.

La violencia sexual de parte de fuerzas policiales durante las detenciones en las movilizaciones estudiantiles es un hecho reprochable. La

¹⁰⁷ Quedan excluidos todos aquellos hombres con trastornos psicopáticos o esquizofrenia que no estén compensadas, o con problemas de drogas o alcohol. En este último caso, solo podrían participar si se encontraran en tratamiento y controlado.

abogada Patricia Rada, de Humanas, informa sobre una joven universitaria quien, por falta de apoyo de su familia y no queriendo exponerse sin tener certeza de obtener reparación alguna, decidió no denunciar. Ella fue detenida y subida al bus de Carabineros, donde un grupo de uniformados se bajaron los pantalones y frotaron sus penes por la cara de la estudiante. Luego fue llevada a una comisaría para ser dejada en libertad después de 15 minutos.

Uno de los dos casos judicializados que lleva Corporación Humanas corresponde a una estudiante de la Universidad de Santiago de Chile, quien participó en una manifestación en apoyo de las movilizaciones de Aysén en el límite de la Florida y Puente Alto. Ella fue detenida junto a 10 personas, todos hombres. Fue conducida a la comisaría de Puente Alto, separada de los hombres y llevada a un baño para que se desnudara frente a una policía. La estudiante reclamó que era un trato vejatorio. La policía la amenazó con golpearla. Ella se resistió, interviniendo una segunda carabinera, quien también sacó *la luma*, amenazándola con que si no se desnudaba le *sacarían la chucha*. La estudiante se desnudó, debió hacer flexiones de brazos y abdominales por 15 minutos desnuda. Luego fue conducida junto con el resto de los detenidos. Fue trasladada en la parte delante del furgón policial sentada entre dos policías. Uno de ellos le dijo en el trayecto *que una persona podría perderse o desaparecer fácilmente*, mientras le tocaba la pierna. El chofer del furgón detuvo la situación y se cambió de lugar para proteger a la estudiante. No hubo una constatación completa de sus lesiones, ni tampoco se le leyeron sus derechos. Se interpuso una querella el 11 de julio de 2011.

El otro caso se refiere a una estudiante secundaria de 14 años, del Liceo Darío Salas, perteneciente a la organización de coordinación de estudiantes secundarios, ACES. Ella participó en una acción en la ribera del río Mapocho el 29 de octubre de 2011. Los estudiantes fueron detenidos por fuerzas especiales de Carabineros bajo el puente sin que hubiese registro de la prensa. Ella fue inmovilizada de sus extremidades por cuatro carabineros y un quinto la golpeó en la entrepierna, comenzando a sangrar por la vagina. Los efectivos formaron a los estudiantes detenidos para subir por una escalera. Ante la imposibilidad de poder subir por el dolor que le produjo el golpe, ella fue ayudada por una carabinera. Fue conducida a la comisaría y, posteriormente, al constatarse lesiones, al Hospital infantil Calvo Mackenna. Fue revisada frente a una policía y queda hospitalizada producto de la agresión. El médico lo adujo a la menstruación y no informó a los padres la situación de la adolescente. Por este caso se presentó una querella en enero de 2012. El Ministerio Público solicitó que se remitieran los antecedentes a justicia militar. Los tribunales no acogieron la solicitud. En ninguno de estos casos el SERNAM se ha hecho presente ni emitido declaración alguna.

RECOMENDACIONES

1. En materia de Igualdad, se recomienda al Estado de Chile acelerar la tramitación de las propuestas legislativas que aseguren una mayor representación de las mujeres, habida cuenta de la regresión producida desde 2010 y las recomendaciones realizadas en el EPU por Canadá, España, Vietnam, Bolivia, Suiza, Guatemala, Noruega y Pakistán. Chile debe suscribir el Protocolo Facultativo de la CEDAW.
2. En materia al acceso al trabajo, se recomienda acelerar la discusión de una propuesta de modificación al Código del Trabajo sobre la obligación de sala cuna, a fin de evitar la discriminación que produce en la contratación de mujeres al traspasarse el costo solo a las trabajadoras.
3. Se debe dar cumplimiento al artículo 11, letra d) de la CEDAW, monitoreando, a través de estudios y fiscalizaciones, a las empresas en el cumplimiento de la Ley 20.348 sobre igualdad de remuneraciones de hombres y mujeres.
4. Resulta imperativo que el Estado reconozca y garantice los derechos sexuales y reproductivos, revisando la legislación que prohíbe toda forma de aborto. La criminalización de las mujeres que recurren al aborto es contraria a las recomendaciones contenidas en el Informe EPU y los órganos de vigilancia de los tratados internacionales de derechos humanos.
5. En lo concerniente a la PAE y su distribución, el Estado debe fiscalizar los servicios de salud y farmacias, y sancionar por la no entrega o venta del anticonceptivo basada en criterios discriminatorios. Se recomienda al SERNAM, Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud que adopten una estrategia coordinada de prevención del embarazo adolescente, dado que sus actuales intervenciones son ex post al embarazo y los programas de educación sexual son reducidos. Las recomendaciones del Comité de la CEDAW y Comité de los Derechos del Niño han enfatizado que el Estado debe asegurar la educación sexual junto con mejorar los servicios de salud sexual y reproductiva para los adolescentes, especialmente en poblaciones más vulnerables, para reducir el embarazo adolescente. La cobertura de la educación es reducida y los programas del SERNAM apuntan a apoyar la maternidad de las adolescentes. El Estado no cumple con las exigencias que le han hecho, produciéndose discriminación por sexo, edad y nivel socioeconómico.
6. En materia de violencia, el Estado debe desarrollar capacitación permanente a los operadores de justicia y mejorar sus campañas de sensibilización en contra de la violencia contra las mujeres,

sin incurrir en mensajes equívocos. La campaña contra la violencia más conocida –“Maricón es el que le pega a una mujer”¹⁰⁸ refuerza estereotipos de género, usando un lenguaje peyorativo que denota a los homosexuales.

7. Debe existir una línea de trabajo con las mujeres que en el contexto de violencia hubieran matado a sus parejas. Se recomienda al Estado la creación de un programa integral de prevención, capacitación y apoyo para las víctimas de violencia de género.
8. Por último, el Estado tiene la obligación de prevenir y sancionar la violencia de género, sea obra de agentes públicos como la policía o de particulares. El creciente uso de la violencia policial en contra de estudiantes evidencia formas específicas de violencia pública en contra de las mujeres.

108 SERNAM: “Nueva campaña del SERNAM contra la violencia intrafamiliar la rompe en los medios”, 21 de septiembre de 2011. www.sernam.cl

**REFUGIADOS
EN CHILE:
ANÁLISIS DE
LA LEY 20.430 Y
SU REGLAMENTO***

* Capítulo preparado por Helena Olea, con la colaboración de Óscar Patricio Rojas, Víctor Hugo Lagos, María Soledad Molina y Nicole Camilli.

SÍNTESIS

Dos años después de la expedición de la Ley 20.430 y su reglamento, es pertinente evaluar los aciertos y falencias del marco normativo vigente. La legislación se destaca por contener una definición ampliada de refugiado y desarrollar en el ámbito interno el derecho internacional de los refugiados. Sin embargo, se constata, en la aplicación práctica, aspectos en que los procedimientos en fronteras y puntos de ingreso y el procesamiento de las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, violan los mismos procedimientos y principios que la ley y su reglamento establecen. En el proceso de integración se observan también falencias administrativas que pueden corregirse y la necesidad de involucrar otros entes estatales.

PALABRAS CLAVE: asilo, refugiados, debido proceso, procedimiento.

INTRODUCCIÓN

A partir de 2010, Chile cuenta con un nuevo marco normativo en materia de protección a los refugiados. La Ley 20.430, promulgada al inicio de la administración de Sebastián Piñera, desarrolla en el ámbito interno las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile con la ratificación de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,¹ el Protocolo sobre el Estatuto de la Refugiados² y la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ en materia de derecho de asilo. Esta ley, cuyo proyecto fue elaborado y su tramitación impulsada durante el gobierno de Bachelet, tenía por objeto actualizar la legislación chilena y desarrollar un marco jurídico completo y actualizado en la materia. Esta inquietud legislativa obedeció también a la preocupación de algunos sectores del poder legislativo y ejecutivo por establecer condiciones bajo las cuales los refugiados pudieran recibir en Chile la protección que recibieron los chilenos que se vieron obligados a abandonar el país y buscar protección en otros durante la dictadura. Asimismo, se dio una discusión no menor en torno a la protección de los refugiados en Chile en el marco del Examen Periódico Universal y las recomendaciones formuladas y dirigidas a la aprobación de legislación en esta materia.⁴ Por todo lo anterior, resulta oportuno analizar cómo la aplicación práctica de

1 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137. En adelante, Convención de 1951.

2 Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, del que tomaron nota con aprobación el Consejo Económico y Social en su resolución 1186 (XLI), del 18 de noviembre de 1966, y la Asamblea General en su resolución 2198 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En la misma resolución, la Asamblea General pidió al Secretario General que transmitiera el texto del Protocolo a los Estados mencionados en su artículo V, a fin de que pudieran adherirse al Protocolo Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII, Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 8791, Vol. 606, p. 267. En adelante, Protocolo de 1967.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En adelante, Convención Americana.

4 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Chile, UN Doc. A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009.

dicha ley, junto con su reglamento, protegen y garantizan el derecho de asilo y la protección a los refugiados, y también evaluar si la solidaridad y generosidad internacional que recibieron los chilenos hoy se está retribuyendo a quienes buscan protección en Chile.

En años anteriores, este capítulo se ha referido a migrantes y refugiados. En esta oportunidad, se concentrará en los refugiados, con el ánimo de aportar elementos para el debate sobre el rol del Estado con respecto al ingreso al país y residencia de personas extranjeras en situaciones de vulnerabilidad. Esta discusión es particularmente atingente, considerando que funcionarios del gobierno han anunciado nuevamente que se presentará un proyecto legislativo sobre migración.⁵ El análisis de la respuesta estatal a personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad –que ofrece elementos para identificar los aciertos y falencias del tratamiento que el Estado ofrece a los extranjeros en general y a otros grupos que se pueden encontrar en situaciones similares– busca apuntar hacia los cambios en la interpretación y aplicación de las normas que son necesarios para garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de refugio ratificados por Chile. De otra parte, mientras que la discusión sobre migrantes es frecuente, la relativa los refugiados lo es mucho menos, a pesar de que el flujo de personas que intenta buscar protección en Chile se mantiene. Falta debate sobre el refugio en Chile. Este capítulo busca provocar el cuestionamiento y la reflexión sobre el tema.

La Ley 20.430 sobre la Protección de Refugiados y su reglamento (Decreto 837 de 2010) han permitido que en Chile se esté desarrollando de manera incipiente el derecho de los refugiados. Resulta interesante revisar su compatibilidad con los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y al derecho internacional de los refugiados. Este análisis permite determinar si el marco normativo cumple con los estándares internacionales y satisface adecuadamente la obligación de desarrollar legislativamente las obligaciones internacionales del Estado. Adicionalmente, es necesario contrastar el marco normativo con la aplicación práctica del mismo. La aplicación práctica es central para garantizar la protección de los derechos y el desarrollo de una institución de protección, como lo es el refugio. Interpretaciones restrictivas o el establecimiento de prácticas que no estén contempladas en la legislación, pueden repercutir en la violación de derechos y en el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado. De allí la necesidad de una observación permanente de la forma en que se lleva a cabo el procedimiento para el reconocimiento de la condición

⁵ XIV Jornadas Migratorias del Instituto Católico de Migraciones, Santiago, julio de 2012, Instituto Católico Chileno de Migración (INCAMI).

de refugiado en Chile. Por último, es relevante mencionar que se trata de un procedimiento administrativo, donde la potestad del Estado y sus funcionarios contrasta con la de los administrados, que, en este caso, son personas extranjeras que se encuentran en situaciones de particular vulnerabilidad por haberse visto obligadas a abandonar el país de su nacionalidad o residencia para proteger su vida, su libertad o su integridad personal. Por ello, el Estado debe esforzarse por llevar a cabo el proceso de asilo respetando los estándares del debido proceso.

Para responder a las preguntas enunciadas, este artículo utiliza información disponible en el sitio web del Departamento de Extranjería y Migración, material solicitado a través del ejercicio del derecho de acceso a la información y casos a los que tiene acceso en virtud del trabajo de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.⁶ La Clínica permite al equipo de trabajo conocer de manera directa las necesidades de esta población y evaluar la respuesta estatal. El funcionamiento mediante entrevistas y trabajo con organizaciones que ofrecen atención psicológica y social, proporciona instancias para observar, interrogarse y considerar estrategias jurídicas. A su vez, la respuesta estatal a los recursos administrativos y judiciales presentados permite evaluar la eficacia de la protección judicial.⁷

El artículo se divide en cuatro secciones. En la primera, se ofrecen elementos para entender y considerar al refugio como una institución de protección desde la óptica del derecho internacional y su desarrollo normativo y práctico en Chile. En la segunda parte se analiza la definición de refugiado bajo la cual se trabaja en Chile para reconocer el derecho de asilo. A continuación, en la tercera sección, se describe y analiza el procedimiento para solicitar asilo y el procedimiento que termina con el reconocimiento de la condición de refugiado o el rechazo de la misma; en la cuarta parte, se consideran elementos de la integración de los refugiados en Chile que se relacionan directamente con la protección y garantía de sus derechos humanos, tales como el derecho a la no discriminación, al trabajo, a la salud, a la vivienda y a la educación, entre otros. A partir de lo anterior, se formulan conclusiones y recomendaciones.

6 La Clínica ofrece información, orientación y representación a personas que quieren solicitar a asilo, a las y los solicitantes de asilo, a las y los refugiados, y a las y los refugiados reasentados en Chile. Este trabajo se realiza en el marco del curso de clínica jurídica, con la colaboración de alumnos de derecho y mediante el trabajo de investigadores.

7 La Clínica funciona como un curso obligatorio de la malla de derecho, para el cual hay varias opciones, entre ellas la clínica de migrantes y refugiados. Este programa clínico ofrece orientación, atención y representación a personas extranjeras y a chilenos que se encuentran en el exterior. Los alumnos manejan los casos de manera individual con la supervisión de ayudantes y de la profesora a cargo. En promedio, el volumen de causas abiertas es de 110 de migrantes y 80 de refugiados.

1. EL REFUGIO: UNA INSTITUCIÓN INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se adoptó en 1951 en el marco del espíritu de arrepentimiento posterior a la Segunda Guerra Mundial y del convencimiento de la necesidad de desarrollar instituciones internacionales para la protección de las personas, cuando los Estados nacionales no pueden o no quieren protegerlas. En 1967 se adoptó un Protocolo a dicha Convención, que tiene por objeto ampliar el marco de protección incluyendo no solo situaciones ocurridas hasta la fecha de su adopción, es decir, los refugiados de la Segunda Guerra Mundial, sino también nuevas situaciones que generan éxodos masivos o huidas individuales o familiares de personas que necesitan protección. El Estado de Chile ratificó la Convención el 28 de enero de 1972 y el Protocolo de 1967 el 27 de abril de 1972.

La tradición de Chile sobre el refugio se vio truncada en sus comienzos durante la dictadura, periodo en el cual Chile se convirtió en un país expulsor de nacionales y extranjeros. Luego del retorno a la democracia, de manera paulatina Chile se convirtió en un país de recepción de migrantes y refugiados. En los últimos diez años aumentó de manera significativa el número de solicitudes de asilo, a la vez se iniciaron programas de reasentamiento. Paralelamente a lo anterior, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados estableció una representación en el país que tiene por objeto asesorar al gobierno y apoyar los procesos de la sociedad civil para asistir a la población refugiada en el país.

El concepto básico de refugio es el ofrecer a una persona protección en un Estado cuando el de su nacionalidad o residencia le niega esa protección. La idea esencial de la Convención es establecer una obligación internacional de proteger a esas personas, que no pueda ser ignorada por un Estado en función de sus relaciones internacionales, intereses comerciales, geopolíticos o de otra índole.

La protección esencial que se ofrece a los refugiados se materializa en la no devolución, considerada un principio angular del derecho internacional de los refugiados, que ampara a una persona desde que solicita refugio y luego de que se le reconoce la condición de refugiada, durante todo el tiempo de su permanencia en el país.⁸ La garantía del principio de no devolución impide que una persona sea devuelta en el marco de un proceso migratorio o de extradición a un país –el de su nacionalidad o residencia– donde ella teme por su vida, libertad o seguridad. El principio de no devolución no solo está garantizado en la Convención de 1951, sino también en la Convención contra la Tortura.⁹

8 Art. 33 de la Convención de 1951.

9 Art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰ también consagra el principio de no devolución. Este último conlleva la posibilidad de denunciar violaciones a este elemento, lo que forma parte de la libertad de movimiento ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.¹¹

La Ley 20.430 consagra el principio de no devolución de manera amplia y detallada, garantizando que una persona no será devuelta y que tampoco se aplicará una prohibición de ingreso en su contra. Se trata de un elemento positivo de este cuerpo legal. La normativa sobre la expulsión y la no sanción por ingreso clandestino y permanencia irregular¹² complementa el principio de no devolución.

Un segundo principio esencial para la protección de los refugiados es el de la confidencialidad, que tiene por objeto proteger no solo el derecho a la privacidad sino también hacer más efectiva la protección que brinda el refugio, por cuanto muchas veces los refugiados aspiran a que se desconozca su paradero, para evitar futuras persecuciones en el país de acogida. Es un elemento positivo que este principio se garantice en el texto legislativo.

Un tercer principio fundamental en la protección a los refugiados es la no discriminación, el cual es consistente con normas como la recientemente promulgada ley contra la discriminación¹³ y que debe interpretarse en concordancia con las demás obligaciones internacionales en materia de no discriminación, aplicando el principio *pro personae*.

Un cuarto principio que rige la protección de los refugiados es el de la reunificación familiar. Este es un elemento esencial protegido en el derecho internacional de los derechos humanos¹⁴ y también a nivel constitucional.¹⁵ La materialización de este principio conlleva a identificar un solicitante de refugio por familia –no necesariamente el o los jefes de familia– y tratar al resto de los miembros de la familia como dependientes del o la solicitante. La misma reunificación familiar debe garantizarse cuando, posteriormente al reconocimiento de la condición de refugiado, miembros de la familia ingresan a Chile y buscan acogerse a la situación migratoria de ese miembro de familia. Muchas veces, la reunificación familiar debe esperar a que el refugiado haya logrado un nivel de estabilidad económica y/o psicológica que le permita hacerse cargo de su familia.

conformidad con el artículo 27 (1).

10 Art. 22.8 de la Convención Americana.

11 Esto último es consistente con la integralidad de los derechos humanos y la posibilidad de acudir al sistema universal y regional de derechos humanos para denunciar violaciones al derecho internacional de los refugiados, siempre que ellas puedan enmarcarse en los derechos establecidos en el respectivo instrumento, según el marco de exigibilidad previsto.

12 Arts. 5 y 6 de la Ley 20.430.

13 Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación.

14 Art. 17 de la Convención Americana.

15 Art. 1 de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El reglamento en materia de refugio, Decreto 837, agrega otros principios tales como: la no sanción por ingreso irregular, que impacta en el procedimiento por lo que se analiza en la sección 3 de este artículo; el interés superior del niño y la niña, remitiendo expresamente a la Convención sobre los Derechos del Niño;¹⁶ y la gratuitad.

A continuación, se analiza el concepto de refugio que enmarca el ámbito de protección aquí descrito.

2. CONCEPTO DE REFUGIADO

La definición de refugiado empleada en la legislación es fundamental por cuanto puede restringir o ampliar la población objeto de protección. En tal sentido, es importante destacar el esfuerzo legislativo por establecer una definición contemporánea y consistente con las obligaciones internacionales del Estado de Chile. La definición de refugiado de la ley es amplia, lo cual repercute en abrir el rango de los sujetos protegidos por el marco jurídico. Ello merece ser reconocido y valorado como una buena práctica.

La Ley 20.430, en su artículo 2, define quiénes son refugiados en los siguientes términos. En el numeral uno se incluye la definición de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, modificada por el Protocolo de 1967,¹⁷ que incluye un elemento subjetivo y otro objetivo sobre el temor fundado de persecución por los cinco motivos señalados en la Convención: nacionalidad, raza, religión, opinión política y pertenencia a un grupo social, más dos requisitos adicionales: estar fuera del país de nacionalidad y no poder o querer solicitar protección en dicho Estado. La inclusión de la definición de la Convención de 1951 en exactamente los mismos términos es un primer rasgo positivo en pos de desarrollar a nivel interno las obligaciones internacionales.

El numeral segundo incluye la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984, reafirmada en el Plan de Acción de México,¹⁸ que constituye un esfuerzo, treinta años después de la adopción de la Convención, por desarrollar un concepto más amplio de refugio e incluir a las personas que no huyen como resultado de la persecución individual, sino de situaciones generalizadas en las que su vida, in-

16 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

17 1. Quienes, por fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o no quieran acogerse a la protección de aquél debido a dichos temores. Art. 2 n° 1, Ley 20.430.

18 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984; y "Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina", Ciudad de México, 16 de noviembre de 2004.

tegridad personal o libertad corren peligro.¹⁹ La preocupación por y necesidad de ampliar la definición de refugiado obedecen a una visión pragmática que reconoce los factores y contextos en los que se producen los éxodos en masa y la búsqueda de protección en otro Estado bajo la figura del refugio. La definición ampliada por la Declaración de Cartagena contribuye también a evitar los efectos de interpretaciones restrictivas de la definición de la Convención, que excluye del refugio a personas que huyen para protegerse en contextos de agresión extranjera, conflicto armado, violencia generalizada, violación masiva de los derechos humanos y grave perturbación del orden público.

La adopción de la definición de la Declaración de Cartagena es muy positiva, ya que implica que el Estado chileno incluye dentro del ámbito de protección del refugio a personas que huyen por situaciones que inciden en la protección y garantía de su vida, integridad personal o libertad, y que no han sido víctimas de persecución individual. Estos elementos permiten ampliar la definición de refugiado a situaciones que ocurren en América Latina y el Caribe y que originan el éxodo de cientos de personas que ingresan a Chile buscando protección. Concretamente, hacemos referencia a situaciones que en la actualidad tienen lugar en Haití, Colombia, México y Venezuela.

La definición de refugiado incluye en el numeral 3 a los apátridas, quienes carezcan de nacionalidad y no puedan o no quieran regresar al país de su residencia habitual.²⁰ La inclusión de la apatriadía dentro de los motivos por los cuales es posible solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado es consistente con la Convención de 1951, que lo incluye dentro de la definición de refugiado. No obstante, la consideración de apatriadía como motivo de refugio es novedosa, teniendo en cuenta que Chile aún no ratifica las convenciones sobre apatriadía de 1954 y 1961.²¹ Este es un elemento positivo, porque puede entenderse que el Estado de Chile reconoce la vulnerabilidad en que se encuentran las personas que carecen de nacionalidad y por ello está dispuesto a brindarles protección bajo la institución del refugio.

Si bien las situaciones de apatriadía han disminuido, persisten situaciones en las que no se garantiza el derecho a la nacionalidad en Estados

19 2. Los que hayan huido de su país de nacionalidad o residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país. Art. 2º 2, Ley 20.430.

20 3. Quienes, careciendo de nacionalidad y por los motivos expuestos en los numerales anteriores, se encuentren fuera del país en que tenían su residencia habitual y no puedan o no quieran regresar a él. Art. 2 nº 3, Ley 20.430.

21 Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960, de conformidad con el artículo 39, Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 5158, Vol. 360, p. 117. Convención para Reducir los Casos de Apatridia, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961. Entrada en vigor: 13 de diciembre de 1975, de conformidad con el artículo 18, Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15, 1961.

en que impera el *ius solis*. En el contexto latinoamericano, persisten dos situaciones: la de las niñas y niños dominico haitianos, a quienes no se les reconoce la nacionalidad dominicana, lo que ha dado origen a un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;²² y el caso de los hijos de extranjeros transeúntes en Chile. Esto último es una excepción constitucional al reconocimiento de la nacionalidad en aplicación del principio de *ius solis*,²³ en virtud de la cual el Servicio de Registro Civil e Identificación y el Departamento de Extranjería y Migración han interpretado que toda persona que se encuentra en situación irregular es un transeúnte, pese a residir en el país. De esta forma, a muchos niños que nacen en Chile de extranjeros en situación irregular, se les niega la nacionalidad chilena y se les registra como “hijos de extranjero transeúnte”. Cuando los padres no pueden o no quieren registrarlos en su Consulado, estos niños viven y crecen en Chile como apátridas. Paradójicamente, pese a que el Estado chileno origina situaciones de apatriadía, ofrece, en el marco de la ley de refugio, protección para los apátridas. La protección a los refugiados por apatriadía debiera ser consistente con una interpretación restrictiva del concepto de transeúnte, de manera que no se generen casos de apatriadía en Chile.

Por último, el numeral 4 incluye dentro de su definición a los refugiados *“sur place”*, es decir, a quienes no tenían la condición de refugiado al abandonar su país de nacionalidad o residencia, pero lo son por hechos posteriores a ello.²⁴ Este último elemento marca otro avance positivo, ampliando la definición de refugiado para reconocer que las personas pueden adquirir esa condición pese a encontrarse fuera de su país.

Lamentablemente, luego de la expedición de la Ley 20.430, no se observan cambios fundamentales en las resoluciones que reconocen o rechazan el refugio. Un avance que conllevaría desarrollar el derecho de los refugiados en Chile, sería que las resoluciones identificaran claramente por qué motivo se concede o niega el refugio, dentro de los cuatro numerales del artículo 2, y a su vez identificaran los motivos dentro de los señalados en los numerales 1 y 2. Se observa que las resoluciones son más precisas al establecer los motivos para negar el refugio, pero no lo son para indicar específicamente los motivos por los cuales se reconoce dicha condición.

Por último, es importante señalar que la Ley 20.430 establece, al igual que la Convención de 1951, por los mismos motivos y con exactamente las mismas palabras, las causales de exclusión, cesación, re-

22 Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 23 Art. 10.1 de la Constitución Política de la República.

24 4. Los que, si bien al momento de abandonar su país de nacionalidad o residencia habitual no poseían la condición de refugiado, satisfacen plenamente las condiciones de inclusión como consecuencia de acontecimientos ocurridos con posterioridad a su salida. Art. 2 nº 4, Ley 20.430.

nuncia, cancelación y revocación de la condición de refugiado.²⁵ La solución legislativa de adoptar el mismo lenguaje de la Convención es loable en la medida en que permite ser consistente con los criterios de inclusión plasmados en la definición de refugiado.

3. DERECHO DE ASILO Y PROCESO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

En esta sección se desarrollan algunos elementos del proceso para la determinación de la condición de refugiado en Chile. A este respecto, resulta insuficiente analizar el desarrollo normativo del proceso, por lo que es necesario analizar su aplicación práctica.

Es importante considerar que algunas personas que buscan protección en Chile pueden ingresar como turistas; para ellas, el proceso se inicia cuando acuden al Departamento de Extranjería y Migración para solicitar el refugio. En cambio, hay otras personas a quienes no se les permite el ingreso porque no tienen visa consular, si es un requisito para su ingreso –como en el caso de los ciudadanos cubanos–, o porque no tienen el perfil de un turista, particularmente por no poder demostrar posesión de recursos económicos o la actividad económica que realizan en su país de origen. Para este segundo grupo el proceso para el reconocimiento de la condición de refugiado se inicia desde el punto fronterizo, donde deben convencer al funcionario de Policía de Investigaciones que son refugiados y que, por lo tanto, se les debe permitir el ingreso, para iniciar el procedimiento para el reconocimiento de su condición.

El proceso de refugio termina con la resolución que reconoce dicha condición o que la rechaza. El proceso de refugio también puede terminar por desestimiento. Esta opción ocurre en muchos casos por la falta de información sobre la protección que conlleva la institución del refugio o por la necesidad de resolver la situación migratoria con el propósito de avanzar en el proceso de integración. En caso de rechazo del refugio, el o la solicitante podrá permanecer el país como inmigrante, si ingresó de manera regular; si no lo hizo, se reactiva el proceso de expulsión por ingreso irregular.²⁶

3.1. No devolución

La garantía del principio de no devolución se materializa en la imposibilidad jurídica y práctica de que una persona sea devuelta al país del cual huyó. El principio de no devolución se hace efectivo en términos prácticos al garantizar a las personas que pueden permanecer en el país

25 Arts. 16, 17 y 18 de la Ley 20.430.

26 Art. 8, Decreto 837 de 2010.

de manera regular durante el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado y que no serán expulsados de este luego de que se les haya reconocido esa condición. El principio de no devolución conlleva también que dicho proceso tenga prelación sobre la sanción administrativa por ingreso irregular o un requerimiento de extradición por otro Estado.

En Chile se observa que el principio de no devolución se garantiza a quienes acceden al territorio nacional como turistas, para luego formalizar su solicitud de refugio. El Estado chileno les otorga una visa temporaria por ocho meses, que puede ser renovada mientras el procedimiento está en curso.²⁷ Al final del proceso, si se les reconoce la condición de refugiados, las personas reciben una visa de residencia permanente en el país.²⁸ El otorgamiento de una visa es insuficiente para garantizar el principio de no devolución, si esta puede ser revocada y la persona, expulsada. A partir de la información recopilada para este artículo, no fue posible identificar casos en que esto ocurriera, por lo que puede decirse que la no devolución está garantizada para las personas que se encuentran en esta hipótesis.

Sin embargo, el principio de no devolución se ve vulnerado en el contexto de quienes intentan ingresar como refugiados en los controles fronterizos. Muchas personas refieren a la Clínica de la UDP haber sido rechazadas en puntos de ingreso al territorio nacional, pese a indicar que su intención al ingresar a Chile era buscar protección. Estas personas eran nacionales de Cuba y Colombia, entre otros países.²⁹ Los rechazos de extranjeros en frontera no deben ser motivados y no queda registro de ello en el pasaporte o documento de viaje del extranjero. La práctica es tan frecuente que los mismos solicitantes de refugio describen que las empresas de transporte terrestre a través del paso fronterizo Colchane-Pisiga rehúsan llevar o cobran viaje de ida y vuelta a los colombianos afrodescendientes que contratan sus servicios, previendo que serán rechazados en la frontera.³⁰ Los relatos del rechazo en el control fronterizo en Arica-Tacna se repiten para muchos refugiados e inmigrantes en Chile. El rechazo en frontera a quienes solicitan protección o describen estar huyendo a causa de los motivos por los cuales se puede solicitar asilo, constituye una violación al principio de no devolución. Para afrontar esta violación, se debiera implementar capacitación de todos los funcionarios de la Policía de Investigaciones, como requisito para prestar funciones en los puntos de control fronterizo. Otra medida apropiada sería investigar las denuncias de violación al principio de no devolución.

27 Art. 42 de la Ley 20.430.

28 Id., art. 45.

29 Información proporcionada por la Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP.

30 Esto por cuanto se observa en dicho paso fronterizo una alta tasa de solicitudes de refugio de colombianos afrodescendientes.

En la práctica, se observa un escollo adicional para los solicitantes de asilo en Chile, que repercute en la violación del principio de no devolución: la imposibilidad de iniciar el procedimiento porque sus solicitudes de refugio no son formalizadas. A este tema en particular, pese a estar directamente relacionado con la garantía de no devolución, se hará referencia más adelante de manera independiente, por la gravedad que reviste.

El principio de no devolución es particularmente importante en el caso de solicitantes de asilo o de refugiados que son formalizados por un delito (que afrontan un proceso penal), o que son condenados, o cuyo proceso termina por sobreseimiento o por salidas alternativas, como el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del procedimiento. En el marco de la legislación migratoria vigente, el Departamento de Extranjería y Migración puede iniciar un proceso de revocación de visa y ordenar el abandono del país de una persona extranjera que haya cometido un crimen o un simple delito.³¹ El principio de no devolución impide que estas personas estén sujetas a un proceso de expulsión, lo cual en la práctica se garantiza. No obstante lo anterior, el Ministerio Público y la Policía de Investigaciones omiten diferenciar, dentro de las personas extranjeras formalizadas, entre quienes son refugiados y solicitantes de asilo, y las y los migrantes en situación regular o irregular. En la práctica, esto significa que a todos ellos se les retienen los documentos de identidad y se omite considerar el principio de no devolución en el marco del proceso penal. A este respecto, es importante destacar, como una buena práctica, el trabajo adelantado por la Defensoría Penal Pública para capacitar a sus funcionarios en esta materia, tendiente a considerar de manera oportuna el principio de no devolución en el marco del procesamiento penal. Buena práctica que debiera imitar el Ministerio Público y la Judicatura.

Dentro del análisis de la garantía del principio de no devolución, es necesario mencionar que el Decreto 837 establece la imposibilidad de solicitar asilo a quienes se encuentran sujetos a una orden de abandono o de expulsión. Deberá suspenderse o dejarse sin efecto dicha medida, para que puedan solicitar asilo y se les garantice el principio de no devolución.³² En la práctica se observa que, quienes están sujetos a estas medidas, no logran que esta quede sin efecto, de manera que puedan solicitar protección alegando que son refugiados. Esta situación genera limitaciones importantes, en particular para los refugiados *sur place*, en relación con la definición ampliada de refugio de la Declaración de Cartagena. En el marco de su trabajo, la Clínica de Migrantes y Refugiados ha tenido conocimiento de casos de personas

31 Arts. 63.2, y 64.1, en relación con los arts. 15.2 y 15.3 y 16.1 del Decreto Ley 1.094 de 1975.

32 Art. 32 del Decreto 837 de 2010.

residentes en Chile que fueron expulsadas como consecuencia de un proceso penal o una condena en su contra, quienes intentaron solicitar el reconocimiento de la condición de refugiados en consideración a la situación de inestabilidad política y social en sus países de origen (se trataba de ciudadanos colombianos, y sirios).³³ A estas personas se les impidió acceder al procedimiento de asilo, violando el principio de no devolución, pese a haber interpuesto recursos de reclamación contra la orden de expulsión ante la Corte Suprema³⁴ y haber presentado recursos de amparo.

3.2. Formalización de la solicitud de refugio

Al considerar las dificultades en materia de formalización de las solicitudes de refugio resulta relevante su relación con la garantía del derecho de asilo y el principio de no devolución. Se estima necesario analizar este aspecto crucial de manera independiente, por cuanto determina quiénes logran acceder al proceso de refugio y quiénes no. Las negativas violan el derecho de asilo.³⁵

La primera etapa del proceso de refugio es la presentación de la solicitud. La ley establece que la o el refugiado debe presentar la solicitud en las oficinas del Departamento de Extranjería y Migración.³⁶ El reglamento exige la formalización de la solicitud como un requisito para la presentación de la misma.³⁷ En la práctica, esta adición ha permitido a los funcionarios agregar un paso práctico adicional: la persona narra la historia de refugio, responde a las preguntas formuladas y la o el funcionario del Departamento de Extranjería y Migración decide si le entrega o no el formulario donde puede consignar su solicitud de refugio y entregarla, logrando así formalizarla. Es decir, en la prácticas se ha creado un requisito adicional para formalizar la solicitud: la decisión del funcionario de entregar o no el formulario.

La interpretación que ha desarrollado y puesto en práctica el Departamento de Extranjería y Migración es contraria a derecho y constituye una violación al derecho de asilo. Al establecer un procedimiento irregular e ilegal para formalizar una solicitud de refugio, se limita el número de quiénes pueden solicitar refugio. La ley y el reglamento no establecen un requisito adicional, por lo que el procedimiento establecido hace nugatorio el derecho de asilo y compromete la responsabilidad del Estado por violación de la Convención de 1951 y la Convención Americana. Además, este requisito extralegal conlleva

33 Información suministrada por la Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP.

34 Art. 89 Decreto Ley 1.094 de 1975.

35 Art. 22.7 de la Convención Americana.

36 Arts. 26 - 28, Ley 20.430.

37 Art. 36, Decreto 837 de 2010.

prácticas discriminatorias, por cuanto son las personas con un menor nivel de instrucción las que tienen mayores dificultades para plantear de manera coherente el motivo de persecución o que se encuentran viviendo una situación enmarcada en la Declaración de Cartagena, lo que genera mayores dificultades para que los funcionarios estatales les permitan formalizar la solicitud. A quienes no les permiten formalizar la solicitud, se les indica que no son refugiados y que deben intentar regularizar su permanencia en Chile como inmigrantes. Varias personas refugiadas narraron a la Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP la imposibilidad de lograr formalizar su solicitud de refugio, pese a su insistencia, a haber acudido en varias oportunidades e incluso a haber presentado solicitudes por escrito, dando cuenta de los hechos que sustentan su necesidad de protección.

En julio de 2011, la Fundación Ciudadano Inteligente presentó una solicitud de información al Ministerio del Interior preguntando por el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, las razones para negar a una persona el ingresar a este procedimiento y el rol del gobernador en él. En la respuesta, el Ministerio reiteró el marco normativo vigente y afirmó que toda solicitud debe tramitarse de acuerdo a dicho marco. El rol de los gobernadores es el de tomar conocimiento de las solicitudes presentadas en las gobernaciones provinciales.

Esta respuesta reafirma que el procedimiento establecido en el Departamento de Extranjería no tiene sustento legal. Es necesario que se revise la práctica actual de manera que esta sea acorde con el marco normativo y con las obligaciones internacionales del Estado de Chile. Establecer requisitos extralegales para limitar el número de solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado no es la forma de desincentivar o de controlar y resolver las solicitudes sin fundamento.

3.3. Consideración a situaciones particulares

Es relevante considerar que la no discriminación conlleva establecer diferencias de trato cuando las personas se encuentren en situaciones que ameritan un tratamiento diferenciado. De lo contrario, se estaría tratando de manera similar a quienes se encuentran en situaciones diferentes. La Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP da cuenta de casos en los que se omite considerar la situación de salud mental del solicitante de refugio. Muchas veces se cuestiona la credibilidad de un solicitante y no se le permite formalizar la solicitud de refugio, omitiendo considerar que sufre de un cuadro de estrés post traumático que le impide expresar sus emociones, asumiendo que no asiste a una entrevista por falta de interés y no por sufrir de depresión, o que sufre de un nivel importante de inmadurez psicológica, entre otros.

3.4. Reunificación familiar y protección del interés superior del niño y la niña

Muchos de los solicitantes de asilo ingresan a Chile solos, para, en un momento posterior, viajar los miembros de su familia a reunirse con ellos. La Ley 20.430 establece el criterio para reconocer la protección bajo la figura de reunificación familiar, consistente en la existencia de un genuino vínculo de dependencia, y las costumbres y valores sociales y culturales de sus países de origen. En el trabajo de la Clínica de Migrantes y Refugiados se han identificado casos en los que se ha negado la reunificación familiar de hijos de solicitantes de asilo por considerar que son mayores de edad o en virtud al número de años en que madre e hijos han vivido en lugares diferentes. Estas decisiones son contrarias a la protección al principio de la reunificación familiar y a la protección del interés superior del niño y la niña, y constituyen a su vez una violación a la protección constitucional e internacional de la familia y la unidad familiar. El criterio imperante debiera ser el considerar que, a partir de la ausencia de la madre o padre, o los dos, los niños han tenido la necesidad de crear vínculos de dependencia afectiva y económica con otros adultos, a cuyo cargo hayan quedado. La resiliencia de estos niños no debiera castigarse más adelante negándoles la reunificación familiar con sus padres.

Asimismo, se observa que dada la dilación con la que se tramitan las solicitudes de refugio, incluso aquellas de reunificación familiar –que debieran tener un procesamiento más expedito–, en algunos casos los niños adquieren la mayoría de edad en el curso del proceso. La Clínica de Migrantes y Refugiados de la UDP refiere que, en algunos casos, esta mayoría de edad y el desarrollo de una actividad económica propia han sido considerados como argumentos para negar la reunificación familiar a jóvenes que apenas inician su vida adulta. Para efectos de garantizar la reunificación familiar, debiera considerarse que estos adultos jóvenes continúan necesitando el acompañamiento, guía y protección de sus padres.

A este respecto, resultará relevante la Opinión Consultiva OC-21, actualmente en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la protección de la unidad familiar en el contexto de la migración. Esta opinión consultiva ofrecerá criterios que deberán considerarse en la evaluación de solicitudes de refugio por reunificación familiar.

3.5. Ayuda administrativa e información

Pese a que el marco normativo desarrolla este elemento e insiste en la importancia de ofrecer ayuda administrativa e información, se observan algunas deficiencias en este aspecto. En particular, las personas a quienes se les reconoció la condición de refugiado antes de la adopción

del marco normativo actual y que tenían visa de residencia temporaria, han afrontado grandes dificultades para recibir la visa de residencia definitiva, según lo establece la nueva ley. Pese a la expresa derogación de las normas vigentes hasta la fecha en materia de refugio, no se estableció un procedimiento mediante el cual dichas personas recibieran una visa de residencia definitiva. Estos refugiados afrontan esperas de más de un año para recibir la visa. Este retraso administrativo es particularmente grave porque demora otros elementos de su proceso de integración en Chile, para los cuales se requiere del documento de residencia definitiva.

Otros aspectos problemáticos del procedimiento es la exigencia de elementos probatorios. Muchos de los solicitantes de refugio tienen grandes dificultades para presentar pruebas documentales sobre la persecución vivida o la situación que se enmarcaría en la definición de la Declaración de Cartagena. En este aspecto, la asistencia jurídica, el acceso a información y la atención de salud mental pueden ser esenciales para obtener elementos que contribuyan a evaluar adecuadamente las solicitudes de refugio.

3.6. Confidencialidad

El Ministerio del Interior ha tenido dificultades para compatibilizar el principio de confidencialidad establecido en la ley de refugio y en el decreto reglamentario,³⁸ con la obligación de transparencia activa. De manera inexplicable, es posible encontrar en el sitio web del Ministerio del Interior resoluciones de otorgamiento y rechazo del refugio, de concesión o renovación de visas temporarias a solicitantes de refugio, y de otorgamiento de visas definitivas a quienes se ha reconocido como refugiados bajo el marco legal anterior. La protección de la confidencialidad debiera repercutir en que dichas resoluciones no se encuentren disponibles en la web.

4. INTEGRACIÓN DE LOS REFUGIADOS EN CHILE

El reglamento de la ley de refugio establece que el Ministerio del Interior debe cumplir un rol coordinador en materia de integración de la población refugiada. El Ministerio ha concentrado en el Departamento de Acción Social (en adelante, DAS) la entrega de auxilios económicos, a través de organizaciones de la sociedad civil que atienden a la población refugiada. Estos auxilios económicos son muy útiles porque permiten a los refugiados paliar las dificultades del proceso de integra-

38 Id., art. 9.

ción. Por ello es importante reconocer y felicitar los esfuerzos estatales por ofrecer estos aportes económicos.

No obstante lo anterior, las personas refugiadas entrevistadas indican que, durante el primer semestre de 2011 y en el mismo periodo de 2012, las agencias implementadoras no contaron con los recursos del DAS, por lo que no se entregó la asistencia económica. Algunas de estas situaciones afectaron a personas que no podían trabajar por encontrarse en tratamientos de salud mental o que carecían en su totalidad de medios de subsistencia. Esta dificultad presupuestal debe superarse porque incide negativamente en el proceso de integración de los solicitantes de refugio y refugiados. Es importante recordar que los fondos del gobierno permiten sufragar gastos de manutención, atención psiquiátrica y psicológica, y medicamentos, entre otros, y por ende debieran estar disponibles durante todo el año.

El Ministerio de Desarrollo Social cuenta con herramientas legales y personal que serían más adecuados para cumplir el rol de coordinación y de dirección de las políticas sociales para la integración de las personas refugiadas. Los refugiados, al igual que resto de los extranjeros radicados en el país, deben tener cinco años de permanencia definitiva para solicitar un subsidio de vivienda. Se constatan también dificultades para acceder a la educación superior, por lo que debieran considerarse políticas diferenciadas de acceso a la educación.

Pese a los esfuerzos realizados en los últimos años, la atención en salud mental continúa siendo deficiente. Los solicitantes de refugio entrevistados destacaron la dureza e intensidad de las entrevistas de elegibilidad y no haber recibido atención psicológica luego de ellas, pese a que los obligaban a revivir experiencias traumáticas. Actualmente, los programas de asistencia social a refugiados en Santiago cuentan con psicólogos o trabajan con otras instituciones universitarias que ofrecen atención en salud mental a los solicitantes de asilo y a los refugiados, tales como el Programa Prisma de la Universidad Alberto Hurtado. Sin embargo, en el resto del país, la atención en salud mental no está incluida en los programas de atención a la población refugiada. Este es un elemento al que debe prestarse especial atención, incluyendo la colaboración del Ministerio de Salud.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El refugio es una institución dirigida a proteger a las personas que debieron abandonar su país de nacionalidad o residencia porque temen que su derecho a la vida, a la integridad personal o a la libertad sea violado. El marco jurídico en esta materia establece una serie de

principios que deben desarrollarse en el procedimiento y que deben guiar la interpretación y acción del Estado de Chile. Estos principios son: no devolución, confidencialidad, no discriminación, reunificación familiar, no sanción por ingreso irregular, interés superior del niño y la niña, y gratuidad. Resulta loable que un país con una reciente tradición de asilo desarrolle un marco legislativo contemporáneo acorde con el derecho internacional de los refugiados, que incluya una definición ampliada del concepto de refugiado.

En el procedimiento se identifican elementos importantes que merecen atención, tales como la garantía y protección del principio de no devolución, y los obstáculos que impiden la formalización de las solicitudes de refugio, dejando a muchos refugiados sin la posibilidad e ingresar al procedimiento. Esta última es la mayor falencia en la garantía del derecho de asilo en Chile. Otros elementos discutidos incluyen la consideración de situaciones particulares, la reunificación familiar, el acceso a información y ayuda administrativa, y la garantía de la confidencialidad del refugio.

En el proceso de integración se describe la necesidad de involucrar a entes estatales que estén directamente vinculados con la focalización de las políticas sociales y considerar la atención en salud mental como un componente esencial.

Por ello, se recomienda al Estado de Chile:

1. Capacitar a los funcionarios públicos sobre la protección de los refugiados e identificar, de manera práctica y completa, diversas formas en que se puede brindar esa protección, según el ámbito de funciones y competencias de éstos.
2. Capacitar a los funcionarios del poder judicial, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y la Policía de Investigaciones sobre la aplicación del principio de no devolución y el principio de no discriminación.
3. Investigar disciplinariamente los rechazos en frontera de personas que solicitaron el ingreso alegando que son refugiados.
4. Eliminar del sitio web del Ministerio de Interior las resoluciones relativas a solicitudes de refugio, tanto las que otorgan y niegan el refugio como las que otorgan visa temporaria o definitiva en función de dicha condición.
5. Desarrollar elementos de diagnóstico más efectivos para evaluar la situación de salud mental de los solicitantes de asilo y así procesar adecuadamente la información que otorgan en la entrevista. Promover el desarrollo de programas de atención en salud mental para los refugiados y solicitantes de refugio.
6. Procesar de manera expedita las solicitudes de reunificación familiar; considerar que los jóvenes necesitan de sus padres para

continuar su proceso de formación y desarrollo; y evaluar los vínculos de dependencia económica y afectiva, considerando que el desarrollo de vínculos con otros adultos no significa que esos menores de edad no necesitan de sus padres.

7. Mantener la asistencia económica para los solicitantes de asilo y refugiados en Chile entregada a través del Departamento de Acción Social. Revisar los procedimientos administrativos entre el Departamento de Acción Social y las organizaciones que prestan asistencia social a los refugiados y solicitantes de asilo, para canalizar la entrega de los fondos del gobierno de Chile, de manera que se pueda ofrecer asistencia económica durante los doce meses del año.
8. Involucrar al Ministerio de Desarrollo Social, en la definición y ejecución de las políticas de integración a la población refugiada, y al Ministerio de Salud en materia de salud mental. Considerar la modificación del Decreto 837 para incluir esta dependencia.
9. Eliminar las trabas y requisitos extralegales que pone en práctica el Departamento de Extranjería y Migración y que repercuten en la no entrega del formulario, lo cual impide que toda persona pueda iniciar el proceso de reconocimiento de la condición de refugiada, formalizando su solicitud.
10. Apoyar el trabajo de los programas universitarios de salud mental y promover otras alternativas, de manera que todos los solicitantes de asilo y refugiados en Chile reciban atención en salud mental adecuada y oportuna. Considerar el estado de salud mental de un solicitante de asilo para determinar si puede ser entrevistado, evaluar el contenido de las respuestas y ofrecer apoyo psicológico luego de la entrevista de elegibilidad.
11. Agilizar los procesos de expedición de visa de residencia definitiva a los refugiados que recibieron visa temporaria en el marco de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 20.430. Mejorar el acceso a información de los solicitantes de refugio.

**EMPRESAS,
MEDIO AMBIENTE
Y DERECHOS
HUMANOS:
LA ZONA
INDUSTRIAL DE
QUINTERO-PUCHUNCAVÍ***

* Capítulo elaborado por Dominique Hervé, Judith Schönsteiner, Sylvana Mariangel e Ignacia Mewes. Agradecemos el apoyo de las ayudantes Consuelo Navarro y María Jesús Valdés en la elaboración de este capítulo, así como la asistencia de Paula Candia. Sylvana Mariangel participó como co-autora en la investigación y redacción del informe hasta junio de 2012.

SÍNTESIS¹

La situación ambiental en la zona de Ventanas, Región de Valparaíso, generada por la instalación y funcionamiento de su Parque Industrial –inaugurado en 1961–, constituye un caso paradigmático de injusticia ambiental y violaciones a los derechos humanos por parte del Estado de Chile y de las empresas que funcionan en el lugar. Uno de los casos de mayor notoriedad pública del último tiempo fue lo acontecido a raíz de la emanación de una nube tóxica en 2011 proveniente de una de las chimeneas de la Fundición de Codelco División Ventanas, lo que generó que la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados comenzara a investigar la participación y responsabilidad de Codelco en la contaminación del lugar. El capítulo describe brevemente la situación ambiental existente en la zona y analiza las eventuales responsabilidades del Estado y de las empresas involucradas en la afectación de los derechos a la vida, salud y medio ambiente sano de los habitantes del lugar y trabajadores, desde una perspectiva de justicia ambiental y de responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Ventanas, Responsabilidad empresarial, Contaminación, Justicia ambiental.

¹ Este capítulo contempla hechos ocurridos antes del 15 de julio de 2012.

INTRODUCCIÓN

Los capítulos de medio ambiente de los *Informes* 2008, 2009, 2010 y 2011 abordaron la vinculación de la justicia ambiental en general con los derechos humanos y, en particular, con el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la participación y acceso a la información. Ese análisis se efectuó a través de diversos casos de contingencia nacional en los que se identificó la ausencia de elementos fundamentales de justicia ambiental que –desde el enfoque de los derechos humanos– constituían una clara vulneración de estos últimos por parte del Estado.² Asimismo, el capítulo de empresas y derechos humanos del *Informe* de 2010 introdujo las responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos, mediante la evaluación de las políticas de derechos humanos declaradas por las empresas del Consejo Minero en sus páginas web e informes anuales.³

El objetivo de este capítulo es reunir, en un solo análisis, los enfoques de la justicia ambiental y de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Para ello se abordará el caso de la contaminación en Ventanas, en la Región de Valparaíso, que reúne los elementos y las dimensiones de la injusticia en materia ambiental y que durante este último año ha cobrado especial notoriedad a raíz de incidentes específicos de contaminación. Se evaluará la responsabilidad estatal en el caso y se introducirá un elemento adicional a la discusión: la responsabilidad que cabe a las empresas en este tipo de situaciones. El análisis no solamente servirá para entender la situación de derechos humanos en la misma localidad estudiada, sino también en general para delimitar, de manera preliminar, las responsabilidades estatales, empresariales y de las empresas públicas.

2 Ver en particular el análisis del caso de Rinconada de Maipú en el *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2010*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2010. (En adelante, *Informe*). La justicia ambiental se manifiesta básicamente a través de dos dimensiones: la de justicia distributiva y la de justicia participativa. Ambas dimensiones han sido abordadas en los capítulos de años anteriores, en cuanto a su vinculación con los derechos humanos.

3 *Informe 2010*, p. 427 y ss.

Finalmente, el capítulo aborda cómo tratar responsabilidades históricas y multicausales de contaminación.

Clarificador para el logro de nuestro objetivo resulta el precedente que ha establecido el sistema interamericano de derechos humanos en el caso de La Oroya en Perú. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) resumió los hechos como siguen, en el informe que declaró admisible el caso: “Los peticionarios alegaron que la contaminación ambiental en La Oroya provocada por el complejo metalúrgico que allí funciona –administrado por el Estado hasta 1997, cuando fue adquirido por la empresa estadounidense *Doe Run*– ha generado una serie de violaciones a los derechos de las presuntas víctimas, debido a acciones y omisiones estatales, en particular, el incumplimiento de normas en materia ambiental y de salud, y la falta de supervisión y fiscalización de la empresa que opera el complejo.”⁴ En 2007, la CIDH había otorgado medidas cautelares a favor de los habitantes de La Oroya, enfatizando especialmente la inminencia de daños graves a la salud de los niños, lo que justificaba la adopción urgente de estas medidas.⁵

Se comenzará el capítulo con una explicación de la situación ambiental de la zona de Puchuncaví y Quintero –nuestro caso de análisis– y los efectos sobre la salud y vida de las personas que allí viven y trabajan. Luego se procederá a analizar los estándares de derechos humanos aplicables y a evaluar su aplicación en concreto en este caso, detallando las responsabilidades estatales, de las empresas estatales y de las empresas privadas. Los criterios de análisis se podrán extraer a situaciones similares.

1. SITUACIÓN AMBIENTAL DE LA ZONA DE VENTANAS

El Parque Industrial de Ventanas –que se emplaza entre los límites de las comunas de Puchuncaví y Quintero, fuera del área urbana de ambas comunas– fue inaugurado en febrero de 1961 como un “polo de desarrollo”⁶ económico importante y una fuente significativa de trabajo para el sector.⁷ Sin embargo, en los más de 50 años que han transcurrido hasta la fecha, esta zona industrial se ha convertido en un sector donde la población ha debido enfrentar una importante cantidad de externalidades negativas sobre la salud de las personas y el

4 CIDH, *Informe no. 76/09, Petición 1473-06, Admisibilidad, Comunidad de La Oroya vs. Perú*, 5 de agosto de 2009, párr. 2.

5 CIDH, *Informe anual 2007*, párr. 9.

6 Francisco Sabatini y otros, “Otra vuelta a la espiral: El conflicto ambiental de Puchuncaví bajo democracia”, *Ambiente y Desarrollo*, 12(4), p. 31, 1996.

7 Tania Muñoz y Claudia Pool, “En el oleaje del olvido: Un rescate a la tradición cultural de los pescadores artesanales de la localidad de Las Ventanas”, *Pescadores Artesanales de Caleta Ventanas*, 2011, p. 68.

medio ambiente. Así, del total de industrias que actualmente funcionan en el Parque, siete están calificadas como peligrosas y tres como contaminantes.⁸

1.1. Contaminación atmosférica

La contaminación del aire en la zona es crítica desde hace décadas.⁹ En un comienzo, se pensó que las características geográficas y climáticas del lugar harían frente a los efectos contaminantes producidos por la actividad industrial. Sin embargo, ello no fue así, principalmente a raíz del aumento de las áreas habilitadas para dicha actividad. El parque industrial que a la década del sesenta contaba con solo dos empresas funcionando (la Refinería y Fundición Ventanas de la Empresa Nacional de Minería, Enami, actualmente en manos de Codelco División Ventanas, y la Central Termoeléctrica de Ventanas de propiedad de Chilgener S.A., actual AES Gener S.A.), en la actualidad cuenta con más de 15 industrias entre las que destacan empresas energéticas, de combustibles, químicas y cementeras.¹⁰

La gravedad de la contaminación atmosférica en la zona adquirió notoriedad durante 2011 a raíz de varios episodios de emanaciones tóxicas que generaron impactos inmediatos en la salud de la población.¹¹ En efecto, uno de los episodios de mayor cobertura mediática fue el acontecido el 23 de marzo de 2011 en La Greda, producto de las emisiones de la chimenea de la Fundición de Codelco División Ventanas.¹²

Este hecho generó que la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados se constituyera en calidad de investigadora a fin de indagar la participación y responsabilidad de Codelco –única empresa respecto de la cual tiene competencia– en la contaminación ambiental del lugar.

Tras el episodio de las emanaciones tóxicas desde la chimenea de la estatal Codelco, los habitantes respondieron con la interposición de

8 Hacemos presente que no existen datos oficiales del número exacto de empresas que actualmente opera en el complejo industrial. Las cifras dadas por el *Informe de la Comisión Investigadora sobre la participación de CODELCO y otras empresas asociadas en la contaminación ambiental en la Zona de Puchuncaví y Quintero*, aprobado por la Cámara de Diputados en la 142^a sesión, del 8 de marzo de 2012, (en adelante, *Informe de la Comisión*), son contradictorias.

9 Para detalles sobre la contaminación atmosférica en Ventanas, ver páginas web del Sistema de Información Nacional de Calidad del Aire (SINCA) y de la Seremi de Salud de la Región de Valparaíso.

10 Para mayores detalles acerca de las empresas emplazadas en el lugar, ver *Informe de la Comisión*, pp. 4-7.

11 Cooperativa.cl: “Minsal ordenó clausura de escuela de Puchuncaví tras intoxicación de estudiantes”, 23 de marzo de 2011.

12 La Fundición inició su funcionamiento en 1964, a cargo de la Empresa Nacional de Minería (Enami); el Estado decidió transferir Ventanas a Codelco en 2005, en virtud de la Ley 19.993 de 2004, cambiando su nombre a Codelco División Ventanas. Nada se indicó en la ley sobre lo que ocurriría respecto de eventuales responsabilidades ulteriores de la empresa. Solicitamos el contrato de transferencia al Ministerio de Minería, y a las empresas Enami y Codelco, pero no nos fue proporcionado.

seis recursos de protección¹³ por parte de particulares,¹⁴ el movimiento *Por el derecho a la vida*¹⁵ y también por los municipios cercanos¹⁶ interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Los recursos fueron rechazados,¹⁷ argumentando que "lo producido el día 23 de marzo pasado, es un hecho único, respecto del cual se tomaron todas las providencias por la recurrida una vez producido el suceso".¹⁸ El tribunal no se refirió a la "situación permanente de daño que se consuma y renueva a diario" alegada por los recurrentes, por encontrarse fuera del objeto del recurso.¹⁹ Además, se presentaron acciones penales contra quienes resultaran responsables por el incidente del 23 de marzo de 2011.²⁰

En relación con estos hechos, Codelco reconoció en 2012, ante la amenaza de cierre de la Fundición por parte del Ministerio de Salud,²¹ que "Ventanas es una fundición antigua y, por lo mismo, tiene problemas en los convertidores, los que al tener que darlos vuelta, salen emanaciones de gases fugitivos que no se están capturando. Eso es lo que hay que mejorar, pero no vamos a cerrar una fundición por eso".²²

Otro impacto de la contaminación atmosférica se detecta en la situación que viven los ex trabajadores de la Fundición Ventanas, los que han enfermado progresivamente y fallecido a causa de enfermedades como cáncer, que se estima están vinculadas a su actividad laboral en la Fundición. Así, denuncian la deficiencia de las condiciones laborales existentes en la época en que estaban empleados en la Fundición. Los registros fotográficos de la época avalan la versión de que los trabajadores realizaban sus labores sin protección.²³ Los antecedentes objetivos disponibles revelan que "durante los últimos 10 años, han fallecido más de 100 ex funcionarios de la estatal minera, que se han visto expuestos por tiempos prolongados a distintos tipos de metales pesados, tales como plomo, mercurio y arsénico",²⁴ durante el ejercicio de su jornada laboral en las faenas mineras.

13 Las causas fueron acumuladas bajo el rol 179-2011 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

14 Recursos de protección del 25 de marzo de 2011 bajo los roles 179-2011 y 180-2011, y del 1 de abril de 2011 bajo el rol 204-2011.

15 Recurso de protección del 31 de marzo de 2011 bajo el rol 196-2011.

16 Recursos de protección del 7 de abril de 2011 bajo el rol 220-2011 y del 24 de abril de 2011 con el rol 257-2011.

17 Corte Suprema, rol 5370-2011, del 21 de noviembre de 2011.

18 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 179-2011, del 24 de mayo de 2011, considerando 11°.

19 Id., considerando 15°.

20 Informe Sustentable: "Formalizan a ejecutivos de Codelco por contaminación en La Greda", 15 de marzo de 2012.

21 LaTercera.cl: "Acuerdo de última hora evita que Minsal cierre fundición Ventanas", 27 de noviembre de 2011.

22 La Tercera: "FTC de Codelco afirma que gobierno tenía listo decreto para cerrar Ventanas", 26 de abril de 2012.

23 Fotografías presentadas a la Comisión Investigadora. LaOtraVoz.cl: "Viuda que perdió a su marido por contaminación en Puchuncaví: Codelco está sordo, ciego y mudo", 26 de abril de 2012.

24 Emol.com: "Presentan recurso de protección por muertes de ex funcionarios de Enami Ventanas", 30 de julio de 2009.

Cabe tener presente que los trabajadores de Codelco hoy señalan que las condiciones de seguridad laboral al interior de la empresa estatal son distintas. En este sentido, la empresa estatal, a través de su último *Reporte de sustentabilidad 2011*, da cuenta de la inversión en esta materia bajo el “proyecto estructural de seguridad y salud ocupacional”, para el control, por ejemplo, de enfermedades como la silicosis.²⁵

1.2. Contaminación de los recursos marinos

Otra de las externalidades negativas que han afectado a la comunidad, en especial a los pescadores artesanales, es el efecto contaminante que la actividad industrial de la zona ha causado en los recursos marinos.²⁶ Esta contaminación genera problemas medioambientales de diversa índole. En este capítulo solamente nos enfocamos en las consecuencias para las personas, en cuanto podrían afectar sus derechos humanos. En efecto, la contaminación del sector ha intervenido en el normal desarrollo de la pesca, provocando la revocación de patentes por los altos niveles de metales pesados detectados en los productos marinos de consumo humano.²⁷ En 1999, el Servicio de Salud prohibió la venta de ostras y choritos que el sindicato de pescadores cultivaba en caleta Ventanas producto de los altos niveles de cobre detectados.²⁸ En 2000, el mismo Servicio detectó presencia de cobre, cadmio y arsénico en locos y lapas del área de manejo de la caleta.²⁹

Cabe señalar que esta contaminación persiste hasta hoy en día. Estudios efectuados por Oceana en marzo de 2012 demuestran el nivel de contaminación de los recursos marinos en las cercanías del complejo industrial de Ventanas.³⁰ Por otro lado, fiscalizaciones efectuadas por la Gobernación Marítima de Valparaíso a fines de 2011 detectaron altos niveles de selenio en los efluentes que vierte a la bahía de Quintero la planta de tratamiento de residuos industriales líquidos (riles) de la fundición de Codelco Ventanas, los que superarían hasta 40 veces los límites permitidos por el Decreto Supremo (D.S.) 90 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que regula las descargas de riles al mar.³¹

Cabe señalar, también, que las principales denuncias en esta materia dan cuenta de la aparición reiterada de varamientos de carbón en la bahía, posiblemente relacionados con la desaparición y pérdida de importantes poblaciones de recursos pesqueros, además de la mortandad

25 Codelco, *Reporte de sustentabilidad 2011*, pp. 23-24.

26 Muñoz y Pool, op. cit., p. 70.

27 Sindicato de Pescadores Artesanales de Caleta Ventanas, *Carpeta informativa situación socioeconómica y ambiental Caleta Ventanas*, mayo de 2012. Copia en poder de las autoras.

28 *Informe de la Comisión*, p. 32.

29 Id.

30 Los lugares son la playa El Tebo, La Churra, La Virgen y Bajo La Boca.

31 *El Mercurio*: “Detectan alto nivel de selenio en riles que la Planta de Codelco en Ventanas vierte al mar”, 2 de junio de 2012.

de diversos tipos de peces.³² Esta situación ha generado la emigración de un número considerable de pescadores de la caleta Ventanas a otras regiones del país.³³

Tal como se deduce de lo expuesto, la situación ambiental en la zona ha generado efectos sobre la vida, salud, trabajo, educación y calidad de vida de la población de Ventanas. Ello implica que una pequeña proporción de habitantes de la V Región ha debido soportar las cargas ambientales provenientes del desarrollo industrial proyectado por las autoridades como política nacional y regional en el ámbito económico y territorial. Tal situación de injusticia ambiental ha sido sobrellevada por esta comunidad sin reparación ni compensación adecuada. A continuación se analizarán las responsabilidades de los diversos actores que intervienen en la generación de esta situación.

2. RESPONSABILIDADES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS DIFERENTES ACTORES

Considerando el complejo panorama existente de, por un lado, actores estatales de diferentes niveles –gobierno nacional, gobierno regional, municipalidades; congreso; y tribunales de justicia– y, por otro lado, actores empresariales –nacionales, extranjeros y estatales–, es imprescindible clarificar las obligaciones y responsabilidades de derechos humanos que corresponden a cada uno de estos actores.

2.1. Obligaciones estatales y obligaciones empresariales

Es deber del Estado, según los tratados internacionales de derechos humanos, “respetar y garantizar” el goce de los derechos humanos consagrados en aquellos (Art. 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH). Eso significa, en concreto, una obligación del Estado de regular, planificar y fiscalizar toda actividad privada, incluida la económica, que puede constituir una violación a los derechos humanos. Además, el Estado debe proporcionar acceso a la justicia para decidir sobre alegaciones de violaciones de derechos humanos. Finalmente, el Estado debe reparar el daño a los derechos humanos causado por sus propios agentes, incluyendo también el incumplimiento de la obligación de “garantizar” el goce de los derechos humanos.

El segundo elemento –respetar–, implica lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) ha llamado la obligación de “cumplir” o “hacer efectivos” los derechos, a través de políticas públicas en las áreas, por ejemplo, de salud, pensiones, educación y

32 Carpeta informativa Situación..., op. cit., p. 7

33 Id., p. 44.

vivienda, y también en cuanto a derechos civiles y políticos como el derecho a la participación política. En este contexto también se está discutiendo la obligación del Estado de destinar una parte proporcional de las ganancias de las empresas estatales a las políticas públicas relacionadas con los derechos humanos.³⁴

Como explicitamos en el *Informe 2010*, y como reiteró el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos (Representante Especial), John Ruggie, en 2011,³⁵ la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos “significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”³⁶ En lo concreto, esto implica que

...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; [y que] (...) 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.³⁷

La responsabilidad de respetar los derechos humanos por parte de las empresas conlleva una obligación para estas de “no (...) menoscabar la capacidad de los Estados para cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos, ni emprender acciones que puedan debilitar la integridad de los procesos judiciales”³⁸

Como herramienta para cumplir con estas responsabilidades, el Representante Especial insta, en la observancia de la debida diligencia, a un estándar de conducta constituido por tres elementos.³⁹ Una empresa actúa con debida diligencia en el ámbito de derechos humanos si:

- define una política de derechos humanos que cubra por lo menos los derechos codificados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los dos Pactos sobre derechos hu-

34 Este tema no se puede profundizar en este capítulo.

35 Para una crítica del marco conceptual de los Principios, ver Geneviève Paul y Judith Schönssteiner, *Corporate Accountability in the Framework of the Special Rapporteur on Business and Human Rights*, Routledge, 2012 (en preparación).

36 Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, 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”*, 21 de marzo de 2011, Principio 11.

37 Id., Principio 13.

38 Id., Comentario al Principio 11.

39 Id., Principio 15. En informes anteriores se consideraban cuatro elementos, el cuarto siendo la publicidad sobre los impactos.

manos y los estándares fundamentales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

- conduce una evaluación periódica del impacto real y potencial de las actividades de la compañía sobre los derechos humanos, integrando la política de derechos humanos en todas las divisiones y áreas de la empresa, con sistemas internos de control y supervisión.
- instala un proceso de monitoreo y auditorías de los impactos sobre derechos humanos, normalmente a través de reportes de sustentabilidad.⁴⁰

Se argumenta que haber aplicado los procesos de debida diligencia puede, en ciertas situaciones, constituir evidencia que la empresa no ha actuado de manera negligente.⁴¹ No obstante, la debida diligencia no parece excusar un actuar delictivo o temerario que resulte en una violación de los derechos humanos.

El Representante Especial explicó que la responsabilidad de la empresa es independiente de si el Estado cumple o no su propia responsabilidad de respetar y garantizar los derechos humanos.⁴² Es útil destacar, además, que la responsabilidad de proporcionar recursos no judiciales de solución de conflictos y la responsabilidad de reparación son compartidas entre la empresa y el Estado.

Finalmente, las empresas multinacionales deberían también observar las Directrices de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para Empresas Multinacionales, tal como fueron actualizadas en 2011. Esas Directrices recogen los estándares de derechos humanos planteados por Ruggie, agregando una institucionalidad específica para su supervisión, el Punto Nacional de Contacto. Abarcan, además, estándares ambientales, laborales, de corrupción, etc.⁴³

2.2. Obligaciones de las empresas estatales

Aunque no hay todavía total claridad en el derecho internacional sobre el alcance de la obligación del Estado de respetar los derechos humanos que podrían ser violados por las empresas estatales, la existencia de esta obligación usualmente no se discute y ha sido reconocida por el mismo Congreso de la República⁴⁴ y el Representante Especial Ruggie.

40 John Ruggie, *Further Steps Toward the Operationalization of the 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, 9 de abril de 2010, párr. 83. (Énfasis añadido)

41 Véase Lucien Dhooge, "Due Diligence as a Defense to Corporate Liability Pursuant to the Alien Tort Statute", *Emory International Law Review*, 22 (455), 2008.

42 *Principios Rectores...*op. cit., Comentario al Principio 11.

43 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 25 de mayo de 2011.

44 *Informe de la Comisión*, ver nota 11.

En el comentario al principio 4, Ruggie especifica esta responsabilidad estatal, explicando que, “cuando una empresa está controlada por el Estado o cuando sus actos pueden atribuirse por alguna otra razón al Estado, una violación de los derechos humanos por esta empresa puede implicar una violación de las obligaciones conforme al derecho internacional del propio Estado”. Se aplica aquí la consideración de la proximidad o dependencia de la empresa del Estado, evidenciada, por ejemplo, en el control que tienen los órganos estatales sobre las decisiones que se toman en la empresa y el apoyo tributario que esta recibe. En este sentido, “cuando los Estados poseen o controlan las empresas, tienen mayores medios a su disposición para hacer cumplir las políticas, leyes y reglamentos en relación con el respeto de los derechos humanos”.⁴⁵

El *Informe de la Comisión* ha reconocido la responsabilidad del Estado por el actuar de sus empresas. Por una parte, constata que el Congreso tiene atribuciones para investigar el actuar de Codelco como empresa estatal. Así, la Comisión explicita que “la contaminación de la zona se debe a un conjunto de factores que no son atribuibles a una actividad única como sería la desarrollada por Codelco pero hace constar que solo tiene atribuciones para fiscalizar e investigar actos de empresas públicas o de gobierno”.⁴⁶ Por otra parte, cabe mencionar que la estructura de control sobre la toma de decisiones en la cuprífera estatal⁴⁷ sugiere que efectivamente la entidad responde a una lógica de derecho público, además de funcionar dentro del marco del derecho corporativo. Así, se genera responsabilidad internacional directa e indirecta del Estado, en cuanto a los riesgos no controlados de afectación de los derechos humanos.

3. ANÁLISIS

Dividimos el análisis entre las responsabilidades del Estado, de la empresa estatal y de las empresas privadas, enfocándolo principalmente en los derechos a la salud, a la vida, a un medioambiente sano y a la

45 *Principios Rectores...*, op. cit., Comentario al Principio 4.

46 *Informe de la Comisión*, nota 11, p. 2. En efecto, la Comisión no tiene estas atribuciones con respecto a una empresa privada, donde la fiscalización compete a los órganos administrativos y judiciales encargados de supervisar el actuar de los diversos actores de la sociedad.

47 Estatutos de Codelco, Decreto 37 del 26 de marzo de 1976, modificado por Decreto 146 del 25 de octubre de 1991 del Ministerio de Minería. En cuanto a la estructura orgánica, cabe recordar el proceso de selección de los miembros del directorio, que “(...) está compuesto por nueve integrantes designados de acuerdo a normas establecidas en la Ley No. 20.392, promulgada el 4 de noviembre de 2009; tres directores nombrados directamente por el Presidente de la República; cuatro directores designados a partir de una quina seleccionada por el Consejo de la Alta Dirección Pública; un director escogido a partir de una quina presentada, en conjunto, por la Federación de Trabajadores del Cobre (...), y un director elegido de una quina presentada, en conjunto, por la Federación de Supervisores del Cobre (FESUC) y la Asociación Nacional de Supervisores del Cobre (ANSCO)”.

vivienda. Destacamos que hay una íntima vinculación entre los derechos a la salud y la vida, y el derecho a un medio ambiente sano, el cual está garantizado por la Constitución chilena en su artículo 19 nº 8. Según el artículo 29 de la CADH, en caso que la protección interna de un derecho sea más protectora que el derecho internacional, las disposiciones internas aplican. En tal sentido, incorporamos la consagración del derecho a vivir en un medioambiente sano a nuestro análisis. Finalmente, si la contaminación afectara la accesibilidad del derecho a la educación, nos encontramos frente a una violación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

3.1. Responsabilidad estatal internacional

Expondremos en esta sección en qué medida el Estado no ha cumplido con su deber de prevenir la vulneración de los derechos a la vida, salud y a vivir en un medioambiente sano, y cómo ha infringido su deber de reparar los perjuicios que las personas afectadas por la contaminación han sufrido en el pasado. El propio *Informe de la Comisión* así lo concluye y sostiene que el Estado chileno tiene responsabilidad por la contaminación y los efectos generados en la zona de Ventanas.⁴⁸

3.1.1. Prevención

El derecho a la salud está consagrado en el artículo 12 del PIDESC que Chile ratificó en 1972. El Comité DESC ha explicitado el contenido y alcance de este derecho en su Observación General No. 14. Allí ha determinado que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”.⁴⁹ De manera más específica, explica que “el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial”⁵⁰ implica “la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; (...) la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos”.⁵¹ El mismo derecho está también especificado en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando el Estado haga el ejercicio de ponderar los diferentes

48 *Informe de la Comisión*, nota 11, pp. 88-91.

49 Comité DESC, *Observación General 14, Derecho a la vivienda*, E/1992/23, 1991, párr.1. En adelante *Observación General 14*.

50 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12.2b.

51 *Observación General 14*. Ver nota 58, párr. 15.

intereses involucrados en una situación tal como la que enfrentamos en la Bahía de Quintero, tiene que siempre poner especial énfasis en el hecho que el interés superior del niño probablemente requiere medidas más protectoras y estrictas contra la contaminación que aquellas necesarias para adultos.

Existen diversas herramientas que el Estado puede utilizar para prevenir vulneraciones al derecho a la salud –y a otros derechos, como consecuencia de la vulneración de este– de los habitantes de Ventanas. En particular, son relevantes en este caso la planificación territorial, el establecimiento de una normativa más exigente respecto de la contaminación, la adopción de acuerdos específicos con las empresas y, como última ratio en caso de riesgos imponderables o demasiado altos, el reasentamiento voluntario de la población.

3.1.1.1. Planificación territorial de la zona de Ventanas

En lo que dice relación con la planificación territorial de la zona de Ventanas, el Estado no ha cumplido con su obligación de prevenir las vulneraciones a los derechos humanos de la población que vive en el sector.

La zona de Ventanas se encuentra sometida al Plan Regulador Intercomunal de Valparaíso,⁵² que contempló la creación de zonas satélites industriales y localizaciones especiales para las empresas situadas en el borde costero con el objeto de impulsar el desarrollo industrial del lugar. Con posterioridad a su aprobación, el Plan sufrió cuatro modificaciones⁵³ –aprobadas por el Consejo Regional de Valparaíso– con efectos sobre la zona de Puchuncaví y Quintero, todas ellas destinadas a la ampliación de la superficie disponible para la instalación de industrias peligrosas, tanto por la incorporación de nuevas áreas como por el cambio de los usos de otras.⁵⁴

Un nuevo plan fue aprobado por Resolución de Calificación Ambiental (RCA) en febrero de 2011⁵⁵ y, por parte del Consejo Regional de Valparaíso, en abril de 2012.⁵⁶ Actualmente (junio 2012), solo resta la aprobación por parte de la Contraloría General de la República. Las principales modificaciones introducidas, apuntan a la extensión del suelo urbano de la región –considerando el crecimiento del área

52 Aprobado por D.S. 30 del Ministerio de Obras Públicas en 1965. Aplicable a las comunas de Valparaíso, Viña del Mar, Con-Con, Quilpué, Villa Alemana, Casablanca (Área Metropolitana de Valparaíso), Quintero y la parte sur de la Comuna de Puchuncaví (Satélite Borde Costero Quintero-Puchuncaví).

53 En 1984, 1987, 1998 y 2002.

54 La página 15 del *Informe de la Comisión*, contiene un plano que grafica las modificaciones desde 1984 hasta 2002, mostrando el incremento de la zonas que permiten la instalación de industrias peligrosas.

55 Mediante Resolución Exenta 21 del 14 de febrero de 2011.

56 El 12 de abril de 2012, el Pleno del Consejo Regional de Valparaíso aprobó el nuevo Plan Regulador con 21 votos a favor, 3 en contra y 1 abstención.

metropolitana para los próximos 30 años– reduciendo asimismo las hectáreas disponibles para la instalación de industrias molestas y peligrosas en Quintero y Puchuncaví. A su vez, se aumentan las hectáreas destinadas para áreas verdes, estableciendo un cordón de áreas verdes y parques intercomunales en torno a la actual zona industrial de Quintero y Puchuncaví.⁵⁷ Sin embargo, cabe señalar que estas modificaciones no impiden el establecimiento de nuevas industrias en la zona de Ventanas, toda vez que quedan aún alrededor de 500 hectáreas disponibles para la instalación de futuros proyectos industriales.⁵⁸

Aun cuando el nuevo Plan pudiese constituir en algunos aspectos un avance para la zona, la debilidad estructural de la planificación territorial en Chile no permite garantizar el cumplimiento eficaz del mismo. Con el objeto de exemplificar esta situación, parece oportuno referirse a un proyecto aprobado en la zona de Ventanas por el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Se trata del proyecto de la Central Termoeléctrica Campiche,⁵⁹ cuya RCA fue impugnada mediante recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.⁶⁰ Esta lo acogió, dejando sin efecto la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental de la Termoeléctrica, fallo que fue luego confirmado por la Corte Suprema.⁶¹ La Corte Suprema sostuvo que “la eliminación ilegal de un uso de suelo para áreas verdes en una localidad afectada por la alta emisión de contaminantes provoca un menoscabo evidente al entorno en que viven los recurrentes, vulnerando su derecho constitucional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”⁶²

Sin embargo, poco después del fallo de la Corte Suprema, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, mediante D.S. 68 de 2009, modificó la Ordenanza de Urbanismo y Construcciones⁶³ en el sentido de permitir, en el caso de un predio afecto a dos o más zonas o subzonas con distintos usos de suelo, el establecimiento de actividades productivas y/o de infraestructura en todo el terreno, para el caso que al menos un 30% de su superficie permita los usos de suelo de actividades productivas y/o infraestructura. En virtud de esta modificación, se reinició el

57 Para ello, duplican a 846 las hectáreas reservadas a áreas verdes, 118 de ellas para Quintero y 670 en Puchuncaví. Además, se contempla un parque intercomunal de 58 hectáreas en torno a la localidad de La Greda.

58 En los últimos años, varios han sido los proyectos de centrales termoeléctricas aprobados por el SEIA, entre los que se encuentran: la Central Termoeléctrica Energía Minera, aprobada por RCA 267 de 2009, Titular: Empresa Energía Minera S.A.; Central Termoeléctrica Quinteros, aprobada por RCA 922 de 2008, Titular: Empresa Nacional de Electricidad S.A.; y Central Termoeléctrica Nueva Ventanas, aprobada por RCA 1.124 de 2006, Titular: Aes Gener S.A.

59 Resolución de Calificación Ambiental 499 del año 2008.

60 Rol 317-2008, recurre Ricardo Correa Drubi, por sí y en representación de la ONG Chinchimén, en contra de la RCA 499 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Valparaíso, por la cual se calificó favorablemente el Estudio de impacto Ambiental de la Central Termoeléctrica Campiche.

61 Corte Suprema, Rol 1219- 2009, 22 de junio de 2009.

62 Id., considerando 11.

63 Se modifica el artículo 2.1.21. de la mencionada Ordenanza.

proceso de evaluación ambiental, siendo aprobado nuevamente el proyecto mediante Resolución de Calificación Ambiental N° 275 de 2010.⁶⁴

Concluimos, por lo tanto, que el Estado no cumple, en el ejercicio de su facultad de ordenar el territorio, ni en cuanto al resultado ni en cuanto al debido proceso, con los estándares de prevención relacionados con el derecho a la salud y el derecho a vivir en un medio ambiente sano.

3.1.1.2. Adopción de normativa ambiental más exigente

El establecimiento y fiscalización de niveles máximos de contaminación constituye una herramienta clave del Estado en materia de prevención.⁶⁵ En este aspecto, cabe señalar que en 1991 el Ministerio de Minería ordenó que se instalara una red de monitoreo continuo para medir la concentración de anhídrido sulfuroso y material particulado respirable en la zona circundante al complejo industrial de Ventanas.⁶⁶ Dicho proyecto de monitoreo, presentado conjuntamente por Enami y Chilgener S.A., fue aprobado en 1992 y continúa rigiendo hasta el día de hoy.⁶⁷

A su vez, y en cumplimiento del mismo decreto de Minería,⁶⁸ ambas empresas presentaron en conjunto un “Plan de Descontaminación del Complejo Industrial Las Ventanas”, que fue aprobado en 1992.⁶⁹ Este Plan estableció “para ambas empresas la obligación de cumplir con las normas de calidad del aire vigentes para Material Particulado Respirable (MP10) y Anhídrido Sulfuroso (SO₂) a más tardar el 1 de enero de 1995 para MP10 y el 30 de junio de 1999 para SO₂; estableciendo además metas de reducción de emisiones para azufre, como elemento causante de

64 Es importante destacar que, antes de dicha aprobación, la Municipalidad de Puchuncaví manifestó su respaldo público al proyecto tras llegar a un acuerdo económico con la empresa por 1.200 millones de pesos, dando pie atrás a la orden de demolición de las obras de construcción de la Termoeléctrica emanada del Consejo Municipal. El acuerdo fue criticado en su oportunidad a través de la prensa por el Consejo Ecológico Puchuncaví-Quintero, el que manifestó que dicho acuerdo había sido suscrito a espaldas de la comunidad.

65 El Estado cuenta con instrumentos de gestión ambiental específicos para lograr esta tarea, tales como las normas de calidad ambiental, normas de emisión y planes de prevención y descontaminación, todos establecidos por la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente de 1994.

66 D.S. 185 de 1991, Ministerio de Minería, que regula a los establecimientos y fuentes emisoras de anhídrido sulfuroso y material particulado o arsénico, publicado en el Diario Oficial el 2 de enero de 1992.

67 Resolución Conjunta 2005 y 115 del 29 de abril de 1992, del Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota, y del Servicio Agrícola y Ganadero V Región, respectivamente, las que fueron modificadas posteriormente por la Resolución 3474 y 206, del 23 de julio de 1992. En virtud del D.S. 61 de 2008, del Ministerio de Salud, la autoridad a cargo de la fiscalización de las estaciones de monitoreo de calidad del aire de la zona es la Seremi de Salud de Valparaíso. Los contaminantes que actualmente miden las estaciones de monitoreo de la zona son MP10, SO₂, NO_x y O₃ (información contenida en Carta 122000/12 del 20 de junio de 2012 del Ministerio de Medio Ambiente, en respuesta a solicitud de acceso a la información presentada por las autoras).

68 Artículo 4º transitorio del D.S. 185 de 1991, Ministerio de Minería.

69 D.S. 252 de 1992 del Ministerio de Minería, suscrito también por el Ministerio de Hacienda, Ministerio de Salud, Ministerio de Agricultura y Ministerio de Economía. Publicado en el D.O. el 2 de marzo de 1993.

la formación de SO₂ y MP₁₀".⁷⁰ Por último, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Salud establecieron una declaración de zona saturada por anhídrido sulfuroso y material particulado en el área contigua al Complejo Industrial de Ventanas, mediante el D.S. 346 de 1993.

Se prescribió también que la Fundición y Refinería Ventanas de Enami presentara un Plan de Acción Operacional frente a episodios críticos por anhídrido sulfuroso, el que fue aprobado por el Servicio de Salud de Viña del Mar-Quillota en 1995.⁷¹ Se estableció que la fiscalización del cumplimiento del Plan de Descontaminación, en lo relativo a plazos, emisiones y cumplimiento de normas, sería de responsabilidad de la Comisión Conjunta del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota y del Servicio Agrícola y Ganadero de la V Región.⁷²

Se han realizado hasta la fecha varios informes de seguimiento del Plan de Descontaminación antes descrito. El último de ellos, referente al periodo 1999-2009, concluye que, sin perjuicio que se ha dado cumplimiento a las metas de emisión contenidas en el Plan, las estaciones de monitoreo de la red de Ventanas muestran un cambio negativo respecto a la tendencia existente hasta el 2007, manteniéndose la Estación La Greda en situación de latencia respecto de la norma primaria de material particulado anual.⁷³ En cuanto a la norma de calidad de aire secundaria, se observa un incumplimiento de la norma horaria de SO₂, manteniéndose las concentraciones registradas en las estaciones La Greda, Sur y Los Maitenes sobre el nivel de saturación.⁷⁴

Por su parte, el *Informe de la Comisión* señala que: "aun cuando se ha comprobado que las normas de emisión de SO₂ y MP₁₀, han sido respetadas y cumplidas por parte de las empresas del área industrial Ventanas, y que los episodios contaminantes han sido excepcionales, los límites impuestos y el propio Plan de descontaminación fue diseñado para dos empresas, y actualmente existen al menos 19 empresas en el complejo industrial, ubicado entre los límites de las comunas de Puchuncaví y Quintero".⁷⁵ Por ello, el informe da cuenta de la necesidad de reformular cuanto antes el Plan de Descontaminación, ajustándolo a la nueva realidad industrial de la zona.⁷⁶ A su vez, el Informe

70 Evaluación Plan de Descontaminación de Ventanas, elaborada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, junio de 2003, p. 1.

71 Mediante Resolución 2161, del 18 de julio de 1995.

72 Cabe señalar que, el 16 de mayo de 2012, la comuna de Quinteros registró varios eventos de contaminación de SO₂ (dióxido de azufre o anhídrido sulfuroso) que no infringen la norma chilena pero que están muy por sobre las normas de la OMS. Latercera.cl: "Quintero sufre tres peaks de dióxido de azufre en seis horas", 17 de mayo de 2012.

73 Informe de Seguimiento del Plan de Descontaminación de Ventanas 1999-2009, elaborado por la Secretaría Ministerial de Salud de Valparaíso y la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero, marzo de 2010, Resumen Ejecutivo, p. 1.

74 Id., p. 2.

75 *Informe de la Comisión*, nota 11, p. 87.

76 La reformulación del Plan de Descontaminación Atmosférica de Ventanas se inició el 22 de julio de 2011 mediante Resolución de inicio 362 del Ministerio del Medio Ambiente. De acuerdo

recomienda revisar el Plan de Acción Operacional frente a episodios críticos, aprobado en 1995, debiendo además efectuarse las modificaciones necesarias respecto a las normas de calidad del aire “orientadas a cambiar la forma en que actualmente se liberan las partículas contaminantes, a una que en vez de considerar días y períodos en el año, sea por hora, permitiendo de este modo no solo una oportuna y más efectiva fiscalización, sino también la posibilidad de alcanzar niveles de episodios establecidos por la Organización Mundial de la Salud, incorporando las normas horarias como primarias”.⁷⁷

Por último, destaca la dictación en 2011⁷⁸ –por parte del Ministerio de Medio Ambiente– de una Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, cuyo objetivo es prevenir y controlar las emisiones al aire de material particulado, dióxido de azufre, óxidos de nitrógeno y mercurio. La Norma exige niveles máximos de emisión diferentes para el caso de que se trate de una fuente emisora existente o una nueva. Se estima que esto va a permitir reducir la deposición de mercurio sobre cuerpos de agua en un 25% con respecto a un escenario sin norma.⁷⁹ Asimismo, en mayo de 2012 se ha presentado a consulta pública un nuevo anteproyecto de emisiones para fundiciones de cobre en el país.⁸⁰

Queremos destacar que, sin perjuicio que una meta fundamental de la gestión pública ambiental en Ventanas debe ser la reducción máxima de las emisiones nocivas para la salud y el medioambiente, tanto para las empresas instaladas como las futuras, el Estado no se puede contentar solo con ello en el cumplimiento de su deber de prevención. Debe también velar porque la calidad del aire sea la adecuada, lo que no depende exclusivamente de la cantidad de emisiones. Para ello

con la Carta 122000/12 del 20 de junio de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que responde a solicitud de acceso a información presentada por las autoras, “la decisión de reformular este plan por parte de la autoridad ambiental obedeció a la necesidad actual de considerar nuevas fuentes de emisión que se han incorporado al parque industrial, y a los antecedentes disponibles actualmente sobre los resultados del PDA de Ventanas en cuanto al cumplimiento de las metas de emisiones y la reducción de las concentraciones ambientales de MP10 y SO2 en la zona.”

77 Las normas primarias de calidad del aire en Chile –que tienen vigencia y aplicación a nivel nacional– son menos estrictas que las que establece la OMS. Por ejemplo, en Chile la norma primaria de calidad del aire para el contaminante Material Particulado Respirable MP10 es de 50 microgramos por metro cúbico normal ($\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$) como concentración anual, siendo que el valor recomendado por la OMS es 20 $\mu\text{g}/\text{m}^3\text{N}$. Hacemos presente que, mediante D.S. 12 de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente (D.O. 9 de mayo de 2011), se dictó una norma primaria de calidad ambiental para material particulado fino respirable MP 2,5, lo que sin duda constituye un avance. Sin embargo, y al igual que en el caso anterior, mientras la norma chilena exige 20 $\mu\text{g}/\text{m}^3$, como concentración anual, la OMS recomienda diez 10 $\mu\text{g}/\text{m}^3$.

78 D.S. 13, de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente (D.O. 23 de junio de 2011).

79 El anteproyecto de la norma que fuera sometido a consulta pública establecía que, al año 2020, las fuentes emisoras existentes debían cumplir con los límites de emisión establecidos para las fuentes nuevas; no obstante, finalmente se eliminó esta exigencia, acordando que se va a volver a evaluar su factibilidad en la primera revisión de la norma, y sobre la base de los resultados obtenidos durante su implementación.

80 Prensa Minera: “Gobierno y norma de fundiciones: Codelco y Enami son las que deberán realizar la mayor inversión”, 4 de julio de 2012.

debe considerar otros instrumentos, tales como las normas de calidad del aire y la planificación territorial.

A raíz de lo expuesto se puede concluir que la mantención de las normas primarias nacionales de calidad del aire en parámetros tan inferiores a los exigidos por organismos internacionales y la tardía –y todavía pendiente– actualización del Plan de Descontaminación para Ventanas constituyen un incumplimiento por parte del Estado de Chile de su deber de prevención de la vulneración de los derechos humanos de la población de Ventanas.

Por último, en relación con la normativa ambiental aplicable a las aguas marinas, cabe señalar que solo existe una norma de emisión –el DS 90/00, que “establece la norma de emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas”– y una norma primaria de calidad –el DS 143/08, que “establece normas de calidad primarias para la protección de las aguas marinas y estuarinas aptas para actividades de recreación con contacto directo”–, que no tienen por objeto proteger el ecosistema marino de la zona de Ventanas, lo que requeriría de la dictación de una norma secundaria de calidad ambiental. Según el *Informe de la Comisión*, resulta un reconocimiento tácito de la ausencia de normativa suficiente el que el Ministerio del Medio Ambiente haya dispuesto la realización de ciertos estudios para la zona, como “un análisis de riesgo ecológico por sustancias contaminantes en el aire, agua y suelo”.⁸¹

3.1.1.3. Acuerdo de Producción Limpia

Se debe destacar, dentro de las acciones llevadas a cabo por el Estado en torno a la situación ambiental de Ventanas, el Acuerdo de Producción Limpia (APL)⁸² suscrito en 2011 por Codelco, AES Gener, Puerto Ventanas y otras empresas, con el Ministerio de Medio Ambiente y el Consejo Nacional de Producción Limpia, mediante el cual se comprometieron en conjunto a realizar un trabajo con el “objetivo de contribuir al desarrollo sustentable de dicho territorio, a través de compromisos concretos, no exigidos por el ordenamiento jurídico, tanto en materias ambientales, uso de la energía e higiene y seguridad laboral”.⁸³ El Ministerio de Salud había amenazado con el cierre de las faenas en caso de que las empresas no firmaran el acuerdo.⁸⁴

81 *Informe de la Comisión*, p. 95.

82 Ministra de Medio Ambiente; Intendente de Valparaíso; Director Ejecutivo del Consejo de Producción Limpia; Seremi de Salud Valparaíso y representantes de diez empresas: *Acuerdo de Producción Limpia (APL): Zona Industrial Puchuncaví - Quintero*, 1 de diciembre de 2011.

83 Id., p. 5.

84 Emol.cl: “Ministro Mañalich amenaza con cierre de empresas en Puchuncaví”, 2 de diciembre de 2012.

3.1.1.4. Reasentamiento

Además de las herramientas de la planificación territorial y de la adopción de normativa ambiental más exigente, el Estado debiese evaluar el reasentamiento de las personas que viven en áreas muy cercanas a las industrias peligrosas, en caso que no hubiese otra medida que pueda efectivamente garantizar sus derechos a la salud, a la vida o a su fuente laboral. Esto, por lo menos, se ha estudiado y parcialmente implementado con respecto a las escuelas del lugar, mejorando así las garantías del derecho a la salud de estudiantes y profesores, y el derecho a la educación de los primeros.⁸⁵ No obstante, para garantizar el goce del derecho a la educación de niños y niñas, consagrado por ejemplo en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se requieren soluciones duraderas, estables y accesibles sin consideración de la disponibilidad de recursos paternos para el transporte adicional que el reasentamiento de la escuela implica. Como lo prescribe el artículo 3.1 de la misma Convención, en todas medidas relacionadas con niños y niñas tiene que primar el interés superior del niño.

En este contexto, es útil referirnos al derecho a la vivienda, consagrado en el artículo 11 del PIDESC. Este derecho implica el deber de proporcionar vivienda digna. El Comité DESC, en su Observación General N° 4, explica que el Estado ha de “tomar pasos para asegurar la coordinación entre ministerios y autoridades regionales y locales para reconciliar las políticas públicas relacionadas (de economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones bajo el artículo 11 del Pacto.”⁸⁶ Esta obligación apunta especialmente a la planificación y regulación consistente y protectora de los ámbitos que pueden afectar el derecho a la vivienda digna. El Relator Especial sobre el Derecho a la Vivienda y el Tribunal Europeo también han desarrollado esta relación entre vivienda y vida privada.⁸⁷ Se considera que la contaminación ambiental constituye, en este sentido, una afectación del derecho a la vivienda digna y debería resultar en políticas de descontaminación eficientes y, si no fueran suficientes, en políticas de reasentamiento consistentes con los estándares del

85 Después del episodio del 23 de marzo de 2011, a raíz de un estudio realizado por las autoridades de salud que determinaba que la Escuela “La Greda” presenta la mayor contaminación de aire y suelo de las escuelas del sector, se recomendó por el Ministerio de Salud su cambio de ubicación cuando terminara el año escolar 2011, con el objeto de evitar nuevos problemas. Sin embargo, a marzo de 2012, la nueva escuela no estaba lista y se anunció que los estudiantes iniciarián su año escolar en un campamento, debido a la falta de un establecimiento definitivo, situación que finalmente se produjo el 2 de abril. Radio Biobío: “Alumnos de Escuela La Greda iniciarán clases en campamento escolar por falta de establecimiento”, 5 de marzo de 2012 y *La Tercera*: “Con normalidad niños de La Greda inician sus clases después de intoxicación”, 4 de abril de 2012.

86 *Observación General 14*. Ver nota 58, párr. 12.

87 Ver Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Principios básicos y Directrices sobre los Desalojos y el Desplazamiento generados por el Desarrollo, A/HRC/4/18, 2010, párr. 13; ver, asimismo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Guerra y otros vs. Italia* (1998); *López Ostra vs. España* (1994), *Fadeyeva vs. Rusia* (2005).

derecho internacional en la materia, expresados en los mismos documentos.⁸⁸ Este deber se hace aun más relevante cuando, como en la situación estudiada, fue el mismo Estado el que permitió e incentivó el asentamiento de las familias en áreas en cercanía inmediata de industrias peligrosas.

Por lo anterior, se puede señalar que, aunque existan varias iniciativas recientes del Estado en torno a la prevención, estas son insuficientes en su alcance y oportunidad y quedan truncas al no establecer medidas de reparación del daño ya ocurrido, como se verá a continuación. En efecto, aunque no se pudiese comprobar la existencia de responsabilidad civil o penal por algún daño específico, el Estado tiene una responsabilidad internacional residual por los daños que se generen por la falta de regulación adecuada y eficiente.

3.1.2. Reparación y mitigación

El *Informe de la Comisión* establece la responsabilidad de la empresa estatal en los efectos de la contaminación sufrida por sus ex trabajadores, “quienes exhibieron pruebas concluyentes respecto de los efectos que en su salud provocó la exposición crónica a las emanaciones de la refinería”,⁸⁹ e insta a Codelco a crear un plan de indemnización “destinado a resarcir los perjuicios sufridos por los trabajadores que acrediten, a través de informes médicos, que presentan algún trastorno, patología o cualquier otra afectación derivada de la exposición a materias contaminantes en el periodo que realizaron trabajos para Enami, considerando además a los familiares de los que perdieron la vida producto de la exposición a estos elementos”.⁹⁰ Por otro lado, el *Informe de la Comisión* responsabiliza a las autoridades competentes por haber permitido “construir un parque industrial sobredimensionado en la localidad de Ventanas, a pesar de los notorios efectos negativos de las emisiones contaminantes sobre la población aledaña a las instalaciones”.⁹¹

En este contexto, las vulneraciones más graves a los derechos humanos por parte del Estado serían las del derecho a la vida y el derecho a la salud, con respecto a los ex trabajadores de ENAMI y Codelco, quienes trabajaron en condiciones insalubres por muchos años, con material tóxico y peligroso. A pesar de que el artículo 2 del PIDESC permite a los Estados avanzar en la protección y el cumplimiento del derecho a la salud de manera progresiva, existen algunas obligaciones inmediatas, incluyendo el acceso a los servicios básicos de salud.⁹² En tal sentido, el Comité determina algunas obligaciones básicas, entre las que

88 Ver, específicamente, Directrices sobre los Desalojos, párr. 16.

89 El Mostrador.cl: “Codelco principal responsable de la mortal contaminación en Puchuncaví”, 18 de noviembre de 2011.

90 *Informe de la Comisión*, nota 11.

91 El Mostrador.cl: “Codelco principal responsable...”, op. cit.

92 *Observación General 14*, nota 58, párr. 30.

se cuentan: “Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la [Organización Mundial de Salud] OMS⁹³ y “velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.”⁹⁴ En concreto, el derecho a la salud “incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud”.⁹⁵

Por lo tanto, aun cuando el Estado debe seguir investigando las causas de las muertes de las personas fallecidas, no se puede contentar con eso, sino que tiene la obligación, bajo los estándares del derecho a la salud, de proporcionar el tratamiento adecuado para esas enfermedades profesionales a ex trabajadores que hayan sido expuestos a agentes tóxicos.⁹⁶ También debe asegurar que los estudios que encarga para determinar los efectos de los contaminantes se hagan según la metodología indicada. Por ejemplo, investigadores han advertido significativas limitaciones en un estudio sobre intoxicación crónica realizado a la población infantil de La Greda.⁹⁷

En cuanto a los efectos de la contaminación de los recursos marinos, además de la gravedad de la situación ambiental, se debe tener presente los impactos que esta causa en la fuente de trabajo de los pescadores de la zona. En tal sentido, no solamente se ha violado el derecho de vivir en un ambiente sano, sino también la obligación internacional de no privar a una persona de su fuente laboral sin justificación. El Estado debería, como medida de reparación y mitigación, ofrecer proyectos de reinserción laboral y fomentar otras fuentes laborales que permitan el desarrollo de un trabajo de libre elección a las personas afectadas.

3.2. Responsabilidad de la empresa estatal

Según los estándares antes expuestos, Codelco-Ventanas, como división de una empresa pública, tiene una doble responsabilidad: la de cumplir con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos –por ser una entidad económica controlada y administrada por el Estado– en lo que a ella le compete y la de, cumplir con la prevención de violaciones, incluyendo las responsabilidades relacionadas a la debida diligencia empresarial.

93 Id., párr. 43d.

94 Id., párr. 43e.

95 Id., párr. 17.

96 No se ha podido recabar información en detalle en relación a si el Estado ha proporcionado, en el marco de su deber de protección y a través de los servicios de salud pública y la fiscalización de los regímenes de seguros prescritos por la ley, los remedios y tratamientos adecuados para mitigar los efectos de la intoxicación en los ex trabajadores de la Fundición de Ventanas.

97 Departamento de Salud Pública PUC, “Evaluación de los efectos en salud en escolares asistentes a la Escuela Básica La Greda”, 27 de diciembre de 2011, p. 5.

Constatamos que, *prima facie*, Codelco parece estar actualmente cumpliendo la debida diligencia empresarial y aplicando estándares razonables de prevención en cuanto a la seguridad laboral.⁹⁸ En su carta de valores, Codelco establece que “el respeto a la vida y dignidad de las personas es un valor central. Nada justifica que asumamos riesgos no controlados que atenten contra nuestra salud o seguridad”.⁹⁹ Explicita su compromiso de “posicionar la sustentabilidad como pilar, mejorar los estándares en materia socio-ambiental, de seguridad y salud ocupacional”. Dice también que la empresa se desafía a ser “un referente por su comportamiento socialmente responsable, transparencia y nivel de información”.¹⁰⁰ Además, aplica una política de prevención de daños para la población del lugar, incluyendo inversiones de 170 millones de dólares estadounidenses en filtros y otros mecanismos de manejo ambiental, hasta 2015, para reducir las emisiones en un 33%.¹⁰¹ Esta medida se puede interpretar como un paso importante de debida diligencia en materia de derechos humanos. También informó en su *Reporte de sustentabilidad 2011* sobre lo ocurrido en La Greda-Ventanas.¹⁰² Sin embargo, no se explica por qué el incidente se califica como “moderado”¹⁰³ y cuáles serían los criterios de esta calificación de riesgos.

La empresa estatal también reconoce su responsabilidad de proteger “la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores propios, y de sus empresas contratistas, así como la de otras personas que estén en el entorno de sus operaciones”¹⁰⁴. En este sentido, la responsabilidad de Codelco se extiende, por ejemplo, a la empresa RILES con que firmó un acuerdo BOT.¹⁰⁵ Esto es relevante en relación a los problemas de contaminación de las aguas marinas por riles reporteados en 2011.

Cumpliendo con el primer elemento de la debida diligencia empresarial, Codelco cuenta con una política de derechos humanos que dice “respetar y proteger los derechos humanos fundamentales, consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, y la dignidad de todas las personas que trabajan en sus operaciones”¹⁰⁶. En 2010, la Fundición Ventanas se recertificó bajo la norma 18001. Actualmente cuenta con diferentes protocolos y documentos, de los cuales son relevantes, para la situación en análisis, el Protocolo estruc-

98 Codelco, *Reporte de sustentabilidad 2011*, p. 23.

99 Codelco, *Reporte de sustentabilidad 2010 y Carta de valores*, 2010.

100 Codelco.cl: Políticas en materia de sustentabilidad.

101 Codelco, Comunicado, 12 de junio de 2012.

102 Codelco, *Reporte de sustentabilidad 2011*, p. 53 y ss.

103 Id., p. 55.

104 Codelco, *Política corporativa de seguridad, salud ocupacional y gestión ambiental*, 2007.

105 Contrato “Build, Operate, and Transfer”, que significa que Codelco es propietario de un 100% de la empresa RILES y que la integrará a sus instalaciones después de un tiempo definido de operación. Un BOT presupone que la empresa propietaria mantiene un significativo control sobre el actuar de la empresa contratista.

106 Codelco, *Política corporativa de desarrollo sustentable*, 2003.

tural de salud y seguridad ocupacional,¹⁰⁷ la Norma Corporativa No. 24 y el Manual de Relaciones Comunitarias,¹⁰⁸ todos dirigidos a los empleados de la empresa. Codelco menciona también la norma ISO 26000 como “guía para su desempeño”¹⁰⁹ y reconoce que “una minería mal gestionada puede ser responsable de la contaminación del aire, el suelo y el agua, y de la presión excesiva sobre los recursos naturales”.¹¹⁰ La empresa participa en una evaluación continua (aunque todavía deficitaria en su diseño, según se sostiene más adelante) de impacto, a través de un sistema de monitoreo instalado en los años noventa y, desde 2011, por medio de un Plan de Vigilancia Epidemiológica de Metales.¹¹¹ No obstante, no existe monitoreo y evaluación de impactos de material pesado en el suelo. Un estudio del Ministerio de Salud con respecto a las escuelas del sector subsana parcialmente esta falencia, pero no puede reemplazar el monitoreo continuo.

El sistema de prevención diseñado por Codelco, AES Gener y diversos ministerios para Puchuncaví-Ventanas cumple solo parcialmente con lo requerido por el derecho internacional al Estado chileno, ya que si, bien Codelco, junto a órganos del Estado y otras empresas, concluyó el APL, este acuerdo carece de un ente fiscalizador eficiente. Además, falta implementar un protocolo claro de alerta temprana en caso de emisiones especialmente dañinas, mecanismo de aviso que se activaría en el mismo momento que el llamado a bomberos que emite la empresa. Esta sería una muestra creíble de la debida diligencia de las empresas en materia del derecho a la salud. Sí existe, desde 2012, un sistema de alerta temprana sobre calidad de aire.¹¹² Además, existe un protocolo de reacción ante emergencias, según el cual la ONEMI coordinaría a los bomberos profesionales de las diferentes empresas para hacer frente a un posible incendio. No obstante, estos esfuerzos deben sistematizarse y combinarse con un sistema de monitoreo adaptado a la situación actual de la bahía.

Según informaciones de Codelco, el gas óxido de nitrógeno que se detectó en una situación de alerta en marzo de 2012 no se genera en la Fundición, pero tiene efectos similares a los gases irritantes a la respiración que emanen de las instalaciones de Codelco. Como prueba de ello, aduce que durante el incidente en cuestión la Fundición

107 Codelco.cl: “Proyecto estructural de seguridad y salud ocupacional”, 13 de julio de 2011.

108 Ver Codelco, “Gestión comunitaria”, en *Reporte de sustentabilidad 2010*. La Norma Corporativa y el Manual fueron solicitados a Codelco ya que no están disponibles en la página web, pero la empresa explicó que son confidenciales.

109 Codelco.cl: Sustentabilidad, políticas de desarrollo comunitario.

110 Codelco, “Gestión comunitaria”, en *Reporte de sustentabilidad 2010*.

111 Codelco.cl: “Estudio demuestra que metales de Escuela La Greda corresponden a concentrados de cobre”, 20 de julio del 2011.

112 La Tercera.com: Puchuncaví: “En abril podría comenzar a operar sistema de alerta temprana”, 2 de febrero 2012. Ver también, Biobiochile.cl: “Autoridades inician protocolo de alerta temprana en caso de emergencias ambientales en Puchuncaví”, 31 de enero 2012.

estuvo completamente parada.¹¹³ Esta situación nos indica que podría ser importante estudiar y analizar, desde un punto de vista técnico y médico, las emisiones de las diferentes empresas de la bahía, con el afán de disponer de los datos necesarios para diseñar una política de reparaciones del daño ocurrido e implementar el APL.

No obstante los aspectos positivos arriba mencionados, incluyendo la implementación de una línea de denuncias anónimas abierta 24 horas al día¹¹⁴ –para hacer llegar comentarios, reclamos o denuncias por faltas al “Código de conducta y Ética en los Negocios de Codelco”, que corresponde al tercer elemento de debida diligencia mencionado con anterioridad–, la gran falencia en el ámbito de derechos humanos, y que constituye una violación de derecho internacional en la materia, es la falta de una política de reparación por los daños al derecho a la salud, la integridad física y el derecho a la vida de la población, especialmente el personal de la Fundición, entonces propiedad de Enami.¹¹⁵ Esta política podría ser compartida con otros órganos estatales y nutrirse de fondos de Codelco y del presupuesto general del Estado. Su ausencia constituye una violación a la obligación de garantizar los derechos humanos. En este sentido, el *Informe de la Comisión* recomienda al Ejecutivo estudiar la viabilidad de elaborar un plan de compensación y ayuda destinado a resarcir en parte los perjuicios sufridos por los trabajadores,¹¹⁶ lo que está respaldado por el derecho internacional de derechos humanos en la materia.

Cabe señalar que es irrelevante, para efectos de la responsabilidad internacional del Estado y la obligación de reparar los diferentes daños directos e indirectos causados, que la acción civil con respecto a la responsabilidad extracontractual de la empresa (predecesora de Codelco-Ventanas) haya prescrito, ya que Chile ratificó el PIDESC en 1972. A su vez, la responsabilidad internacional de reparar se aplica –en cuanto se pruebe la responsabilidad de la empresa estatal por los altos niveles de metales pesados en los moluscos y mariscos de la bahía– con respecto a la pérdida de la fuente laboral por parte de los pescadores artesanales en 2001.¹¹⁷

El Estado y la empresa tienen la obligación compartida de reparar estas violaciones al derecho a la propiedad y la afectación injustificada de la fuente laboral de los trabajadores. Si se probara que los metales pesados en los moluscos y mariscos provienen de empresas privadas, el Estado sería responsable de proporcionar acceso a la justicia con

113 Codelco.cl: “Ventanas registra episodios de contaminación a pesar de que fundición está detenida”, 15 de marzo de 2012.

114 Ethics-Points.com: línea de denuncias externas de Codelco.

115 Se solicitó el Contrato de Traspaso de la Fundición a Codelco, ya que la respectiva Ley es silenciosa sobre responsabilidades extracontractuales y laborales.

116 *Informe de la Comisión*, p. 94, propuesta nº 13.

117 Comité DESC, *Observación General n°18 (Derecho al Trabajo)*, párr. 6: “Además implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo”, 6 de febrero 2006.

respecto a posibles demandas de daños. Además, resultaría responsable el Estado por no haber fiscalizado a la empresa que originó la contaminación, sino solamente a terceros (los pescadores, a quienes se retiraron las patentes en 2001), con el fin legítimo de proteger la seguridad alimenticia de la población. La medida adoptada habría afectado a actores que no tenían responsabilidad, habiendo el Estado actuado, en esta situación, de manera arbitraria.

Considerando la responsabilidad compartida entre el Estado y Codelco en estas materias, es necesario indicar cómo se definirían los límites de la responsabilidad (financiera) de una empresa pública que se rige por las leyes de la competencia y del mercado, y tiene una posibilidad restringida de influenciar las decisiones de los otros órganos estatales, según la definición de sus facultades. Específicamente, Codelco no tiene control sobre su presupuesto, que debe ser aprobado por los Ministerios de Hacienda y Minería.¹¹⁸ Entonces, la pregunta respecto a los límites de responsabilidad no surgen con respecto al derecho internacional –teniendo el Estado control sobre el directorio y presupuesto de la empresa pública, todo acto u omisión de aquella puede generar responsabilidad internacional– sino que se refiere a quién debe pagar la cuenta.

La empresa tiene la responsabilidad de usar el máximo posible del presupuesto que no requiere aprobación en detalle por los ministerios para cumplir con el deber de prevención y respeto de los derechos humanos, especialmente, el derecho de vivir en un medio ambiente sano y el derecho a la salud; además, tiene la obligación de usar toda la debida diligencia empresarial para hacer valer, en la negociación del presupuesto, sus necesidades de inversiones adicionales para estos efectos, incluyendo la reparación de daños ya ocurridos y las labores de descontaminación. Si el Estado no concede estos presupuestos, incurre en una violación de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Esto significa que los actores de voto son los que deben hacer la diferencia necesaria para lograr el cumplimiento del Estado de Chile de sus obligaciones internacionales, mientras la empresa debe hacer todo lo que le permiten sus facultades para conseguir los fondos que se requieren, según los estudios de riesgo y evaluación de daños pertinentes, para que el Estado no se encuentre en violación del derecho internacional. Considerando que estos asuntos son de interés público, la empresa debería, transcurrido el año presupuestario, hacer transparentes los montos solicitados y otorgados en rubros asociados al respeto y la protección de los derechos humanos, ya que este interés está, a su vez, protegido por el derecho a la información pública, consagrado por ejemplo, en el artículo 13 CADH. Esta responsabilidad debería también cumplirse por parte de las empresas privadas.

118 Decreto Ley 1.350 de 1976, artículo 9 letra c); modificado por la Ley 20.392 de 2009.

3.3. Responsabilidades de las empresas privadas

Con respecto a las empresas privadas, hay que evaluar la responsabilidad de prevenir las violaciones a los derechos humanos y, más concretamente, el cumplimiento de las leyes y del estándar de debida diligencia establecido por Ruggie.¹¹⁹ Respecto a las emisiones que se deben atribuir a las empresas privadas,¹²⁰ el Estado retiene la obligación de prevenir, mediante la adopción de regulación eficiente, planificación territorial prudente, consideración de reasentamientos y de un procedimiento eficaz de fiscalización, las vulneraciones a estos derechos.

Cabe señalar que el Comité DESC ha desarrollado el siguiente estándar: “Si bien solo los Estados son Partes en el Pacto y, por consiguiente, son los que, en definitiva, tienen la obligación de rendir cuentas por el cumplimiento de este, todos los integrantes de la sociedad –particulares, incluidos los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector de la empresa privada– tienen responsabilidades en cuanto a la realización del derecho a la salud. Por consiguiente, los Estados Partes deben crear un clima que facilite el cumplimiento de esas responsabilidades”.¹²¹

Revisaremos, en el contexto limitado de este capítulo, los antecedentes relevantes de las dos empresas privadas más grandes en la bahía. Cabe destacar que enfrentamos una dificultad considerable para encontrar información, la que no pudimos subsanar con entrevistas porque las dos empresas no respondieron a nuestras reiteradas solicitudes.

AES Gener no cuenta con una política explícita de derechos humanos. No obstante, tiene políticas sobre medioambiente y seguridad laboral. Llama la atención que, a pesar de una certificación mayoritaria a nivel de la empresa, AES Gener Ventanas no está certificado bajo la norma 14001. La empresa indica hacer auditorías.¹²² Adicionalmente, cuentan con una línea de denuncias, “un instrumento para que los empleados, proveedores, clientes o cualquier otro interesado hagan preguntas, pidan asesoramiento o denuncien violaciones a la ley, al Pro-

119 En este sentido, Codelco, en su *Reporte de sustentabilidad*, informa de siete multas ambientales en 2011 por un valor total de 2.890 UTM, estando un gran porcentaje de ese monto asociado con la emisión en La Greda, p. 60. AES Gener, en tanto, en su *Informe 2011*, reconoce un procedimiento pendiente, cuyo monto asciende a 350 UTA, p. 92. Por último, Puerto Ventanas, en su *Memoria 2011*, si bien no menciona montos, sí reconoce la existencia de un procedimiento administrativo en desarrollo, en el que, en primera instancia, se determinó una multa por 1.000 UTM, monto que finalmente fue rebajado a 200 UTM en mayo de 2012, p. 96.

120 Por ejemplo, AES Gener reconoce ser emisor de NOx e implementa inversiones en este sentido. AESGener.cl: “AES Gener invierte US\$96 millones en sistemas de control ambiental en Ventanas”, 27 de marzo de 2012. En particular, señaló que: “De acuerdo a la norma de emisiones, AES Gener debe hacer también inversiones para instalar un quemador de bajo NOx en la unidad 1 de su Central Ventanas, que permitirá abatir estas emisiones en un 41%”.

121 *Observación General 14*. Ver nota 58, párr. 42.

122 AESGener.cl, Auditorías en materia ambiental.

grama de Ética y Cumplimiento o al Código de Conducta". La empresa anunció en marzo de 2012 que invertirá US\$96 millones en sistemas de control ambiental en Ventanas. Más específicamente, la empresa adquirirá para Ventanas I y II un quemador de óxido de nitrógeno (NOx).¹²³ Desde la perspectiva preventiva de los Principios Rectores de Ruggie, se trata de un paso positivo porque promete reducir el impacto que las dos termoeléctricas tienen sobre la salud de la población.

Los esfuerzos de la empresa por cumplir con la prevención de violaciones a los derechos humanos se debería, no obstante, concentrar también en el manejo de carbón particulado o granulado, especialmente en sus contratos con Puerto Ventanas, para evitar posibles responsabilidades por los varamientos de carbón denunciados por pescadores de la bahía,¹²⁴ en perjuicio al derecho de vivir en un medioambiente sano y el derecho a la salud. A ello se aplican los estándares para proveedores y sub-contratistas, para las actuaciones de las cuales la empresa tiene responsabilidad en cuanto están ligadas a la producción desarrollada por ella. Además, debería actuar con debida diligencia en cuanto al material particulado respirable que emane de las mismas termoeléctricas y de las áreas de acopio. En este momento, parecen no existir procedimientos eficientes para la prevención de daños al derecho a la salud y el medioambiente. En conjunto con los esfuerzos empresariales, el Estado debería –como se ha explicitado antes– revisar la normatividad sobre concentraciones de material particulado y los procesos de fiscalización, para no seguir incurriendo en responsabilidad internacional. AES Gener, por último, no cumple con el estándar de la debida diligencia, al no proporcionar información para que una fiscalización de la ciudadanía sea posible.

En cuanto a Puerto Ventanas, la segunda empresa privada que hemos escogido revisar por su tamaño, no contamos con ninguna información que de cuenta de los elementos de debida diligencia. Tampoco contamos con información sobre medidas de prevención de violaciones a los derechos humanos. Ello implica que no está cumpliendo ni siquiera con el mínimo exigible de la debida diligencia empresarial. Esto es especialmente preocupante en relación con los reiterados varamientos de carbón en el agua y la playa de Ventanas. Aunque no se hayan probado causalidades, la empresa es, como todas las que manejan carbón, responsable de actuar con la debida diligencia, en adición a cumplir con la ley, para prevenir estos varamientos y reparar el daño causado.

123 Latercera.cl: "AES Gener invertirá US\$96 millones en sistemas de control ambiental en Ventanas", 27 de marzo de 2012.

124 Comunicados de 2011 y 2012, en poder de las autoras.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El *Informe de la Comisión Investigadora* concluye que el Estado ha incumplido sus obligaciones en cuanto a tutelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, agregando que, en este caso concreto, “la población afectada por la contaminación de Puchuncaví y Quintero, ha sido objeto de una discriminación ambiental al soportar cargas ambientales desproporcionadas, siendo deber del Estado y de la sociedad responsabilizarse por décadas de abandono”.¹²⁵

La debida diligencia exigible a las empresas es una herramienta útil de intervención. La responsabilidad primera es respetar los derechos humanos y prevenir su violación. En este sentido, sin perjuicio de la responsabilidad empresarial, existe una obligación *de resultado* en cuanto a los derechos humanos que el mismo Estado debería monitorear y fiscalizar a través de su regulación aplicable a industrias peligrosas y de alto impacto ambiental.

El análisis realizado en este capítulo confirma la conclusión del *Informe de la Comisión* y establece que el Estado, –por medio de sus diferentes ministerios, agencias, y también a través de las empresas estatales Enami, Codelco y Chilgener– tiene responsabilidad internacional por la situación en Puchuncaví. Las empresas privadas analizadas son responsables por no hacer efectiva la prevención de la violación de los derechos humanos, especialmente de los derechos a la salud y a la vida. Además, observamos que las dos empresas privadas parecen no cumplir con la debida diligencia requerida, al menos, con su aspecto de transparencia, que permitiría evaluar si están cumpliendo con los otros elementos.

Por todo lo anterior, realizamos las siguientes recomendaciones:

1. Estado: establecer un procedimiento de evaluación de impacto a los derechos humanos (Human Rights Impact Assessment), incluyendo medidas de prevención, mitigación y reparación, para complejos industriales e industrias de alto impacto.
2. Estado: aprobar una ley de reparación de daño a personas y medioambiente por el actuar histórico de empresas públicas. Definir contribución de empresas privatizadas.
3. Estado: adoptar una planificación territorial basada en la justicia ambiental y en evaluaciones de impacto a los derechos humanos. Ajustar la regulación de suelos, aire y aguas a estándares internacionales de la OMS o la OCDE.
4. Empresas: adoptar políticas de derechos humanos, si no las tie-

125 *Informe de la Comisión*, nota 11, p. 91.

- nen, y asignar presupuestos correspondientes para asegurar la prevención de daño a los derechos humanos. Aplicar Evaluación de Impacto a los Derechos Humanos en todos los proyectos, integrada en la evaluación de riesgos técnicos y financieros.
5. Empresas públicas: proponer un plan de reparación de daños históricos. Hacer valer todas sus facultades para que los presupuestos requeridos en las áreas de medioambiente y derechos humanos sean aprobados por parte del Ejecutivo.
 6. Todas las empresas: publicar los detalles de la inversión en medioambiente y derechos humanos (no solamente el monto global de la inversión), por lo menos una vez realizada.

**DERECHOS
HUMANOS DE
LOS PUEBLOS
INDÍGENAS***

* Capítulo preparado por Alejandro Álvarez, Alejandra Otero y Diana Maquilón con la colaboración de las ayudantes de investigación Constanza Muñoz y Valeria Moretic.

SÍNTESIS

El presente capítulo continúa la revisión de los procesos de consulta iniciados en marzo de 2011 por el Estado de Chile y las iniciativas provenientes de los pueblos indígenas para reemplazar al cuestionado Decreto Supremo 124. Examina las decisiones judiciales más relevantes dictadas en el marco de acciones constitucionales intentadas por pueblos indígenas para exigir la aplicación de los estándares internacionales relativos al derecho a la consulta, especialmente la postura de la Corte Suprema y sus efectos. Este año se incorpora un acápite sobre la importancia de establecer un mecanismo de consulta de los proyectos de ley que afectarán directamente a los pueblos indígenas.

Por primera vez, se analizan casos fuera del ámbito ambiental que incorporan los estándares internacionales de pueblos indígenas, tanto en materia penal como en derecho de familia. Cabe destacar un breve análisis del caso de Gabriela Blas Blas, quien, en junio de este año, obtuvo su libertad tras recibir el indulto presidencial y cuya condena ha sido ampliamente cuestionada. Finalmente, y con ocasión de los hechos de violencia en contra de las comunidades indígenas de la Araucanía ocurridos durante el último año, se examina la respuesta del Estado de acuerdo a los estándares internacionales, para culminar con un seguimiento a casos emblemáticos de violencia en la Araucanía.

PALABRAS CLAVE: Consulta previa, Ley antiterrorista, Convenio 169 de la OIT, Violencia policial.

INTRODUCCIÓN

La consulta y la participación indígena son los principales temas que han ocupado de manera relevante la agenda pública en Chile desde la entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT); durante 2011 y hasta la fecha, continúan siendo parte central del debate. Los actores relevantes –pueblos indígenas, sociedad civil y actores gubernamentales–, como primera cuestión, han concentrado sus acciones alrededor del debate sobre si el Decreto Supremo 124 cumple con los estándares internacionales del derecho humano a la consulta y participación de los pueblos indígenas, y, en segundo lugar, en el establecimiento de un mecanismo de consulta conforme a los estándares internacionales vigentes en la materia. Paralelamente, los actores sociales y las comunidades indígenas han intentado generar decisiones de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema que delimiten el rasero normativo con el que debe ser medida la consulta y participación indígena en casos de proyectos de inversión, a la luz de la aplicación de las normas ambientales e indígenas. En virtud de lo anterior, actualmente está en debate cómo se podría reemplazar el cuestionado Decreto Supremo 124 (en adelante, DS 124) y establecer un mecanismo de consulta del que efectivamente los pueblos indígenas sean partícipes en su diseño, otorgándole legitimidad para su efectiva aplicación.

En el marco del análisis de los estándares de consulta, se hace referencia a los principales fallos del último año de acciones constitucionales interpuestas por y en favor de comunidades indígenas. El análisis de estos fallos, y de otros en diversas materias, permite advertir un cambio en la doctrina inicialmente sostenida por los tribunales superiores de justicia y la incorporación paulatina de los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia nacional.

Dentro del periodo objeto de análisis de este *Informe*, se identifica cómo continúa presente un patrón de violencia en contra de las comunidades indígenas, especialmente en la zona sur del país. Finalmente, se realiza un examen de las sentencias más relevantes en materia penal

que incorporan una perspectiva de derechos humanos de los pueblos indígenas en sus resoluciones. Un acápite especial se dedica al caso de Gabriela Blas Blas, por su relevancia como ejemplo de discriminación en contra de la mujer indígena rural y de violación del debido proceso.

1. CONSULTA Y PARTICIPACIÓN INDÍGENA

1.1. Los estándares internacionales de consulta indígena

La agenda pública sobre derechos de los pueblos indígenas en Chile está concentrada en los asuntos relativos a la consulta indígena. Los estándares de la consulta fueron escrutados cuando el gobierno inició, durante 2011, los procesos para recabar la opinión de las personas y comunidades indígenas para la dictación de una nueva institucionalidad –lo que incluía la modificación de la reglamentación ambiental– y la reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas; asimismo, fueron invocados los estándares internacionales de la consulta, tanto por órganos de la sociedad civil como por líderes indígenas, para reprochar “la consulta de la consulta”¹, que sostuvo el gobierno cuando suspendió todos los otros procesos de consulta en que avanzaba durante el mismo año.

Los estándares de la consulta indígena son determinados en principio por el propio texto del Convenio 169 de la OIT. El artículo 6.1.a del Convenio señala que la consulta debe realizarse por medio de “procedimientos apropiados”, “...a través de instituciones representativas” de los pueblos interesados y respecto de “medidas legislativas y administrativas” que sean “susceptibles de afectar directamente” a los pueblos interesados. Por su parte, el número 2 del mismo artículo 6º del Convenio dispone que la consulta debe desarrollarse “de buena fe”, a través de “procedimientos apropiados a las circunstancias”, así como con la “finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento” sobre las medidas que se proponen.

Todo lo anterior, junto con fijar un primer panorama del estándar correcto de la consulta indígena, implica también que el consentimiento de los pueblos consultados se contempla solo en casos determinados. En este punto cabe destacar que el mismo Convenio 169 de la OIT establece un caso en el cual el consentimiento previo de las comunidades es necesario y obligatorio para los Estados. El artículo 16.2 del Convenio señala que, en caso de pretenderse el traslado o la reubicación de pueblos indígenas, deberá contarse con su consentimiento. Por su parte, el artículo 10º de la Declaración de las Naciones Unidas para

¹ *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2011*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2011, p. 185. (En adelante, *Informe*).

los Derechos de los Pueblos Indígenas refuerza el caso anterior, expresando que “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

La misma Declaración, en sus artículos 29.2 y 30, establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos interesados en casos de almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en sus territorios, así como para el desarrollo de actividades militares. A las hipótesis señaladas se suma el caso establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha fijado como criterio jurisprudencial que, para llevar a cabo proyectos de inversión a gran escala que tengan gran impacto sobre el goce de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los territoriales, también se debe contar con el consentimiento de los pueblos interesados.²

Las hipótesis de consentimiento previo, libre e informado, contenidas tanto en la Declaración como en la sentencia de la Corte IDH, resultan obligatorias para los Estados que hayan aprobado el Convenio 169 de la OIT, cuyo artículo 35³ impide interpretarlo para menoscabar estándares fijados precisamente en instrumentos como la Declaración y la sentencia que hemos citado.

Los estándares revisados corresponden a los extraídos de cuerpos normativos y precedentes jurisprudenciales obligatorios para el Estado de Chile. Además, deben considerarse los criterios interpretativos fijados por el Relator especial de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, muchos de los cuales han sido emitidos precisamente para el caso de Chile, así como por los órganos de la OIT, que han desarrollado un contenido específico para los estándares antes señalados.

A la luz de esos estándares se examinarán los hechos relevantes sobre el derecho a la consulta indígena del periodo 2011-2012.

1.2. El Decreto Supremo 124

Desde su dictación, solo unos días después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, el DS 124 ha sido objeto de críticas tanto de los líderes indígenas como de actores de la sociedad civil. Ya transcurridos casi tres años desde la publicación del referido regla-

² Corte IDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 133-138.

³ Artículo 35: “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.”

mento, se ha argumentado que este no cumple con lo estándares internacionales que obligan a Chile por varias razones: en primer lugar, porque se trata de un acto de la administración inconsulto; en segundo lugar, porque su objetivo explícito es la reglamentación del derecho establecido en el artículo 34º de la Ley indígena –que asegura el derecho de oír y considerar la opinión de los pueblos– y no de los artículos 6º y 7º del Convenio 169 de la OIT –que ciertamente fija un estándar de consulta más elevado–; y, en tercer lugar, porque su contenido mismo no satisface los estándares fijados en torno a la consulta y participación.

En efecto, el DS 124 restringe tanto i) el criterio de afectación aplicable la consulta, ii) los órganos obligados a la misma –en la medida en que deja fuera de la reglamentación, entre otros, a los órganos autónomos–, iii) el ámbito de aplicación, dejando fuera de este a todos los proyectos de inversión por medio del reenvío a las normas ambientales generales y restringiendo el concepto de “medida legislativa y administrativa”. Asimismo, iv) la reglamentación fija un procedimiento de intervención de los pueblos indígenas con plazos estandarizados (de un máximo de 90 días) y únicos, lo cual viola la norma que obliga a procedimientos adecuados.⁴

Investigadores de esta Universidad han argumentado otro elemento de reproche al DS 124: la norma que regula el derecho a consulta y participación de los pueblos indígenas debería corresponder a una medida legislativa y no administrativa. Este aspecto reviste gran interés porque instala un punto que, hasta su planteamiento en la solicitud de invalidación del DS 124 preparada por la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, no había sido abordado, generando un debate en el que las autoridades del Estado de Chile no han adoptado una postura.

Los argumentos sostenidos en la presentación de invalidación están fundados en criterios constitucionales internos sobre: en primer lugar, la reserva legal que la Carta Fundamental fija en el artículo 63º respecto de los procedimientos en la administración pública y, en segundo lugar, la obligación de regular por ley asuntos referidos al debido proceso legal, estipulada en su artículo 19º nº 3 inciso 6º.⁵

Algunos actores, como el Centro de Políticas Públicas y la Red Legislativa Indígena y de Políticas Públicas, han respondido a esa argumentación señalando que ello supone desconocer el carácter de autoejecutable que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido a las normas sobre consulta indígena del Convenio 169 de la OIT. Se ha señalado asimismo que, de prosperar ese argumento, se avanzaría hacia la posible cristaliza-

4 *Informe 2011*, pp.184-186.

5 Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales: “Centro de DD.HH. solicita invalidación de Decreto Supremo 124 de Mideplan”, 15 de julio de 2011, www.derechoshumanos.udp.cl/

ción de una normativa errónea y muy difícil de corregir, habida cuenta del carácter y los ritmos del proceso legislativo chileno.⁶

Si bien no ha habido un reconocimiento explícito por parte de las autoridades de gobierno sobre el irrespeto y falta de sujeción del DS 124 a los estándares internacionales sobre consulta indígena, el Ministro de Desarrollo Social, Joaquín Lavín, declaró públicamente –el 1 de septiembre de 2011– la intención de dejar sin efecto dicho decreto. La información en los sitios oficiales del gobierno deja ver que se pretendía derogar la norma reglamentaria, pero solo una vez que estuviera disponible una norma de reemplazo, lo cual deberá darse, según señala el Ministro, cuando se definan y cumplan los procesos de lo que se ha llamado la “consulta de la consulta”.⁷

Con ese objetivo general antes declarado, se anunció la formación de una comisión encargada de diseñar el proceso de consulta sobre la reglamentación de los derechos establecidos en los artículos 6º y 7º del Convenio 169 OIT. La Comisión fue integrada por todos los representantes indígenas del Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) –salvo dos de los representantes mapuche de la Región de la Araucanía en dicha entidad–, por representantes gubernamentales en el referido consejo y por miembros de la Unidad de Coordinación de Asuntos Indígenas del Ministerio Secretaría General de Gobierno. La Comisión se reunió por primera vez el 29 de septiembre de 2011 y fue presidida por el representante Rapa Nui en el Consejo Nacional de la Corporación, Rafael Tuki Tepano.

Luego de la delimitación de las formas adecuadas para el desarrollo de la consulta en cada territorio y la determinación general de los actores relevantes que liderarían dicho proceso en las reuniones de la comisión se abordó la necesidad de derogación inmediata del Decreto Supremo 124. Como se esperaba, los representantes de gobierno señalaron que ello no era posible mientras no se dictara una norma de reemplazo, lo cual debería ocurrir una vez terminado el proceso de consulta.

La representación indígena sostuvo que la vigencia de una normativa reglamentaria contraria a los estándares internacionales obligatorios para el Estado y resistida por todos los líderes indígenas, afectaría seriamente la calidad del proceso de “consulta de la consulta” y mantendría una norma abiertamente vulneratoria de los derechos de los pueblos interesados.

Dicho debate no tuvo solución definitiva y el trabajo de la comisión se interrumpió a fines de 2011. La última reunión de la que da cuenta el sitio oficial del gobierno data del 18 de octubre.

6 Liwenmapu.com: “Red Indígena denuncia al Centro DD.HH. UDP. Presenta peligroso argumento para los pueblos indígenas”, 13 de septiembre de 2011, liwenmapu.wordpress.com/
7 Consultaindigena.cl: “Ministro Lavín anunció cambios en la Consulta de Institucionalidad Indígena”, 1 de septiembre de 2011, www.consultaindigena.cl/index.html

Durante marzo de 2012, el presidente de la comisión envió una carta pública al Ministro de Desarrollo Social esbozando una síntesis de los argumentos por los cuales el DS 124 no cumple con los estándares internacionales de consulta y participación e insistiendo en la necesidad urgente de derogarlo.

Después del anuncio del Gobierno, en mayo de este año, sobre un proceso de preconsulta que finalmente no se realizó, y como resultado de la nueva conformación del Consejo Nacional de la CONADI⁸, se retomó el trabajo de la comisión de consulta, que ahora es presidida por el representante indígena urbano Marcial Colín Lincolao.

En esta oportunidad, la estrategia tanto de los miembros gubernamentales como de los representantes indígenas es ampliar la integración de la comisión. En efecto, existe una manifestación concreta de parte del grupo de líderes indígenas denominado Encuentro de Autoridades Ancestrales y Dirigentes de los Pueblos Indígenas autoconvocados, así como otras organizaciones y líderes, que han estado desarrollando diálogos con representantes del Senado⁹ para generar, en el ámbito legislativo, una reglamentación de la consulta y participación indígena.¹⁰

El 8 de agosto de 2012 el ministro de Desarrollo Social, Joaquín Lavín, presentó en la sede de la OIT en Santiago la propuesta del Gobierno para definir una nueva normativa en relación al derecho a la consulta de los pueblos indígenas. La propuesta del Gobierno se compone de 27 artículos a través de los cuales se busca establecer un procedimiento “para garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta y participación en conformidad a los estándares internacionales.”

Un análisis preliminar de la normativa permite identificar una serie de puntos críticos,¹¹ entre los cuales destaca la exclusión del ámbito de aplicación del nuevo mecanismo de consulta de los proyectos de inversión que deban ingresar al sistema de evaluación ambiental. El artículo 5 de la propuesta señala que, “La medida administrativa que autorice la realización de algún proyecto de inversión susceptible de afectar

8 La elección de los nuevos consejeros se desarrolló en enero con 31.226 sufragios, en una votación que se caracterizó por una baja participación entre los 175 mil acreditados para votar. www.galvarinochile.cl

9 El 27 y 28 de junio se desarrolló el Cuarto Encuentro Nacional de Pueblos Originarios y Comisiones de Derechos Humanos de ambas Cámaras, con el objeto de debatir las dificultades en la aplicación del Convenio 169. La actividad se realizó en la sala de sesiones del Senado del Congreso Nacional, Sede Santiago, participaron los Presidentes de las Comisiones de DD.HH. de ambas Cámaras y se contó con la exposición de Matías Abogabir, Asesor Especial sobre Asuntos Indígenas del Gobierno, sobre los alcances de la Consulta y el Decreto Supremo 124.

10 Sin embargo por medio de una declaración pública con fecha 16 de agosto del presente año, las autoridades ancestrales rechazaron el nuevo plan de consulta del gobierno y desestimaron participar de la comisión ampliada para analizar el nuevo plan de consulta.

11 Por mencionar algunos, el artículo 9 señala una lista de ejemplos sobre cuando existiría afectación directa a través de la cual se restringe el ámbito de aplicación del derecho a la consulta. Además, cabe destacar que las hipótesis de afectación directa (en particular en letra c) no contienen referencia a conceptos claves en materia de derechos de los pueblos indígenas, específicamente: tierras y territorios.

directamente a algún pueblo indígena reconocido en la ley N° 19.253, en los términos señalados en el artículo 9º del presente reglamento, y que ingresen al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán sometidos a los procedimientos de consulta que se contemplan en la Ley N° 19.300 y en el reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto ambiental. Asimismo, cuando algún proyecto de inversión requiera de la adopción de nuevas medidas administrativas para ser ejecutado, éstas nuevas medidas no requerirán ser cometidas a consulta, cuando la medida administrativa que lo autorizó ya hubiese sido consultada en los términos del inciso anterior.”

La exclusión de los proyectos de inversión y la remisión a las normas ambientales –que han sido abiertamente cuestionadas por no haber participado los pueblos indígenas en su formulación original ni en la modificación de 2010– estimaremos será un punto de conflicto, dado que no cumple los estándares internacionales vigentes en la materia. En efecto además de las normas generales sobre consulta y participación –artículos 6 y 7–, el Convenio 169 consagra materias específicas sobre las cuales los pueblos indígenas deben ser consultados, destacando entre ellos la explotación de Recursos Naturales (Art.15.2), configurando lo que podríamos denominar Consulta “Particular”.

En este sentido, la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (CEARC) afirma que, en relación a las consultas, “[...] toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de abordar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de los recursos naturales”.¹²

De este modo, reviste especial relevancia poder analizar el Nuevo reglamento del SEIA, toda vez que la propuesta de Reglamento de la Consulta se remite a él, y poder determinar cuál es el rol que la nueva institucionalidad ambiental debe desempeñar bajo los estándares del Convenio 169. Cabe destacar que el reglamento del SEIA está redactado en lenguaje facultativo, lo que es una contradicción, dado que la consulta es un derecho de los pueblos indígenas, derecho que tiene su fuente en un instrumento internacional jurídicamente vinculantes para el Estado de Chile. (“Art 86: Diálogo con grupos humano indígenas. [...] El Director Regional o el Director del Servicio podrán realizar un proceso de diálogo con los grupos humanos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad. [...]”). Además, la normativa en cues-

12 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1^a), pp. 731-732, 98° reunión, 2009.

tión genera un problema mayor si consideramos que la mayoría de las causas judiciales en las cuales las comunidades indígenas han invocado su derecho a ser consultados tiene relación con proyectos de este tipo.¹³

En definitiva, será necesario analizar durante el próximo año cómo se aborda la reciente propuesta del gobierno por los pueblos indígenas, y su relación con el nuevo reglamento del SEIA. Resulta a lo menos peculiar que el cronograma propuesto por el Gobierno tenga por objeto finalizar “la consulta de la consulta” en diciembre de este año. La extensión del proceso depende de un conjunto de factores, donde el principal objetivo debería ser lograr el consentimiento de los pueblos para el establecimiento de un mecanismo de consulta. Contemplar desde un inicio un plazo tan breve respecto a un tema clave, que se posiciona como la piedra angular de los derechos de los pueblos indígenas, permite a lo menos mirar con recelo las intenciones del Estado de propiciar un dialogo y realizar las modificaciones necesarias para lograr el acuerdo con los pueblos indígenas involucrados. Mientras se analice la nueva propuesta, el Decreto Supremo 124 de 2009 sigue plenamente vigente con lo que el Estado de Chile se mantiene en evidente vulneración de los estándares internacionales exigibles en materia de consulta y participación indígena.

1.3. La consulta en los Tribunales Superiores de Justicia

La consulta y participación indígena, tal como está prevista en el Convenio 169 de la OIT, ha sido objeto de consideraciones en diversas sentencias de los tribunales superiores de justicia chilenos. El impacto del Convenio 169 en fallos judiciales ha sido profuso, aunque su aplicación haya sido deficiente en algunos casos.¹⁴

Las decisiones judiciales se han remitido mayoritariamente a la resolución de conflictos por aplicación de la Ley de Bases del Medio Ambiente –Ley 19.300– en casos de calificación ambiental por las autoridades administrativas y respecto de proyectos de inversión que se desarrollan en territorios indígenas. En los últimos fallos –lo que resulta destacable para los efectos de este capítulo– se nota una variación en la doctrina de la Corte Suprema. Inicialmente, la Corte equipara las normas sobre participación ciudadana contenidas en la legislación ambiental con los estandáres de consulta del Convenio 169 de la OIT. En sentencias posteriores es posible encontrar considerandos

13 Corte de Apelaciones de Temuco Rol 1705 - 9 de enero de 2010, Caso Lof Palguín.; Corte Suprema, Rol 5757 - 2010, septiembre de 2010, Caso Comunidad Pepiükelen.; Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 243 - 2010, agosto de 2010,Caso Comunidad Puquiene; Corte Suprema, Rol 10090 – 2011, marzo de 2012, Caso Megaproyecto Eólico Chiloé.

14 Para un análisis más detallado de las jurisprudencia del Convenio 169 desde su entrada en vigor, ver “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: Prólogo del incumplimiento”, en *Anuario de Derecho público 2011*, Universidad Diego Portales.

que restringen el alcance del derecho a consulta y validan el DS 124. En algunas eliminó toda referencia al derecho internacional. La doctrina inicial, que parecía asentada, ha variado recientemente. Si bien el abandono de una doctrina carente de sustento jurídico significa un avance, la actuación de la Corte aún presenta un problema central: no ha fijado criterios generales de interpretación que permitan resolver, a partir de sus fallos, cuestiones cruciales para fijar un marco jurídico delimitado de los estándares de la consulta y participación indígena.

Dos de las más recientes sentencias de la Corte Suprema hacen ostensible este punto: en abril de este año, en el caso Caso El Morro¹⁵, el Tribunal Superior ratificó el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que dejó sin efecto una resolución de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Atacama, que autorizó el proyecto minero El Morro en el sector cordillerano de la provincia de Huasco. La resolución de la Corte Suprema precisa que se anula la resolución mientras no se realicen las consultas a las comunidades indígenas de la zona de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.¹⁶ En el caso de la línea de transmisión eléctrica Melipeuco-Freire,¹⁷ con fecha 8 de junio recién pasado, el alto tribunal revocó la sentencia de la Corte de Temuco, eliminando con ello la invocación que esta hizo de las normas aplicables del Convenio 169, señalando no que no eran aplicables las normas del tratado puesto que el proyecto no producía afectación de las comunidades mapuche adyacentes al proyecto.

Otro asunto que evidencia el cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto es el Caso del megaproyecto eólico Chiloé,¹⁸ resuelto en marzo de este año. La Corte Suprema revocó la desición de la Corte de Apelaciones que había rechazado el recurso por falta de afectación y acogió el recurso, señalando que el proyecto debería someterse a un EIA y exigiendo que el procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley 19.300 se rija por los estándares del Convenio 169. El tribunal superior afirma que la decisión es ilegal por faltar al imperativo legal de consulta, lesionando la garantía de la igualdad ante la ley, porque, al negarse la consulta establecida en el Convenio, se niega el trato de iguales a las comunidades indígenas.

Cabe destacar el Caso Proyecto Sondaje de Prospección Paguanta. Este fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Iquique. Posterior-

15 Corte Suprema, Rol 2211-2012; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 618-2011.

16 Id., “Precisándose que el acto ordenado dejar sin efecto corresponde a la Resolución Exenta N° 49 de fecha 14 de marzo de dos mil once dictada por la Comisión de Evaluación Región de Atacama que califica favorablemente el Proyecto El Morro, en tanto no se subsanen las deficiencias observadas en el fundamento undécimo del fallo en alzada a las consideraciones contenidas en la letra c) en relación a la letra d) del N° 11 de dicha Resolución de Calificación Ambiental”

17 Corte Suprema, Rol 1602-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 349-2011.

18 Corte Suprema, Rol 10090 - 2011.

mente, la Tercera Sala de la Corte Suprema, en desición unánime,¹⁹ acogió un recurso de protección. La Corte falló que el proyecto se encontraba emplazado en el área de desarrollo indígena “Jiwasa Orage”, en virtud del DS 67 de 2001,²⁰ y que por lo tanto se debería haber realizado un estudio de impacto ambiental. Cabe destacar el razonamiento de la Corte estableciendo que, para otorgar efectividad al derecho a la igualdad consagrado en el artículo primero de la CPR, se debe aplicar en el caso en análisis los estándares de consulta contenidos en Convenio 169. La Corte señala “que conviene dejar consignado que el Convenio N°169 sobre pueblos indígenas y tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegure el ejercicio del derechos esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por lo cuento las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”.²¹ Además, concluyó que las instancias de participación realizadas con el objeto de socializar el proyecto, “a través de reuniones y asambleas, distan de satisfacer las especiales características que posee la consulta cuya omisión se reprocha.”²² La Corte especifica que las sesiones de información y explicación del proyecto a los habitantes del área no constituyen consulta, porque estos no tienen la posibilidad de influir en la gestación y forma del desarrollo del mismo.. En definitiva, la Corte considera que las limitaciones para el desarrollo de proyectos de inversión y la obligación de realizar procesos de consultas no solo se aplican cuando está en peligro la sobrevivencia de un grupo sino también cuando se pueda afectar sustancialmente su forma de vida, como el caso en análisis.

Actualmente existe concenso en la comunidad jurídica chilena sobre la plena aplicabilidad de las normas concernientes sobre consulta y participación indígena, tal y como están contenidas en el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, persisten algunas dudas relacionadas con los estándares precisos y los instrumentos aplicables, interrogantes que no han sido resueltas de manera unificada y precisa por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, permitiendo que –a falta de una

19 Corte Suprema, Rol 11040 - 2011, ministros Sergio Muñoz, Pedro Pierry, María Eugenia Sandoval, Juan Escobar (suplente) y el abogado integrante Luis Bates.

20 Establece que se trata de territorios en los que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los pueblos indígenas y sus comunidades.

21 Corte Suprema Rol 11040 - 2011, considerando 5º.

22 Id., considerando 9º.

normativa que establezca claridad en la materia– los fallos judiciales se sumen a la incertidumbre del alcance de la consulta.

Los casos antes mencionados tambien ponen de relieve como la judicialización de proyectos de inversión que involucran tierras, territorios y recursos naturales de pueblos indígenas ha sido fuertemente cuestionada por sectores empresariales. La “falta de certeza” o “incertidumbre” ha llevado al sector empresarial a realizar un llamado a las autoridades de gobierno a definir los mecanismos administrativos, afirmando que la aleatoriedad de los fallos judiciales paralizará los proyectos de inversión y desencadenará una crisis en el área productiva y de desarrollo.²³ En contrapartida, los pueblos indígenas han encontrado en la judicialización de sus casos una alternativa válida ante la omisión de las autoridades de gobierno en propiciar un proceso participativo para determinar un mecanismo de consulta legitimado por los pueblos indígenas y conforme a los estandares internacionales.²⁴

En síntesis, el foro en donde se han puesto en juego los alcances y aplicación concreta de la consulta indígena ha sido el judicial; este, si bien ha ido considerando de manera creciente las normas del Convenio 169 sobre la materia, no ha dirimido si los ámbitos de aplicación de la ley indígena y ambiental satisfacen los requerimientos de la consulta y participación contenidos en los instrumentos internacionales.

1.4. Proyectos de ley y el derecho a la consulta

Uno de los principales desafíos en materia de consulta se refiere al establecimiento de un mecanismo que garantice la participación de los pueblos indígenas en proyectos de ley referentes a temáticas que los involucren o que consagren medidas susceptibles de afectarles directamente. En esta materia, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, tras su visita a Chile en 2009 y al referirse a los criterios para hacer operativa la consulta sobre la reforma constitucional en Chile, distinguió dos niveles de consulta: tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo tienen la obligación de realizar procesos de consulta cuando se trate de adoptar medidas que involucren y afecten a los pueblos indígenas. En este sentido afirmó:

43. Tal como entiende el Relator Especial, y concordante con la práctica comparada, en Chile el ejercicio del deber de consultar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas

23 *La Tercera*: “Inversiones por US\$ 22 mil millones trabadas por resistencia de comunidades”, 10 de junio de 2012.

24 *La Tercera*: “Chile. Consulta indígena y la Corte Suprema”, 23 de mayo de 2012.

susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al poder legislativo. El Tribunal Constitucional estableció en relación al artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, que "La norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que [...] está modificando las disposiciones de la Ley orgánica constitucional del Congreso Nacional" e introduce "una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley".

44. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no excluye, sin embargo, las obligaciones que correspondan también al ejecutivo, en su papel de colegislador, de llevar a cabo las consultas necesarias con los pueblos indígenas en relación con los proyectos de ley que el ejecutivo presente ante el legislativo. [...]
45. En Estados con sistemas de producción normativa similares al de Chile también se han planteado consultas en dos niveles, como en el caso de Colombia, donde las consultas llevadas a cabo en relación con proyectos legislativos introducidos por el ejecutivo se realizan de manera previa a las audiencias celebradas por la Comisión de Derechos Humanos del Congreso con miras a consultar a los pueblos indígenas.²⁵

Urge el establecimiento de un mecanismo de consulta para evitar que sigan aprobándose leyes sobre las cuales los pueblos indígenas debieron ser consultados y en que no pueden incidir por no contar con un mecanismo efectivo de participación. En esta evidente falta de las autoridades del Estado radican los motivos por los cuales muchos procesos de aprobación legal o reglamentaria en el último tiempo han sido cuestionados. En algunos casos, se han realizado procesos de consulta indígena deficitarios, como la modificación del reglamento sobre participación ciudadana de la Ley de Bases del Medio Ambiente; respecto a otros proyectos de ley, simplemente no se desarrolló proceso de consulta alguno. Entre estos últimos, destacan la reforma constitucional que regula la migración a la Isla de Pascua, la llamada Ley de Antidiscriminación y la modificación a la Ley de Pesca²⁶, por mencionar algunos casos que han tenido connotación pública.

La autoejecutabilidad como criterio obligatorio para todas las autoridades del Estado; la jerarquía –al menos supralegal– del Convenio 169,

25 Párrs. 43, 44 y 45 del Apéndice A sobre "Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas", del Informe presentado por el Relator Especial ante el Consejo de Derechos Humanos de su visita a Chile, el 5 de octubre de 2009.

26 El 18 de julio del 2012, la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de ley sobre la nueva Ley de Pesca. Esta, adoptada sin consulta de los pueblos indígenas del país, permite de facto a siete familias controlar la pesca de todo el país, en detrimento de las pequeñas y medianas empresas pescadoras y de los pueblos indígenas cuya supervivencia depende del mar, como los Mapuche Lafkenche. El proyecto todavía debe ser discutido en el Senado. Los Lafkenche anunciaron que van a continuar movilizándose por su derecho a la pesca y a la vivienda.

a la luz del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política; así como la mayor rigurosidad de los requerimientos de consulta y participación indígena en comparación tanto con las normas ambientales sobre participación como con las de la ley indígena y su reglamentación, obligan a todas las autoridades estatales a desarrollar estos derechos de acuerdo a los estándares correctos y exigibles a Chile.

Avanzar en materia de consulta y participación indígena es una tarea crucial y urgente que requiere de acciones tendientes, en primer lugar, a la adopción por parte de todas las agencias y autoridades estatales de los estándares obligatorios para ellas y, en segundo término, el desarrollo de mecanismos adecuados para asegurar los derechos de los pueblos que son sus titulares.

2. VIOLENCIA CONTRA COMUNIDADES INDÍGENAS, LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA Y CRIMINALIZACIÓN

Como se dio cuenta en el *Informe 2011*, en marzo de ese año cuatro comuneros mapuche iniciaron una huelga de hambre –que se prolongó hasta junio del mismo año– en protesta por la aplicación de la ley antiterrorista para determinar sus condenas. La huelga se depuso una vez creada la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche²⁷, que tendría a su cargo:

- i) Realizar buenos oficios destinados a resolver situaciones generales o particulares de las personas que pertenecen al pueblo mapuche
- ii) Emitir recomendaciones basadas en los estándares internacionales de derechos humanos, con especial énfasis en los compromisos suscritos por el Estado de Chile
- iii) Proponer una reforma efectiva de la Ley 18.314 de manera que se ajuste en su tipificación a los estándares internacionales y a analizar las obligaciones que debe cumplir el Estado de Chile en materia de reclusión de personas pertenecientes a pueblos indígenas, de conformidad a lo establecido en el art. 1º del convenio 169 de la OIT.

La Comisión tendría un mandato de nueve meses desde su constitución formal para realizar las actividades previstas, y dos meses adicionales para la elaboración de un informe que emitiría recomendaciones. Desde la presentación del último *Informe Anual sobre Derechos Humanos UDP*, la Comisión ha sesionado dos veces, abordando, entre otros temas, la necesidad de modificar o derogar la Ley Antiterroris-

27 Instituto Nacional de Derechos Humanos: "Se constituyó en Concepción la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche", 21 de julio de 2011, www.indh.cl

ta, por contraponerse con estándares internacionales en materia de derechos humanos establecidos en el Convenio 169 de la OIT; la obligatoriedad de consultar el proyecto de ley de pesca y la falta de consulta del Reglamento sobre impacto ambiental²⁸. El 6 de septiembre la Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche concluyó su labor y anunció que será entregado al Estado un informe con recomendaciones específicas sobre diversos temas, entre ellos: la Ley Antiterrorista, los derechos territoriales y la discriminación que afecta, en distintos ámbitos al pueblo mapuche.²⁹

Si bien la huelga de hambre de los comuneros logró llamar la atención temporalmente sobre la obligación del Estado de Chile de adecuar la Ley 18.314 a los estándares internacionales, la presión generada no fue suficiente para lograr ese cometido. Las múltiples solicitudes de derogatoria o modificación culminaron el 21 de junio de 2011 con la última reforma de la norma –mediante la promulgación de la Ley 20.519– en que se consignó expresamente que la ley “no se aplicará a las conductas ejecutadas por personas menores de 18 años”³⁰. La reforma limitó la edad para poder ser imputado, pero no corrigió los defectos más graves de la ley: su amplitud y las limitaciones que impone al debido proceso.

Pese a la prohibición, la Fiscalía ha pretendido imputar a menores de edad cargos por presuntos delitos contenidos en la ley antiterrorista, como ocurrió en marzo de 2012 durante la preparación del juicio oral en el tribunal de Garantía de Victoria, cuando el Ministerio Público formuló cargos por los delitos de robo con intimidación de carácter terrorista, incendio terrorista y asociación ilícita terrorista, entre otros, a diez comuneros –entre ellos dos menores de edad– por hechos presuntamente ocurridos durante 2009³¹.

Desde hace un tiempo, este *Informe* ha dado cuenta de las preocupaciones y recomendaciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos a propósito de la aplicación de la Ley Antiterrorista a actos relacionados con la “lucha social” por la tierra y las reclamaciones legítimas de los indígenas. La reciente decisión de la Comisión Interamericana³² de admitir la demanda y someter al

28 www.indh.cl

29 Instituto Nacional de Derechos Humanos: “Comisión por los Derechos del Pueblo Mapuche concluye su labor con informe que será entregado al Estado”, 6 de septiembre de 2012, www.indh.cl

30 Esta última reforma solo tuvo por objeto aclarar y hacer explícito uno de los principales puntos incluidos en la reforma del octubre de 2010.

31 Radio Universidad de Chile: “Tribunal inicia juicio a mapuche imputados por Ley Antiterrorista en medio de críticas”, 26 de marzo de 2012.

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de admisibilidad 89/06. Petición 619-03. Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún Paillalao c. Chile*. 21 de octubre de 2006. Afirma la CIDH como sustento de la admisibilidad del caso: “los alegatos de los peticionarios relativos al régimen penal especial aplicado a las presuntas víctimas, la definición de la conducta antijurídica o tipo penal utilizado, la determinación del juez competente y el derecho a defensa,

conocimiento de la Corte el caso de los *lonkos* Aniceto Norín y Pascal Pichún –primera imputación de miembros del pueblo mapuche bajo la Ley Antiterrorista– impone retomar las recomendaciones que en 2007 hizo el Comité de Derechos Humanos³³, a efectos de evaluar el estado actual de cumplimiento de la recomendación y los estándares a los que debería someterse la Ley Antiterrorista.

En su momento, el Comité expresó:

la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, podría resultar demasiado amplia (...) esta definición ha permitido que miembros de la comunidad Mapuche hayan sido acusados de terrorismo por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos sobre sus tierras. El Comité observa también que las garantías procesales, conforme al 14 del Pacto, se ven limitadas bajo la aplicación de esta ley. (artículos. 2, 14 y 27 del Pacto)

Acto seguido recomendó:

adoptar una definición más precisa de los delitos de terrorismo de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, religiosos o ideológicos. Tal definición debe limitarse a crímenes que ameriten ser equiparados a las consecuencias graves asociadas con el terrorismo y asegurar que las garantías procesales establecidas en el Pacto sean respetadas (énfasis añadido)

Ahora bien, la Ley Antiterrorista vigente a la fecha establece que:

Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometía con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima

podrían llegar a caracterizar prima facie una violación de los derechos garantizados en los artículos 8 y 9 (garantías judiciales y Principio de Legalidad y de Retroactividad, respectivamente) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Aniceto Norín Catrimán y Pascual Huentequeo Pichún Paillalao. Asimismo, en virtud de los alegatos de los peticionarios relativos a la aplicación a las presuntas víctimas de un régimen penal especial más severo que el régimen común, en virtud de su origen étnico, la CIDH considera que los hechos denunciados podrían caracterizar una violación al artículo 24 de la Convención (igualdad ante la ley) (textos entre paréntesis añadidos). El 4 de julio de 2012, mediante comunicación dirigida a las partes, la Corte IDH informó y solicitó observaciones, sobre un presunto desistimiento de la demanda ante el sistema interamericano por parte de los *lonkos* Norín y Pichún. Acto seguido, estos afirmaron que su firma fue falsificada y/u obtenida bajo engaño. A la fecha, no ha habido un pronunciamiento oficial que dirima la controversia.

33 Comité de Derechos Humanos, 89º periodo de sesiones, Nueva York, 12-30 de marzo de 2007, GENERAL CCPR/C/CHL/CO/5 17 “

de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

La presente ley no se aplicará a las conductas Art. 1 N° 1 ejecutadas por personas menores de 18 años (...)

En lo que tiene que ver con la definición del delito de terrorismo, el Ex Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, subrayó la “necesidad de limitar estrictamente la aplicabilidad de la legislación antiterrorista a actos específicos que representen un nivel de violencia suficientemente elevado como para distinguir de cualquier otro tipo de hecho delictivo la naturaleza particularmente grave del terrorismo”³⁴.

En tal sentido, ha sugerido que las disposiciones de orden interno que definen el delito de terrorismo lo hagan con base en la descripción que de tal hace la Resolución 1566 de 2004 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que requiere de tres condiciones acumulativas:

- a) Que se cometa contra miembros de la población en general o contra determinados sectores de la población en general, con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes;
- b) Que se cometa con el propósito de provocar un estado de terror, de intimidar a una población o de obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo;
- c) Que contenga todos los elementos de un delito grave definidos por la ley vigente en el momento de su comisión³⁵.

A su vez, ha puntualizado que “el elemento importante de la resolución es el carácter acumulativo de su tipificación de terrorismo (...) la tipificación en tres pasos que figura en la resolución 1566 (2004) del Consejo de Seguridad respecto de los actos que deben prevendirse –o sancionarse, cuando no hayan podido prevenirse– en la lucha contra el terrorismo aprovecha los delitos acordados actualmente en relación con los aspectos del terrorismo utilizándolos como delitos de referencia, y establece un umbral apropiado exigiendo que, además, tales delitos se cometan con la intención de causar la muerte

34 Consejo de Derechos Humanos, 16º periodo de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martín Scheinin, 15 de diciembre de 2010. (énfasis añadido)

35 Id.

o lesiones corporales graves o de tomar rehenes; y con la intención de provocar un estado de terror, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo”.

La formula acumulativa garantiza que sean considerados como actos de carácter terrorista los que cumplan estos tres parámetros.

La tipificación actual de la legislación antiterrorista no está a la altura de los estándares internacionales por varias razones: i) no utiliza el criterio acumulativo, ii) incluye delitos cuyo efecto no es causar la muerte o lesiones corporales graves a las personas, iii) mantiene una definición tan amplia del delito de terrorismo que permite adecuar a ese tipo penal conductas que no lo son y iv) no especifica de manera taxativa qué conductas lo constituyen.

En una carta conjunta, firmada el 26 de octubre de 2011, que analiza la situación de los presos mapuche que fueron inicialmente imputados bajo la Ley Antiterrorista, el Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y el Relator Especial sobre los derechos de los indígenas afirman que: “el principio de legalidad en el derecho penal, contemplado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como por ejemplo en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual no es derogable incluso en situaciones de emergencia pública, implica que el requisito de responsabilidad penal esté limitado a disposiciones claras y precisas de la ley para respetar el principio de seguridad jurídica y asegurar que dicho requisito no se vea sujeto a interpretaciones que podrían ampliar la definición de la conducta prohibida”³⁶.

El Relator Especial Ben Emmerson considera que es esencial que se perciba que la protección de los derechos de las víctimas del terrorismo es una responsabilidad jurídica genuina que compete principalmente a los Estados y que no se utilice como pretexto para violar los derechos humanos de los sospechosos de terrorismo, para adoptar medidas de emergencia que establezcan poderes ejecutivos excesivos y desproporcionados o para otros propósitos de carácter fundamentalmente político; y señala que será firme al responsabilizar a los Estados cuando considere que la obligación de proteger los derechos de las víctimas del terrorismo se esté usando de manera inadecuada para encubrir acciones

36 Mandatos del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. REFERENCE: AL Indigenous (2001-8) Terrorism (2005-4) G/SO 214 (53-24) CHL 1/2011. 26 de octubre de 2011. (énfasis añadido)

represivas del Estado que no sean consistentes con las normas internacionales sobre la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de quienes estén acusados de preparar, instigar o cometer actos de terrorismo³⁷.

2.1. Situación en Temucuicui

Dentro de los últimos hechos de violencia acaecidos en la zona sur del país, destaca lo ocurrido la mañana del lunes 23 de julio, fecha en que la comunidad mapuche Ignacio Queipul de Temucuicui ingresó a los predios Montenegro y La Romana, propiedad del agricultor René Urban, en lo que denominaron una recuperación productiva de sus tierras³⁸. Carabineros desalojó violentamente el recinto, utilizando balines y gases lacrimógenos e hiriendo al menos a dos personas. Doce comuneros mapuche fueron detenidos³⁹. La madrugada del martes 24 se produjeron nuevos hechos de violencia en la zona: un grupo de encapuchados incendió dos camiones forestales en la ruta que une a las ciudades de Temuco y Nueva Imperial⁴⁰.

Destaca, entre los hechos más graves, lo ocurrido a las afueras del Hospital de Collipulli: mientras algunos miembros de la comunidad se encontraban fuera del recinto hospitalario para averiguar el estado de salud de los detenidos en el allanamiento del día anterior, la policía disparó balines a pocos metros de los presentes, hiriendo a un adolescente de 16 años y a una niña de 12⁴¹.

2.2 Cumbre de seguridad

Como consecuencia de lo anterior, el gobierno convocó una Cumbre de Seguridad que analizó los últimos hechos de violencia en la Araucanía⁴². Participaron el Presidente Sebastián Piñera; el ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter; el subsecretario Rodrigo Ubilla; el general director de Carabineros Gustavo González; el director nacional de la PDI Marcos Vásquez; el fiscal nacional Sabas Chahuán; el fiscal regional de La Araucanía, Francisco Ljubetic; el jefe de la IX Zona de

37 Asamblea General de Naciones Unidas, Sexagésimo sexto periodo de sesiones. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Ben Emmerson, 18 de agosto de 2011, A/66/310

38 werken.cl: "Comunidad Mapuche Ignacio Queipul de Temucuicui, reinicia recuperación productiva del fundo Monte Negro", 23 de julio de 2012.

39 *La Nación*: "12 comuneros detenidos tras desalojo de fundo La Romana en Ercilla", 23 de julio de 2012.

40 *El Mercurio*: "Quema de dos camiones forestales recrudece violencia en La Araucanía", 23 de julio de 2012.

41 Cooperativa: "Impacto causan imágenes de niños mapuche heridos en Collipulli", 24 de julio de 2012.

42 *La Tercera*: "Autoridades se reúnen en Cumbre de Seguridad por conflicto mapuche en La Araucanía", 24 de julio de 2012, www.latercera.com

Carabineros, general Iván Bezmalinovic; y el jefe de la Dirección de Inteligencia Policial de Carabineros, general Christian Fuenzalida; además de autoridades regionales encabezadas por el intendente de La Araucanía, Andrés Molina. La cumbre no incluyó al Defensor Penal Público ni a las autoridades indígenas.

El encuentro concluyó con un Plan Especial de seguridad para la región de la Araucanía, que dispuso una serie de medidas⁴³ encaminadas a apaciguar el conflicto. La mayoría de medidas adoptadas involucran al fortalecimiento de las facultades de investigación, el aumento de dotación policial en la zona y el incremento de recursos para las policías, tanto de Carabineros como de Investigaciones⁴⁴. Llama la atención, por decir lo menos, que, dada la naturaleza de las medidas discutidas y teniendo en cuenta que algunas de ellas podrían ser objeto de consulta, se haya obviado convocar a las autoridades indígenas.

Dentro de las medidas adoptadas, se creó una Unidad Permanente y Especializada de abogados para el seguimiento de las querellas criminales. La unidad estará a cargo del exfiscal del “caso bombas”, Alejandro Peña. Peña fue ampliamente criticado por su rol dentro del proceso –que culminó con la libertad de todos los imputados–, incluyendo serios cuestionamientos sobre la independencia de su gestión. El nombramiento de Peña como jefe de la Unidad ha levantado críticas sobre su idoneidad para desempeñar el cargo y enfrentar uno de los momentos más complejos de violencia en la región.⁴⁵

Al cierre de este *Informe*, miembros de la alianza territorial mapuche se encontraban ocupando de manera pacífica las oficinas de Unicef en Santiago desde el jueves 26 de julio. Las ocupantes⁴⁶ manifestaron su decisión de mantenerse ocupando las oficinas del organismo internacional hasta que el Representante Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos solicite al Ministerio del Interior el retiro total de las fuerzas policiales de sus territorios.

3. SEGUIMIENTO DE CASOS DE VIOLENCIA POLICIAL EN LA ARAUCANÍA

3.1. El caso de Matías Catrileo Quezada

Como se documentó en el *Informe 2011*, la familia del joven Matías Catrileo (muerto en enero de 2008 durante la toma del fundo Santa

43 Ministerio del Interior y Seguridad Pública: “Ministro Rodrigo Hinzpeter anunció Plan Especial de Seguridad para la Región de La Araucanía”, 24 de julio de 2012, www.interior.gob.cl

44 *La Tercera*: “Cumbre de seguridad: Policías comprometen envío de más efectivos a La Araucanía y fiscalía aumentará recursos”, 24 de julio de 2012, www.latercera.com

45 *El Mostrador*: “Tuma sobre designación de Peña para investigar el conflicto mapuche: ‘No pudimos quedar en peores manos’”, 30 de julio de 2012, www.elmostrador.cl

46 Al interior de la oficinas de Unicef se encuentran tres mujeres –Sandra del Rosario Meza Huencho, Fanny Meza Huencho y María Isabel Paillal Henchuqueo– y una niña de dos años de edad.

Margarita de Vilcún) accionó un recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte Marcial de Valdivia, que aumentó a tres años y un día la condena que había impuesto el tribunal militar de Temuco en contra del funcionario de Fuerzas Especiales de Carabineros Walter Ramírez⁴⁷.

Al cierre del capítulo anterior, estaba pendiente la revisión del fallo por parte de la Corte Suprema. El Tribunal se pronunció el 15 diciembre de 2011, rechazando los recursos de casación presentados, en un fallo unánime de los magistrados que integran la Sala Segunda. El fallo rechazó la solicitud de anulación por cuanto, en su parecer, hubo suficiente fundamentación en la sentencia recurrida, razón por la cual no sería procedente la casación. En lo relacionado con el otorgamiento de libertad vigilada, el Tribunal manifestó que, dado que el beneficio no es parte del contenido esencial de la sentencia, no podía ser reclamado por vía del recurso de casación⁴⁸.

3.2. El caso de Jaime Mendoza Collio

Al cierre del *Informe 2011* se reportó que la Corte de Apelaciones de Temuco sobreseyó la causa por homicidio frustrado en contra del carabinero Francisco Jara, pronunciamiento que desacreditó la tesis propuesta por la defensa del funcionario, que sugirió que este había disparado a Mendoza Collio en legítima defensa. El 24 de noviembre de 2011, el juez Militar de Valdivia, General de Ejército Alejandro Maggi, profirió condena en contra de Jara Muñoz, sentenciándolo a cumplir 5 años y un día de presidio. No obstante lo anterior, llama la atención que, pese a la gravedad de los hechos, el funcionario se encuentre cumpliendo funciones administrativas al interior de Carabineros.

La sentencia del Tribunal Militar de Valdivia omitió la recomendación de la Fiscalía de Angol, que sugería una condena que aplicara la pena máxima de 15 años. Acto seguido, la familia de Mendoza Collio presentó sus descargos ante la Corte Marcial para que se aumente la pena. La Corte Marcial, en sentencia del 16 de agosto de 2012, revocó la sentencia apelada y absolvío al cabo Jara Muñoz. El tribunal acogió la tesis de legítima defensa y dio por no acreditado el montaje, en

47 La Casación se solicitó argumentando que: "i) los jueces de alzada debieron consignar circunstancialmente los fundamentos que tuvieron en cuenta para desechar su apelación, compartiendo erradamente, en su concepto, la configuración de las atenuantes establecidas en los numerales 6 y 10 del artículo 11 del Código Penal; ii) el fallo impugnado, si bien reproduce el artículo 68 del código citado, no explica el razonamiento empleado para rebajar la pena asignada al delito del cual resultó responsable como autor el carabinero Ramírez Inostroza, no pudiéndose inferir que la sola configuración de dos atenuantes, consideradas además en forma errónea, sea argumento suficiente para rebajar la pena en un grado, como tampoco para imponerla en el mínimo y iii) tampoco se da cumplimiento a los artículos 15 N° 3 y 24 de la Ley N° 18.216, dado que se concede el beneficio de la libertad vigilada sin invocar fundamento alguno, cuestión que conculta abiertamente las normas citadas."

48 Corte Suprema, Rol 6780-2010, Sentencia del 15 de diciembre de 2011.

contradicción a los informes periciales. El abogado Lorenzo Morales, representante de la familia del comunero mapuche Jaime Mendoza Collío, criticó el fallo que absolió al cabo Jara y afirmó que “lo grave de la sentencia impugnada es que desecha los peritajes científicos afianzados en el proceso de conformidad al artículo 120 bis número 3 del Código de procedimiento penal [...] y acoge un metaperitaje no considerado en la sentencia del Juez militar de Valdivia, por haber sido emitido por persona no profesional del área, tal como consta en los antecedentes de la causa.” Al cierre de este informe, el abogado Morales ya había deducido el recurso de casación en el fondo y señaló que la familia estaba considerando acudir a instancias internacionales, específicamente, presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁹

4. INCORPORACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS EN MATERIA PENAL Y DE FAMILIA

El Convenio 169 dispone en su artículo 8 que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

A su vez, el artículo 9 del mismo instrumento puntualiza que:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

49 Información proporcionada por el Abogado Lorenzo Morales Cortes.

Por primera vez desde la publicación de este *Informe*, analizaremos brevemente las sentencias que han incorporado los estándares internacionales dentro de sus razonamientos, fuera del ámbito ambiental. Durante el último año, los tribunales han extendido la obligatoriedad del Convenio más allá del derecho a la consulta y han incorporado, por ejemplo, la perspectiva intercultural –como atenuante de la responsabilidad penal–, el derecho de las comunidades indígenas a no ser violentadas en el marco de operativos policiales y la obligación de tomar medidas especiales de salvaguarda, entre otros.

a) Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia del 27 de octubre de 2011⁵⁰.

El Tribunal precisa que la calidad de indígena no requiere de prueba adicional a la establecida en el artículo 2 de la Ley 19.253 y, en tal sentido, afirma que si uno de los demandantes tiene apellido de procedencia indígena no necesita acreditar su pertenencia con ningún otro medio de prueba.

Acto seguido, homologa el acuerdo reparatorio al que llegaron las partes, a propósito de un proceso cursado por violencia intrafamiliar. Para aprobar el acuerdo, interpreta la Ley 20.066 a la luz del Convenio 169 y concluye que, en el caso particular, “es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido, por sobre la Ley 20.066”. El Tribunal es claro en establecer que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, si ello es compatible con el ordenamiento interno.

Este fallo fue posteriormente apelado por cuanto, en opinión de los demandantes, “los acuerdos reparatorios (...) resultan ser débiles por no existir pie de igualdad entre los intervenientes y además, por aplicación del principio de especialidad, en cuya virtud debe aplicarse el artículo 19 de la Ley 20.066 por sobre el Convenio 169 de la OIT”. En sentencia del 4 de enero de 2012, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco. Aunque el máximo tribunal no fue explícito en señalar que el Convenio prima por sobre la ley interna en cuestión o viceversa, adujo que la interpretación del Tribunal regional no comportó una falta o abuso en cuanto fue justificada. La Corte Suprema omitió referirse a lo acertado o no en la interpretación de la sentencia apelada.

50 Rol: 10635-2011.

b) Corte de Apelaciones de Temuco, Recurso de protección, 16 de diciembre de 2011⁵¹.

El Tribunal conoció de un recurso de protección interpuesto por cinco mujeres pertenecientes a la comunidad *Wente Winkul Mapu* en contra de la Gobernación de la provincia de Malleco, Carabineros de Chile y otros. Las demandantes precisaron que el recurso buscaba proteger a los niños, ancianos, hombres y mujeres de la comunidad del accionar de la fuerza pública que, durante un allanamiento a la comunidad, disparó gases lacrimógenos en casas donde habitaban menores y mayores de edad, afectando su salud.

La Corte estableció que los hechos narrados por los peticionarios eran ilegales al violar la Convención del Niño y el artículo 4 del Convenio 169, que obliga a la autoridad pública a tomar medidas especiales para salvaguardar a las personas que integran las comunidades indígenas. La sentencia acogió el recurso de protección y ordenó a Carabineros que se abstuviera de realizar actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en los patios de las viviendas de la comunidad referida. El recurso fue revocado por la Corte Suprema. Este caso es relevante dado que reconoce la posibilidad que, a través del recurso de amparo, se revelen situaciones de violencia estructural. Cabe destacar, en igual sentido, el recurso de amparo interpuesto por el INDH y la DPP a favor de la misma comunidad que sí fue acogido por la Corte Suprema. La directora del INDH, Lorena Fries, afirmó que “la relevancia de este fallo es que se confirma la necesidad de que todo procedimiento policial se ajuste estricta y rigurosamente a los lineamientos internacionales en materia de respeto y garantía de los derechos humanos fundamentales, lo que no ocurrió en el procedimiento efectuado en Ercilla, y donde se vieron afectados física y psicológicamente niños y niñas, mujeres y personas de la tercera edad”⁵².

c) Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia del 21 de diciembre de 2011⁵³.

La Defensoría Penal Pública presentó una acción de amparo a favor de FMM, niño mapuche de 10 años, miembro de la comunidad de Temucuicui, y de otros integrantes de la misma.

La acción se fundamentó en la privación de libertad de FMM con ocasión de uno de varios operativos policiales en la zona. El niño estuvo retenido por varias horas y fue liberado al día siguiente. El

51 Rol: 342-2011

52 INDH: “Corte Suprema acoge apelación del INDH y Defensoría Penal por violencia policial en Ercilla”, 20 de julio 2012, www.indh.cl.

53 Rol: 1136 -2011

demandante alegó que los hechos se enmarcan dentro de un estado de hostigamiento policial permanente a la comunidad, en la que efectivos policiales hacen presencia permanente, registran las viviendas y utilizan gases lacrimógenos.

La Corte estableció que la detención del menor efectivamente fue arbitraria. Pese a no constatar otro daño y afirmar que los operativos policiales se encontraban legitimados formalmente, estos motivaron el cuestionamiento del Tribunal “respecto de la necesidad de tales incursiones y de la racionalidad de los medios empleados para llevarlas a cabo”, por lo que “sitúan a carabineros frente al riesgo permanente de vulnerar no solo lo dispuesto en el artículo 19 No. 7 de nuestra Carta Fundamental sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT (...”).

En fallo del 5 de enero de 2012, la Corte Suprema confirmó la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Temuco, sin presentar consideraciones para sustentar la confirmación del fallo.

d) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 11 de enero de 2012⁵⁴.

La Segunda Sala acogió de manera unánime un recurso de casación presentado en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción en el cual se había dictado sentencia por los homicidios de José del Carmen y Agustina del Carmen Huenupe Pavián, y las lesiones a otras 14 personas, perpetrados al interior de la comunidad mapuche Cauñicú el 13 de julio de 2002.

El máximo tribunal determinó que la muerte de los dos hermanos y las lesiones se habían producido en “el marco de una solución ancestral de conflicto en las comunidades mapuche conocida como malón, que implica el desalojo violento de un lugar cuando no se cumplen con las normas de convivencia del grupo”.

En este caso se admitió por primera vez la pericia antropológica como medio de prueba para valorar la costumbre indígena, se redujo la condena a acusados mapuche sobre la base de su costumbre y se reconoció explícitamente que el derecho consuetudinario mapuche es fuente de derecho y, en el caso concreto, resulta compatible con la legislación chilena.

Afirma la Corte:

tales preceptos hacen plenamente aplicable la costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, la que constituye derecho, siempre que no sea incompatible con la Carta Magna del Estado, práctica que en materia

54 Rol: 2683-2010.

penal "...puede servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad...", lo que en el caso sub lite, si bien no califica para darle el tratamiento de eximente de responsabilidad penal, existen antecedentes suficientes y coherentes para considerarla como "aminorante" de la conducta demostrada por los enjuiciados, recepcionando así el derecho consuetudinario y hábitos del pueblo pehuenche como fuente de derecho, de modo de hacer compatible la sanción penal prevista en nuestra legislación general con las características económicas, sociales y culturales de esa etnia.

- e) Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia del 15 de marzo de 2012⁵⁵.

El INDH presentó un recurso de protección a favor de las niñas, niños y adolescentes de la comunidad José Jineo, con ocasión de la publicitada incursión de carabineros a la comunidad y la posterior golpiza que sufrió una madre con su hijo en brazos, video que fue difundido ampliamente por las redes sociales.

La Corte de Apelaciones constató que los hechos denunciados fueron arbitrarios e ilegales y constituyeron violaciones a los derechos constitucionales de los recurrentes y a las disposiciones consagradas en los instrumentos internacionales: Convención de los Derechos del Niño, artículo 3 y artículo 3.2 del Convenio 169. En consecuencia, ordenó que se abstuviesen de efectuar actos que, como el particular, menoscabén los derechos de los niños en cuyo favor se recurrió.

- f) Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de julio de 2012.

El máximo tribunal confirmó la sentencia dictada el 5 de julio de 2012 por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, que acogió un recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública en favor de siete comuneros del Lof Wente Winkul Mapu, entre ellos, un anciano y dos menores de edad. La sentencia comporta un avance en dos ámbitos: por una parte, dispone que debe reconocerse y respetarse sus arraigadas costumbres, en especial con relación a su pertenencia racial y territorial, y, por otra, establece que la actuación de la Policía, en lo que tiene que ver con los comuneros accionantes, excedió el marco de lo aceptable, afectando derechos y garantías de terceros, aunque estos se hubieran opuesto indebidamente al accionar de la fuerza pública.

55 Rol: 127 – 2012.

5. CASO GABRIELA BLAS BLAS

El caso de Gabriela Blas Blas contiene diversas vulneraciones al debido proceso y estándares internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas.

En julio de 2007, Gabriela Blas, pastora aymara, extravió a su hijo de tres años DEB mientras realizaba labores de pastoreo de acuerdo a la costumbre ancestral aymara. Tras darse cuenta de su extravío, inició su búsqueda. Al día siguiente, no habiendo obtenido resultados, decidió informar a Carabineros de lo sucedido. Desde ese momento y durante los próximos siete días, Gabriela Blas fue mantenida en condiciones de detención arbitraria e ilegal, y dijo haber sido sometida a apremios ilegítimos constitutivos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Posteriormente, fue trasladada a la ciudad de Arica, donde se efectuó su control de detención, quedando en prisión preventiva, situación que se prolongó por tres años, una de las más largas en Chile desde la Reforma Procesal Penal. Luego de dos juicios orales, habiéndose anulado el primero por la Corte de Apelaciones de Arica por vulneración de garantías judiciales, y en circunstancias que el cuerpo del menor fue encontrado sin vida, sin ningún rastro que permitiera atribuir su muerte a la acción de terceros, Gabriela Blas fue condenada a 12 años de privación de libertad por el delito de abandono de menor con resultado de muerte. La sentencia condenatoria se basa en una visión urbana y occidental de cuál debiera constituir la conducta esperable de una madre, sin consideración de las circunstancias culturales propias de Gabriela Blas, en cuanto pastora aymara⁵⁶.

En el caso de Gabriela Blas se produjeron diversas violaciones a los estándares internacionales sobre debido proceso, a saber: la falta de entrega de información sobre su condición de detenida y de sus derechos, la obtención de pruebas sin orden de un Fiscal o judicial y mediante sometimiento a tratos crueles inhumanos y degradantes, la prisión preventiva sin fundamento suficiente, y la vulneración a de los artículos 8 y 9 del Convenio 169, que obligan al Estado a considerar especialmente la costumbre indígena y a facilitar los medios suficientes para un eficaz acceso a la justicia.

La abogada Catalina Lagos afirmó que la sola persecución penal de Gabriela Blas por el delito de abandono evidencia ya un acto discriminatorio en el sentido clásico, por cuanto se la trata de manera diferente al resto de la población en su situación, sin que exista una justificación razonable para ello. En Chile se presentan cerca de 3.000 denuncias por pérdida de personas al año, de las cuales alrededor de un 20%

56 Información proporcionada por Catalina Lagos Tschorne, Abogada de Corporación Humanas.

nunca son resueltas, sin que existan acusaciones por el delito de abandono en tales casos. Finalmente, el 29 de mayo de 2012 Gabriela Blas fue beneficiada con un Indulto Particular por parte del Presidente de la República, consistente en la rebaja de la pena de 12 años de presidio a 6. El Decreto reconoce, aunque parcialmente, la vulneración persistente de sus derechos. Posteriormente, en virtud de la Ley 20.588, resultó beneficiaria de un indulto general a partir del 9 de junio de 2012, sin perjuicio de haber quedado sometida a medidas de control penitenciario consistentes en 2 años y medio de firma mensual.⁵⁷ Actualmente, su caso está en trámite ante la CIDH⁵⁸.

RECOMENDACIONES

En atención a los diversos temas planteados en este capítulo, se recomienda:

1. Derogar el Decreto Supremo 124 que reglamenta el artículo 34 de la Ley Indígena y avanzar en la fijación de criterios acordes con los estándares internacionales de derechos humanos, tanto en el ámbito de la consulta como de la participación indígena. Los estándares deberán tener autonomía respecto de normas internas con niveles inferiores al exigido internacionalmente en estas materias.
2. Avanzar hacia la fijación de una jurisprudencia administrativa y judicial que refleje de manera sistemática los estándares internacionales, en la medida en que leyes y reglamentos no sean suficientes para concretar la solución de casos difíciles.
3. Unificar la jurisprudencia relativa al derecho de consulta al interior de las altas cortes.
4. Adecuar la legislación antiterrorista a los estándares internacionales, en especial en lo que se refiere a su definición y el debido proceso.
5. Investigar, sancionar y reparar de manera adecuada las violaciones a los derechos humanos sufridas por niños, niñas, mujeres, ancianos y la comunidad mapuche en general, a causa de la actuación de miembros de la fuerza pública.

57 Corporación Humanas: “Condenada originalmente a 12 años de cárcel: Conceden indulto presidencial a pastora aymara Gabriela Blas”, 31 de mayo de 2012, www.humanas.cl

58 El Observatorio Ciudadano y Corporación Humanas, en representación de Gabriela Blas, interpusieron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en contra del Estado de Chile, por violación a derechos y garantías establecidas en las Convenciones Americana de Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer

**POLÍTICA
CRIMINAL Y
DERECHOS
HUMANOS***

* Capítulo preparado por Alejandra Mera, con la colaboración de María Fernanda Aguilera.

SÍNTESIS

Chile exhibe las cifras más elevadas de prisionización de América del Sur y la situación de hacinamiento carcelario excede el 60%. Ello, pese a que los índices de criminalidad violenta son de los más bajos de la región. Esta situación se explica porque la política criminal chilena se encuentra en permanente expansión, persiguiendo de manera desmedida y desproporcionada la criminalidad mediana, especialmente los delitos contra la propiedad. Por ello, pese a que se adopten medidas paliativas dirigidas a la descongestión, si no se modifica el enfoque de la política criminal en orden a disminuir la criminalización y persecución penal, el hacinamiento se tornará endémico. Ello es aun más problemático, como se analiza en este capítulo, cuando se suma la selectividad arbitraria del sistema con los sectores más marginales de la población, quienes son discriminados de manera sistemática.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, Sobre población, Igualdad, No discriminación, Penas sustitutivas, Indulto general, Sistema de justicia juvenil.

INTRODUCCIÓN

...[los delincuentes] son astutos e inteligentes, además se esconden en el anonimato, muchas veces cometan los delitos de noche, atacan a los más débiles y actúan fuera del margen de la ley... ¿Y nosotros qué tenemos que hacer? Actuar a rostro descubierto, a vista de todos y dentro del marco de la ley, por tanto, la lucha no es en igualdad de condiciones...

Rodrigo Hinzpeter, Ministro del Interior y Seguridad Pública.¹

El sistema de justicia criminal chileno presenta grandes deficiencias desde el punto de vista de las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Desde su primera edición, este *Informe* ha expuesto diversas, constantes y a veces brutales infracciones cometidas por agentes del estado en contra de los ciudadanos que son objeto de contacto policial, persecución penal o se encuentran cumpliendo una condena.

El endémico contexto de hacinamiento de las cárceles chilenas constituye en sí mismo una violación a los derechos humanos de los reclusos, y también favorece la violación de otros derechos esenciales, como los de integridad, salud, reinserción, etc. La población penal chilena ha ido en aumento durante las dos últimas décadas: 22.593 reclusos en 1990; 33.131 en 2000; y poco más de 52.000 en 2011². Esta cifra se mantiene estable a junio de 2012, cuando la población penal, de acuerdo a cifras de Gendarmería, asciende a 52.612 personas³.

El diagnóstico está claro desde hace años. Así lo ilustran declaraciones de dos Presidentes de la Corte Suprema, con diez años de distancia. Mario Garrido, en 2002, refiriéndose al plan de licitación

¹ La Nación.cl: "Hinzpeter a dos años de gobierno: Con modestia estamos haciendo las cosas bien", 24 de enero de 2012.

² *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2011*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2011, p. 85. (En adelante, *Informe*)

³ Información entregada a María Fernanda Aguilera, asistente de investigación de este capítulo, por el Jefe de Unidad de Atención Ciudadana de Gendarmería de Chile, en respuesta a la solicitud de información (Nº AK006W-0000485), en virtud de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, 6 de julio de 2012.

de cárceles a privados, señalaba: “Lo importante es que se pretende enfrentar una situación bastante triste en Chile: el pésimo estado en el que se encuentra el sistema carcelario. Para el condenado o el procesado, a veces la sanción de vivir en pésimas condiciones, además de la privación de libertad, aparece como un castigo extra que se le impone y no es ese el objetivo. En el caso de los condenados, se trata de que cumplan la pena, pero no que vivan en una situación denigrante como ocurre hoy.”⁴ Por su parte, Milton Juica, Presidente de la Corte Suprema en marzo de 2011, refiriéndose al incendio de San Miguel que dejó a 81 personas muertas, señaló que: “La situación penitenciaria en Chile se encuentra en un estado de colapso absoluto y de irrespeto grave a los derechos y garantías de quienes están privados de libertad, la que requiere una solución inmediata por quienes tienen la obligación de hacerlo, ya que estos sucesos que fácilmente se olvidan se producen con una frecuencia inaceptable”.⁵

Respecto a las investigaciones llevadas adelante tras la tragedia de San Miguel, en marzo de 2012 fueron formalizados 8 oficiales y sub oficiales de Gendarmería por las 81 muertes. Tres funcionarios fueron formalizados en un principio por el delito de homicidio por omisión (centinelas) y cinco por el de cuasidelito de homicidio reiterado (el Director regional Metropolitano al momento del incendio, el jefe operativo regional, el oficial de guardia, el alcaide y el jefe administrativo del penal). En junio de 2012, sin embargo, se llevó adelante una audiencia de reformalización en la cual se los formalizó por cuasidelito de homicidio, esto es, por negligencia. En la oportunidad, además, se amplió en seis meses el plazo para investigar al Ministerio Público. Por su parte, la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados descartó en julio de 2011 que existieran responsabilidades políticas por el siniestro y señaló que era difícil atribuir responsabilidades individuales por el fallecimiento de las 81 personas, pero, sin embargo, estableció que hubo negligencia e incumplimiento en las labores de diferentes autoridades de Gendarmería en la mantención y en las obras de mejoramiento de las redes secas y húmedas de la cárcel de San Miguel, lo que podría dar lugar a responsabilidad del Estado.⁶ Lo cierto es que, a casi dos años de la tragedia, ninguna autoridad ha sido formalmente sancionada por la muerte de estas 81 personas, quienes se encontraban viviendo privadas de libertad bajo el cuidado de una institución que tiene por misión “contribuir a una sociedad más segura, garantizando el cumplimiento eficaz de la detención preventiva y de las penas pri-

4 Informe 2003, p. 62.

5 Cooperativa.cl: “Presidente de la Suprema denunció ‘colapso absoluto’ del sistema penitenciario”, 1 de marzo de 2011.

6 Emol.com: “Comisión investigadora descarta responsabilidades políticas por incendio en cárcel de San Miguel”, 7 de julio de 2011.

vativas o restrictivas de libertad a quienes los tribunales determinen, proporcionando a los afectados un trato digno, acorde a su calidad de persona humana y desarrollando programas de reinserción social que tiendan a disminuir las probabilidades de reincidencia delictual”⁷.

Pese a que el diagnóstico lapidario respecto a las condiciones del sistema carcelario es transversalmente compartido, el aspecto más problemático y urgente de la situación de la privación de libertad en Chile sigue sin solución, ya que el Estado no ha tomado una definición seria y concreta para reducir los niveles de encierro de manera eficaz.

Esto es así, en primer término, porque no se han concretado medidas tendientes a aumentar el número de plazas penitenciarias existentes. El gobierno de Sebastián Piñera anunció en 2010 que llevaría adelante una nueva política penitenciaria. Entre las iniciativas anunciadas por el gobierno, se encontraba la construcción de cuatro cárceles en Copiapó, Talca, Santiago y Bío Bío, que aumentarían la capacidad en 11.000 plazas, antes de que finalizara el actual periodo presidencial. Con ello, se buscaba reducir las tasas de hacinamiento de un 65% a un 15% para 2014.⁸

Más allá de que estas cifras no asuman el crecimiento sostenido de la población penitenciaria a efectos de calcular la disminución de las tasas de hacinamiento, como de la cuestionable política de expansión carcelaria para solucionar los niveles de sobre población, lo cierto es que avanzado el 2012 no existen indicios que permitan prever que el gobierno esté cerca de cumplir su promesa. Así, en octubre de 2011, el Ministro Ribera ya hablaba de una nueva matriz penitenciaria, que incluía la habilitación de 10.000 plazas en vez de 11.000⁹. Por otra parte, este mismo incluyó la inauguración de la cárcel El Manzano II en Concepción, que se comenzó a construir hace más de 10 años, como parte del plan de aumento de estas 10.000 plazas: “Para nosotros, El Manzano II es parte de nuestra solución para habilitar 10 mil nuevas plazas y así descomprimir el hacinamiento en los penales del país”¹⁰. Consultada la Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias (OIRS) del Ministerio de Justicia¹¹, se nos hizo saber que, como parte del Plan de Modernización del Sistema Penitenciario, se definió la construcción de una nueva infraestructura penitenciaria, consistente en tres “Recintos Modelo de Educación y Trabajo”, destinada a la población penitenciaria de bajo compromiso penal y de un “Centro de Recepción y Clasificación”, que tiene por finalidad clasificar y derivar a

7 www.gendarmeria.gob.cl

8 *Informe 2011*, p. 99.

9 www.minjusticia.cl: “Ministro de Justicia no descarta la construcción de cárcel en región de la Araucanía o del Bío Bío”, 7 de octubre de 2011.

10 www.minjusticia.cl: “Ministro de Justicia espera inaugurar antes de fin de año cárcel El Manzano de Concepción”, 26 de octubre de 2011.

11 A la consulta se le asignó el Folio 201201132 y fue respondida el 30 de julio de 2012 a través del Área de Modernización del Sistema Penitenciario.

quienes cumplen condena a distintos establecimientos penitenciarios según su grado de peligrosidad y pena asignada. Los recintos, al 30 de julio de 2012, se encuentran en etapa de Anteproyecto, para luego proceder a la licitación de Arquitectura y Especialidades y posteriormente a las licitaciones de ejecución de obras. Los recintos, por tanto, no estarán terminados antes de que finalice este periodo presidencial y seguramente las tasas de hacinamiento de mantendrán o aumentarán.

De otra parte, el gobierno impulsó el proyecto de penas sustitutivas a la privación de libertad, que entró en vigencia el 27 de junio de 2012 (Ley 20.603). No obstante aún no comienza su implementación, es posible esperar que esta Ley no tenga un impacto relevante en orden a disminuir los niveles de sobre población penitenciaria. Ello es así porque la nueva normativa no innova sustancialmente en cuanto a los requisitos para poder acceder a una pena sustitutiva respecto a los que exigía la Ley 18.216. De esta forma, en la generalidad de los casos, estas penas se reservan para personas sin antecedentes penales previos y además se exige un pronóstico de no reincidencia. Más problemático aun resulta que se excluyan de antemano algunos delitos de la posibilidad de optar a alguna de estas penas. Así, por ejemplo, la pena de servicios en beneficio de la comunidad no podrá aplicarse a delitos de la Ley de Drogas, como tampoco ninguna pena sustitutiva si la persona ha sido condenada anteriormente por un delito relativo a la Ley de Drogas, a menos que se hayan acogido a la cooperación eficaz. Tampoco podrán optar a ninguna de las penas sustitutivas los condenados por robo con intimidación o violencia, o quienes tengan condenas anteriores por estos delitos o por robo en lugar habitado o destinado a la habitación. Como se aprecia, la rigidez del sistema de aplicación de estas penas y las restricciones que se imponen, no se orientan a sustituir la pena privativa de libertad, sino que seguirán, como hasta ahora, aumentando la población penal (en este caso, cumpliendo en libertad, sin contribuir de manera directa en la disminución de los índices de hacinamiento y sobre población).

Durante 2012 entró en vigencia una Ley de indulto general, que permite commutar penas de baja gravedad para liberar plazas penitenciarias. Así, se permitió la expulsión de 720 extranjeros que se encontraban en prisión en Chile¹² y además se benefició a unos 4.800 chilenos condenados a reclusión nocturna, fundamentalmente por el no pago de multas; a unas 150 mujeres condenadas por delitos de menor gravedad y que hayan cumplido dos tercios de su condena y, finalmente, a unos 600 condenados que cuentan con beneficios intra penitenciarios. Si bien esta medida apunta a racionalizar el uso de la

12 Terra.cl: "Chile inicia expulsión de presos extranjeros con traslado de 122 peruanos", 7 de agosto de 2012.

cárcel, en orden a liberar a personas condenadas por delitos de menor o mediana gravedad, no deja de ser marginal, por el número de personas que optarán al indulto, especialmente el caso de los extranjeros. Por ello, esta medida probablemente no influirá en reducir el problema de hacinamiento de manera seria.

Finalmente, este año entraron en vigencia las modificaciones a la regulación de la libertad condicional y la pena de multa (Ley 20.587). Así, la decisión de otorgar la libertad condicional ya no descansa en la autoridad administrativa, sino que queda en manos de una Comisión técnica, llamada “Comisión de Libertad Condicional”, que funcionará en la Corte de Apelaciones respectiva, dos veces al año. Asimismo, se introduce la posibilidad de sustituir la pena de multa por la de servicios comunitarios, en caso de incumplimiento del pago, decisión bien encaminada para impedir que, por razones económicas, ciertos condenados deban cumplir una pena de cárcel de corta duración. De acuerdo a un estudio de la Fundación Paz Ciudadana, en 2009 el ingreso a la cárcel por concepto de no pago de multas correspondió a un 15,70% del total y, en 2010, a un 13,26%; por su parte, la duración de estadía promedio fue de 6 días.¹³

De lo descrito se concluye que, si bien se han implementado algunas medidas dirigidas a aliviar el hacinamiento carcelario, no existe una política criminal encaminada decididamente a disminuir los niveles de encarcelamiento. Tampoco se ha ampliado el número de plazas para paliar los problemas derivados de la sobre población. Una política de esas características debería incluir, por ejemplo, una regulación más flexible de las penas sustitutivas, así como también no restringir de antemano su aplicación a ciertos delitos de mediana gravedad. Asimismo, debería contemplar la despenalización de conductas que no atentan contra bienes jurídicos fundamentales. Una política efectiva de descongestión debería contemplar una revisión de los tipos penales desde la perspectiva de la proporcionalidad.

Sin embargo, tal como se señaló en el *Informe 2011*, la política criminal chilena ha ido en constante expansión, utilizando la herramienta penal y la sanción de privación de libertad de manera desmedida. El problema de fondo del sistema penitenciario dice relación con el uso indiscriminado que se le da a la herramienta penal.

Un ejemplo de ello, como se analiza en profundidad en el capítulo destinado a la “Protesta social” de este mismo *Informe*, es la discusión de la denominada “Ley Hinzpeter”, que reforma el Código Penal, Código Procesal Penal y otras disposiciones con el fin de resguardar el orden público en el contexto de las movilizaciones sociales. La

13 Nicolás Muñoz y Gherman Welsch “La pena de multa en Chile y sus efectos en la población penal”, *Conceptos*, 25, enero de 2012. www.pazciudadana.cl

normativa que se propone es generalmente redundante (la mayoría de los tipos ya están contenidos en el Código Penal) o directamente atentatoria contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, y –lo que resulta más grave– de niños, que intentan ejercer sus libertades de expresión y reunión. Este tipo de normativa busca criminalizar la protesta social de manera innecesaria y contraviniendo las demandas de un derecho penal democrático y de *última ratio*. En el mismo sentido, y como se aborda en el capítulo de este *Informe* sobre “Violencia policial”, la desmedida represión en este tipo de manifestaciones ciudadanas forma parte de la misma estrategia represiva.

Como hemos venido señalando desde el primer *Informe*, si no se lleva adelante una política criminal directamente orientada a disminuir los niveles de sobre población y hacinamiento, como asimismo a bajar las tasas de reclusión, el sistema penal fallará constantemente, pues el problema de sobre población penal se torna endémico. Se debe tener presente que las tasas de reclusión de las cárceles chilenas (294 presos por cada 100.000 habitantes) solo son superadas en la región en Guyana Francesa (297 presos por cada 100.000 habitantes).¹⁴

Una política criminal orientada a la expansión siempre convivirá con niveles inaceptables de sobre población.

1. IGUALDAD Y SISTEMA DE JUSTICIA CRIMINAL

Este año queremos detenernos en un aspecto especialmente problemático del sistema de justicia criminal chileno, tomando en cuenta el contexto que hemos descrito, ya que, si la utilización desmedida de la herramienta penal es en sí cuestionable, es peor cuando se hace de manera selectiva, criminalizando con más rigor a aquellos sectores de la población más desventajados, a través, por ejemplo, de la desproporcionalidad de las penas contempladas para los delitos contra la propiedad. En países como el nuestro, por la gran dimensión que alcanza la pobreza y la marginalidad, la situación es especialmente problemática.

Esto es así porque no solamente se expone a los condenados a constantes vejámenes y privaciones por el solo hecho de cumplir una pena privativa de libertad, sino que el sistema de justicia criminal selecciona de manera desproporcionada a los sectores más desfavorecidos de la población. El sistema de justicia criminal opera, entonces, de manera discriminatoria. Tal como señala Núñez, “la selectividad penal no im-

14 Cifras entregadas por el International Centre for Prison Studies (www.prisonstudies.org). Llama la atención que países con índices de criminalidad violenta mucho más altos que el chileno, como Colombia o Brasil, muestren tasas de prisionización menores (181 y 260 presos por cada 100.000 habitantes respectivamente).

plica un reconocimiento justo de la diversidad social, por el contrario, hace un uso ilegítimo de la misma que en lugar de asegurar cierto marco de contención, se constituye en una poderosa arma de segregación, relegando ciertos sectores a la suerte de la irracionalidad Estatal".¹⁵

Como es sabido, la eficacia de la eliminación de discriminaciones a través de la política criminal es muy relativa. La discriminación, selectividad y estigmatización del sistema de justicia penal es en parte reflejo de la realidad en que se instala. Sin las correspondientes políticas económicas, sociales o culturales destinadas a alterar esa realidad, es muy difícil que se produzcan cambios relevantes. Asimismo, se corre el riesgo de que la política criminal intente sustituir de mala manera a la política social.

Sin embargo, existen ciertos rasgos propios del sistema de justicia criminal que sí son manejables por una política criminal que no vulnera garantías fundamentales, a través de la cual podrían mitigarse, en parte importante, las infracciones a la igualdad. Estas medidas dicen relación tanto con los procesos de criminalización primaria –esto es, el tipo de conductas que se criminalizan, las penas que se les asignan, etc.– como los de criminalización secundaria: es decir, el trato que reciben las personas por los agentes de la justicia penal y las condiciones y tiempos de encierro.

Las infracciones al principio de igualdad y no discriminación en el ámbito del sistema penal se han abordado desde la perspectiva de los derechos humanos por demandas de grupos específicos. Así, existe una copiosa legislación y jurisprudencia respecto al derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres en el sistema penal, por ejemplo, sobre la desigualdad de trato que reciben al ser víctimas de violencia. En este sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer señala que "Preocupados porque la violencia contra la mujer es un atentado contra la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres". En su artículo 4 letra f) demanda el derecho de igualdad de protección de la ley y ante la ley de las mujeres y en el artículo 7 letra c) obliga a incluir en la legislación interna de los países normas penales, civiles y administrativas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer.¹⁶

15 Noelia Núñez, "Constitución, sistema penal y configuración del otro cultural. Afectación al estado constitucional", Eldial.com, 2006, p. 8.

16 Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el documento Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas, entrega pautas sobre el tipo de pruebas y valoraciones permisibles en caso de violencia sexual, así como la obligación de no considerar la falta de resistencia física de la víctima como una razón para no sancionar al agresor. También estableció una correlación entre la discriminación y los parámetros de una investigación llevada adelante con la debida diligencia de parte de fiscales y policías. CIDH,

Asimismo, las legislaciones penales juveniles se fundamentan en buena parte en la exigencia de un trato diferenciado respecto a los adultos, precisamente en atención al derecho a la igualdad y no discriminación. Más adelante se analiza este aspecto de manera particular.

En este capítulo queremos poner el énfasis en la desigualdad de trato del sistema penal a un sector de la población que se caracteriza por su marginalidad y que, aunque no constituye un grupo específico, representa la gran mayoría de los “clientes” del sistema. Esta selectividad arbitraria genera que los sectores más desfavorecidos de la población se encuentren sobre representados en el sistema de justicia penal, aunque no necesariamente afecten mediante sus conductas los bienes jurídicos más fundamentales, o causen mayor daño individual o social.

El principio de igualdad ante la ley es un principio básico y elemental de un derecho penal democrático. Sin embargo, el sistema penal funciona de una manera eminentemente selectiva y generalmente selecciona de manera arbitraria. Esta situación genera que muchas veces, de manera cotidiana, se desconozca que la estructura y funcionamiento del sistema penal viola la garantía de igualdad de manera permanente. Ello, como señala Bustos, es más patente en países como Chile en los que, por razones económicas, sociales y culturales, la “perspectiva político criminal de igualdad ante la ley penal se transforma en un desafío”.¹⁷

La población penal general, y especialmente la privada de libertad, está conformada en su gran mayoría por personas pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad. De acuerdo a información entregada por Gendarmería de Chile, durante la elaboración de este *Informe*, del total de imputados y condenados adultos a julio de 2012 (51.612), 523 no tenían ninguna instrucción, 20.178 solo habían cursado enseñanza básica, 19.441 enseñanza media, y solo 1.267 contaban con estudios superiores.¹⁸ Solicitamos estadísticas generales sobre el nivel socioeconómico de los reclusos y se nos informó que no se contaba con información sistematizada en los términos que se requerían.¹⁹

En un estudio de 2008 que se analiza las causales de deserción escolar en el sistema penitenciario, se concluye que:

...las características socioeconómicas y culturales de la población que ingresa al sistema penitenciario, conforman un perfil donde se evidencia la procedencia de sectores sociales vulnerables, precaria socialización, abandono escolar temprano,

¹⁶“Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de Violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.

¹⁷ Juan Bustos, “Principios fundamentales de un estado penal democrático”, www.cienciaspenales.org, 2008, p. 5.

¹⁸ Respecto a los 201 restantes no existía información.

¹⁹ Oficio Ordinario 14.10.17.

experiencias de abandono de hogar y episodios de vagancia, participación en pandillas juveniles, consumo temprano de alcohol y drogas y contacto criminógeno, y en la mayoría de las veces estás en sistemas correctivos juveniles y antecedentes de reincidencia legal y criminológica.²⁰

Los datos estadísticos y cualitativos del estudio arrojan, además, que la población recluida muestra un perfil de marginalidad laboral, caracterizado por su baja calificación y carencia de habilidades sociales laborales. En su mayoría, se han desempeñado en el mundo informal, sin contrato o beneficios.²¹

Otro estudio, esta vez referido a personas condenadas a libertad vigilada, coincide en que se trata de población relativamente joven, de estratos socioeconómicos bajos, escolaridad incompleta, sin capacitación laboral, sin empleos estables y con problemas de abuso de sustancias psicotrópicas, generalmente sin tratamiento especializado antes del ingreso a la medida de libertad asistida.²² Con respecto a la misma medida de libertad asistida, pero respecto a mujeres, un estudio llevado a cabo en 2004, que comprendió al 42,4% del total de mujeres condenadas a libertad asistida, se estableció que el 15,9% correspondía a un estrato de extrema pobreza, el 51,9% al estrato medio bajo y bajo, un 22,2 % al estrato medio y solo un 2,6% al estrato alto.²³

Ahora bien, un estudio sobre políticas de reinserción post penitenciaria y eliminación de antecedentes penales en Chile muestra que la mayoría de quienes eliminan antecedentes penales cumplió penas no privativas de libertad (medidas alternativas) y, al efectuar un cruce entre el monto de los ingresos y el sistema de cumplimiento de la sentencia, se obtiene que quienes han sido condenados a penas privativas de libertad pertenecen casi en su totalidad a los estratos socioeconómicos más pobres, en circunstancias que más de la mitad de quienes fueron sentenciados a medidas alternativas podría considerarse como perteneciente a un estrato económico medio. Asimismo, quienes han cumplido con penas no privativas de libertad cuentan con mayores niveles educacionales que quienes cumplen pena de cárcel.

De estos antecedentes se desprende de manera clara que el sistema selecciona sistemáticamente a los sectores más vulnerables de la población, que poseen menos instrucción y recursos, y además lo hace desde etapas tempranas del desarrollo del individuo. Asimismo, el sistema pe-

20 Ana Luisa Millán y Sandra Medina, "Causales de deserción escolar en el sistema penitenciario", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 13, 2008, p. 125.

21 Id., p. 137.

22 Ximena Verbal, "Caracterización de la población condenada a libertad vigilada del adulto", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 9, 2006, p. 81.

23 Ximena Verbal, "Evolución de la población femenina y caracterización de condenadas a libertad vigilada del adulto", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, N°12, 2008, p. 169.

nal es más duro en términos de sanciones con aquellos más vulnerables, ya que ellos terminan cumpliendo condenas de privación de libertad en mayor proporción que los demás. Además, como se mencionó con anterioridad, una parte importante de la población penal privada de libertad, hasta ahora, cumplía con cárcel las penas de multa impagadas, lo que nuevamente apunta a la selección de la misma población.

Las razones que explican esta realidad son muchas. Nos interesa destacar aquí aquellos aspectos de la política criminal que tienen por resultado esta selectividad, e indagar si puede fundamentarse su justificación desde la óptica de los derechos humanos. En términos generales, puede afirmarse que la política criminal chilena se orienta de manera prioritaria a la persecución de los delitos contra el patrimonio. Ello, de antemano, sugiere un enfoque selectivo hacia los sectores más marginados de la población, pues son aquellos quienes incurren de manera predominante en este tipo de delitos.

Así, el Estado ha determinado que los delitos de mayor connotación social son los hurtos, robos con fuerza, robos por sorpresa, robos con violencia o intimidación, lesiones, violación y homicidio. Esta categorización no se fundamenta en un sustrato teórico o criminológico, sino que corresponde básicamente a una decisión política. Esta decisión es relevante porque determina los delitos que ocupan la mayor atención de parte del gobierno en orden a medir su frecuencia, su referencia geográfica, etc., convirtiéndolos en objeto prioritario de estudio e inversión de recursos. Asimismo, se va fijando una cierta imagen de lo que constituye lo “peligroso” y “la delincuencia” frente a la ciudadanía y a los agentes de persecución penal. No menos relevante es la influencia de esta categorización en las decisiones editoriales de los medios de comunicación. En este sentido, el alcalde de Puente Alto, Manuel Ossandón, señaló que la publicación de parte del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de datos sobre las calles y barrios más peligrosos del país estigmatiza a los sectores más vulnerables de la población, los que justamente viven ahí por “la nula capacidad del Estado de brindarles calidad de vida”.²⁴

Hay que hacer presente que, del total de delitos de mayor connotación social, las denuncias por el delito de homicidio en 2011 constituyeron un 0,05% y por el delito de violación un 0,6%; un 5,4 % fue por robo por sorpresa, 10,7% robo con violencia e intimidación y la gran mayoría, correspondiente a un 65,1% lo constituyeron los delitos de hurto y robo con fuerza.²⁵

24 Lanacion.cl: “Alcalde Ossandón califica como ‘absurdo’ mapa de la delincuencia”, 2 de agosto de 2012.

25 www.seguridadpublica.gob.cl, “Estadísticas de denuncia y detenciones de delitos de mayor connotación social (DMCS) y violencia intrafamiliar, año 2011”.

La situación de los delitos contra el patrimonio también presenta problemas desde la perspectiva de la igualdad y de la proporcionalidad de las penas. Como se señaló en el *Informe 2011*, de acuerdo al principio de proporcionalidad, la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito. El derecho penal contempla las mayores intrusiones del Estado en los derechos y la libertad de los ciudadanos, por lo que solo puede aplicárselo en el caso de que otros medios menos gravosos sean insuficientes para la protección de los bienes jurídicos fundamentales. De esta forma, las penas desproporcionadas suponen una infracción de la prohibición de exceso, consagrada en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que establecen que las limitaciones a los derechos humanos deben ser solo las necesarias en una sociedad democrática.²⁶ La pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto en relación al bien jurídico afectado como a la intensidad del ataque a este mismo.

La legislación penal chilena, sin embargo, infringe de manera clara las exigencias del principio de proporcionalidad, especialmente en cuanto a los delitos en contra la propiedad, debido a que en las últimas décadas esta política ha estado marcada por el endurecimiento frente a estos delitos. La más obvia infracción a este principio consiste en el establecimiento de penas excesivas que no guardan relación con la entidad del bien jurídico protegido. El Código Penal, especialmente tras la reforma de 1954, contempla un desproporcionado tratamiento a los delitos contra el patrimonio. Así, el hurto de una cosa de cierto valor se sanciona con pena afflictiva, mayor que la correspondiente a la mutilación de un dedo o una oreja; el robo con violencia o intimidación simple se castiga con una pena mayor que la del homicidio simple; la tentativa de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y la de robo simple con violencia o intimidación se sancionan como delitos consumados, con penas de cárcel que van de cinco años y un día a veinte años; existen numerosas agravantes especiales para el hurto y el robo.²⁷

26 La jurisprudencia de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto reiteradamente que solo son necesarias en una sociedad democrática las limitaciones conducentes al logro del objetivo perseguido con la limitación, *proporcionales* con este y que respondan a una necesidad social imperiosa Véase, por ejemplo, caso Silver y otros v/s Reino Unido, 5 EHRR 347, sentencia del 25 de marzo de 1983, Corte Europea de Derechos Humanos y la Opinión Consultiva, N° 5, Corte Interamericana, OC-5/85, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

27 Esta situación también se produce en los delitos tipificados en la Ley de Drogas, la Ley Antiterrorista y delitos sexuales. En lo que se refiere a la criminalidad sexual, la Ley 19.927, de enero de 2004 (en cuya dictación habría influido el clima de repudio público y revuelo mediático generado por el muy publicitado caso Spiníak), elevó las penas de los delitos sexuales en contra de menores e incluso las del estupro y la violación propia, asignándole a esta última la misma sanción del homicidio simple (presidio mayor en su grado mínimo a medio). En lo que concierne a la violación impropia (el acceso carnal con un menor de 14 años, aunque este consensual), la pena establecida por dicha ley es mayor que la del homicidio simple: presidio mayor en cualquiera de sus grados. Por repudiables qué sean estos hechos, son jurídico-penalmente menos graves que el homicidio, puesto que atentan, no contra la vida, sino contra otros bienes jurídicos de menor jerarquía, como son la libertad y la indemnidad sexuales, lo que debiera reflejarse, coherente y

En Chile, el exceso de rigor represivo para hurtos y robos no ha disminuido su frecuencia, lo que concuerda con los resultados de investigaciones criminológicas en distintos países, según las cuales no existiría correspondencia entre los grados de represividad de los sistemas penales y las tasas de criminalidad. Muchos países homogéneos socioeconómica y culturalmente, que cuentan con sistemas penales de diversa represividad, presentan similares niveles de delincuencia.²⁸ Ello no hace más que confirmar que la política criminal es una política de Estado y que, como tal, puede variar en cuanto a su aplicación y fundamentos. En otras palabras, constituye una opción, no una fatalidad.

El artículo 450 bis del Código Penal dispone que en el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de procurar reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias. La disposición se refiere incluso al robo simple, que comprende, como máximo, por efecto de la violencia empleada, las lesiones menos graves. Ello implica que el autor de un hecho que no reviste, en sí mismo, una gravedad especial, no solo es castigado con una pena mayor que la del homicidio, sino que, además, no podrá ser beneficiado con la atenuante referida. Esta última es un incentivo para que el imputado repare a la víctima del delito. Su improcedencia, en el caso del robo con violencia o intimidación en las personas, es, pues, un revés para los intereses de aquella, los cuales debieran estar debidamente considerados en toda política criminal moderna. La infracción del principio de proporcionalidad de las penas se ve favorecida en nuestra legislación penal, toda vez que contempla reglas rígidas para la determinación de la pena y regula los concursos de delitos en términos tales que las penas aplicables pueden resultar excesivas.

La desproporcionalidad de las penas respecto a este tipo de delitos también tiene repercusiones en otras instancias de la persecución criminal, cuya regulación se encuentra directamente vinculada con ella, como las medidas cautelares y las penas sustitutivas.

En relación a las penas sustitutivas, puesto que de manera explícita se reservan para la criminalidad mediana, ellas se definen sobre la base del monto de la pena. A la remisión condicional de la pena y la reclusión parcial solo pueden optar quienes sean condenados a una pena no superior a tres años de presidio. Por su parte, la pena de servicios comunitarios puede imponerse solo cuando la pena originalmen-

consistentemente, en el monto de las penas contempladas para las distintas infracciones. Como advierte la doctrina, castigar con el máximo rigor todos los delitos introduce el desconcierto en los mecanismos humanos de control y solo consigue la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encausamiento de conductas.

28 Michael Tonry, "The Prospects for Institutionalization of Restorative Justice Initiatives in Western Countries", en Ivo Aertsen , Tom Daems y Luc Robert (eds.), *Institutionalizing Restorative Justice*, Devon, Reino Unido, Willan Publishing, 2006.

te impuesta fuere igual o inferior a trescientos días. Pueden optar a la libertad vigilada quienes hayan sido condenados a una pena privativa o restrictiva de libertad superior a dos años y que no excediere de tres, o si estuviera condenado por la Ley 20.000 (Ley de Drogas) por alguna de las figuras de micro tráfico, y a la libertad vigilada intensiva los condenados a una pena superior a tres años y que no excediere de cinco, o si se tratare de delitos de amenazas, parricidio, homicidio calificado, lesiones menos graves, lesiones graves, mutilaciones y castración cometidas en el marco de la violencia intrafamiliar.

Además, la Ley 20.603 establece exclusiones específicas para optar a estas penas, de antemano, aunque se cumplan los requisitos. En lo que interesa a este capítulo, el artículo 1º de la Ley excluye de optar a estas penas a los condenados por robo con intimidación o violencia, y a los que tengan condenas anteriores por estos delitos, o por robo en lugar habitado o destinado a la habitación.

Salvo en el caso de la pena de libertad vigilada intensiva, se requiere que el condenado no tenga antecedentes penales previos. De acuerdo a un estudio de la Fundación Paz Ciudadana sobre reincidencia en Chile, las personas que cumplen condenas en el régimen cerrado reinciden más (50,5%) que quienes cumplen una pena no privativa de libertad (27,7%). Asimismo, las penas de encierro menores a un año presentan las mayores tasas de reincidencia. En este contexto, las personas condenadas a penas privativas de libertad ven aun más mermadas sus posibilidades de optar a una pena sustitutiva. En Chile, las penas alternativas a la cárcel representan un 50% de la población penal. La experiencia comparada indica, en cambio, que más de un 70% de la población penal cumple su pena en libertad.²⁹ Una política criminal orientada tanto a disminuir los niveles de reincidencia, como los de encarcelamiento y sobre población, debería privilegiar decididamente las penas alternativas a la cárcel. Lamentablemente, por las razones expresadas, la Ley 20.603 no fue diseñada para lograr esos objetivos.

En lo referente a las medidas cautelares, especialmente la prisión preventiva, el aspecto más problemático dice relación con la causal “peligro para la seguridad de la sociedad”, modificada por la Ley 20.053 (“agenda corta”) en 2008. De acuerdo a la nueva regulación del artículo 140 del Código Procesal Penal, lo que se pretendió fue obligar a los jueces de garantía a presumir el peligro para la sociedad en ciertas hipótesis, además de establecer el peligro de fuga (tradicional fundamento del peligro para la seguridad de la sociedad) en una causal independiente.³⁰

29 Fundación Paz Ciudadana y Universidad Adolfo Ibáñez, *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*, 2011.

30 Mauricio Duce y Cristián Riego, *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011, p. 53.

Así, se establece que se entiende que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, entre otras circunstancias, cuando los delitos imputados tienen asignada la pena de crimen (superiores a cinco años y un día). Como se ve, por lo elevado de las penas de los delitos contra la propiedad, la libertad de sus autores es considerada, a efectos de imponer la prisión preventiva, como un peligro para la seguridad de la sociedad. Si a ello se suman las señales del ejecutivo en orden a la dureza de la persecución penal, la situación se agrava aun más. Por ejemplo, a fines de 2011, el Ministro de Justicia, Teodoro Ribera, señaló que no se avalaría la labor de los jueces "ultragarantistas" (refiriéndose a las decisiones sobre medidas cautelares tomadas por jueces de garantía en el contexto de audiencias tras manifestaciones estudiantiles) y que el ejecutivo tenía el poder de considerar, a la hora de decidir los ascensos de los jueces, los fallos emitidos por estos respecto a este asunto.³¹ Posteriormente, el Poder Judicial difundió información estadística en orden a refutar los dichos del Ministro, la cual indicaba que el 89% de las solicitudes de prisión preventiva del Ministerio Público eran acogidas por los jueces de garantía.³²

En el extremo opuesto, durante 2011 estalló en nuestro país el escándalo financiero de La Polar, gatillado por la denuncia de repactaciones unilaterales. El caso tiene muchas aristas y repercusiones jurídicas, entre ellas la penal. Si bien el Ministerio Público ha llevado adelante una acuciosa investigación en contra de los ex gerentes involucrados en los delitos cometidos³³, el caso permite ilustrar las diferencias de la regulación de los delitos económicos, que son cometidos generalmente por aquel sector de la población que no es frecuentemente alcanzado por el control penal.

En contraste con la mayoría de quienes son perseguidos y cumplen condenas penales, los ex gerentes imputados en el caso La Polar son profesionales (ingenieros) y cuentan con un enorme patrimonio económico. Hasta que estalló el escándalo, eran catalogados como profesionales exitosos.

Los imputados en el caso La Polar lo fueron por delitos de lavado de dinero, entrega de información falsa al mercado e infracciones a la Ley de Bancos. En términos generales, sin embargo, el Código Penal no contiene una regulación adecuada, actualizada o proporcional

31 Cooperativa.cl: "Gobierno revisará 'jurisprudencia y criterios' de jueces para decidir ascensos", 21 de octubre de 2011.

32 Emol.com: "Poder Judicial entrega estadística que dice que 9 de cada 10 imputados son privados de libertad", 27 de octubre de 2011.

33 El Fiscal Nacional declaró expresamente al comienzo de la investigación que "No se descarta, dependiendo de lo que me informe la fiscalía, que se pueda nombrar un fiscal exclusivo o preferente o eventualmente un fiscal regional. La señal es que se está investigando y todos son iguales ante la ley". Emol.cl: "Caso La Polar: Fiscalía evalúa indagar a otras empresas de retail", 15 de junio de 2011.

respecto a este tipo de delitos. En tal sentido, el Fiscal Nacional, a propósito de este caso señaló que “Es intolerable que si usted roba una gallina tenga más pena que un sujeto que defrauda al fisco en miles de millones de pesos”.³⁴ Por su parte, el ex presidente de la Corte Suprema, Milton Juica, manifestó que “la penalidad es realmente modesta comparada con otros países, especialmente con Estados Unidos”³⁵ y celebró la firme actuación del sistema al formalizar y dejar en prisión preventiva a tres de los ex ejecutivos de La Polar. Por su parte, el presidente del directorio de La Polar, César Barros, señaló en 2011 que “no puede haber impunidad, ni sensación de impunidad” en el trabajo del Ministerio Público, ya que “no puede ser que uno de los hombres que murió en el incendio de la Cárcel de San Miguel lo hayan metido adentro por vender CD falsificados y aquí estamos hablando un engaño de US\$ 1.000 millones y que no pase nada. Tiene que haber sanciones y tienen que ser importantes”.³⁶

Este caso deja en evidencia el retraso, inefficiencia y discriminaciones de las figuras penales chilenas en relación a este tipo de delincuencia. Si bien estos casos generalmente pueden causar un revuelo inicial, son procesos largos que en su gran mayoría terminan en soluciones consensuadas o pago de multas, que muchas veces son elevadas pero que los implicados están en condiciones de costear. No es frecuente tampoco que los involucrados cumplan medias cautelares privativas de libertad, y los recintos en que estas son cumplidas, por su parte, son distintos de las cárceles corrientes y hacinadas donde cumplen prisión preventiva y condena los demás. En el caso la Polar, la ex ejecutiva María Isabel Farah cumplió prisión preventiva en la Cárcel de Mujeres, y los ex ejecutivos Pablo Alcalde y Julián Moreno, en el Anexo Capitán Yáber. Al momento de ser liberados por haberseles sustituido la medida cautelar por la de arresto domiciliario total, y a María Isabel Farah por arresto domiciliario nocturno, Jorge Bofill, el abogado de Pablo Alcalde, señaló que es “muy duro para una persona de su edad que toda su vida se ha dedicado a trabajar” estar en prisión preventiva y que las personas privadas de libertad “lo pasan muy mal”.³⁷ Ello, pese a que los ex ejecutivos cumplieron 119 días de prisión preventiva y la ex ejecutiva 134, mientras que, por ejemplo, en 2007 el número de días promedio de prisión preventiva para robos fue de 290 días, para robos no violentos de 267 días y para hurtos de 202 días; y que la duración media de prisión preventiva entre

34 m.df.cl: “Fiscal Chahuán llama a endurecer penas para delitos de ‘cuello y corbata’”, 19 de diciembre de 2011.

35 Cooperativa.cl: “Presidente de la Suprema: La penalidad por delitos de ‘cuello y corbata’ es modesta en Chile”, 18 de diciembre de 2011.

36 Emol.com: “Barros y probable formalización a ex ejecutivos de La Polar: ‘No puede haber impunidad’”, 8 de noviembre de 2011.

37 Emol.com: “Abogado de Pablo Alcalde: Las personas privadas de libertad lo pasan muy mal”, 12 de abril de 2012.

junio de 2007 y junio de 2010 para adultos fue de 110,8 días, mientras que para los jóvenes en internación provisoria fue de 100,7.³⁸

En lo concerniente a la determinación de la sanción, en el caso de ser condenados, como ya se mencionó con anterioridad, la regulación de la nueva Ley de Penas Sustitutivas también favorece a este grupo, ya que hace candidatos a estas penas en su gran mayoría a quienes no han sido condenados con anterioridad por la comisión de un crimen o delito y evalúa como requisito para imponer estas penas no privativas de libertad, entre otros, los “antecedentes personales” del condenado y su comportamiento anterior y posterior a la comisión del delito. Además, no se excluye de antemano a los delitos de cuello y corbata de la posibilidad de acceder a estas penas, como sí ocurre con una serie de delitos en contra de la propiedad.

Una política criminal orientada al cumplimiento de las exigencias impuestas por el sistema de derechos humanos exige utilizar el sistema penal como último recurso y la privación de libertad como última ratio. Por ello, lo que se propone aquí no es “mano dura” con los delitos de económicos o de “cuello blanco” en general, para impulsar una regulación y trato más igualitario. Por el contrario, si bien se demanda ese trato igualitario para quienes cometan delitos de envergadura equiparable en términos de afección a bienes jurídicos, ese trato, creemos, no debe orientarse a una política de derecho penal “máximo”. Lo que se requiere es rediseñar una política criminal que sea capaz de responder frente a todo tipo de criminalidad, incluida la criminalidad de cuello blanco, de manera igualitaria y digna. Una política criminal que pueda lograr los fines de reinserción social que promete y que ofrezca las condiciones necesarias para lograrlo.

Quienes forman parte de los sectores más marginales de la población son quienes abarrotan diariamente las peligrosamente hacinadas cárceles chilenas. Por las razones que hemos señalado, quienes sufren de esta “desigualdad en la distribución de bienes, en razón de su déficit social, son luego además caracterizados como esencialmente peligrosos, y por tanto se parte de una presunción de responsabilidad respecto de ellos en la praxis del sistema penal.”³⁹ Solo así se entiende que el Ministro del Interior y Seguridad Pública considere que las desigualdades del sistema de justicia criminal chileno se evidencien en la desigualdad de condiciones en que se encuentra el Estado –al parecer con herramientas más limitadas según su visión– de perseguir penalmente a un grupo supuestamente organizado de personas astutas, que trabajan de noche y atacan a los más débiles, un grupo peligroso al que hay que enfrentar de manera decidida.

38 Gonzalo Berrios y Luis Vial, “3 años de vigencia. Ley de responsabilidad penal del adolescente: 8 de junio de 2007 a 7 de junio de 2010”, Unicef y Defensoría Penal Pública, 2011, p. 16.

39 Juan Bustos, op.cit., p. 7.

2. POLÍTICA CRIMINAL Y PERSECUCIÓN PENAL DE NIÑOS Y JÓVENES

Como se señaló en el *Informe 2011*, la entrada en vigencia de la Ley 20.084 en junio de 2007 constituyó un avance importante en orden a mejorar la situación de los niños y las niñas en conflicto con la ley penal, ya que se les reconoce como sujetos de derechos cuya responsabilidad debe ser determinada en un proceso penal respetuoso de las garantías del debido proceso. Asimismo, se establecen fines específicos de la persecución penal de niños y adolescentes, y se incluyen sanciones especiales.

Sin embargo, la nueva legislación también presenta deficiencias. Desde el punto de vista de su diseño, no se implementó un sistema de justicia debidamente especializado para niños y adolescentes, tanto desde la perspectiva de la tipificación de las conductas a sancionar, como del proceso y los órganos encargados de llevar adelante la persecución. Este es un elemento central en relación al análisis de este capítulo, ya que justamente para entregar un trato igualitario y no discriminatorio, y por ello diferente respecto de los adultos, es que se exige la creación de sistemas especializados para niños y adolescentes. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que resulta evidente que las condiciones en que participan los niños en un proceso penal no son las mismas en que lo hace un adulto: “Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.”⁴⁰ Asimismo, la Corte enfatiza que “una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal”.⁴¹ Nada de ello ocurre en Chile: no existe un procedimiento específico para adolescentes y niños infractores, como tampoco órganos jurisdiccionales especializados, ni conductas típicas atribuidas especialmente a ellos.

Actualmente se encuentran en tramitación parlamentaria tres proyectos de ley que modifican la Ley 20.084. Dos de ellos (Boletines 7032-07 y 7739-07) tienden a reforzar la especialización del sistema de justicia penal juvenil, mientras que el tercero (Boletín 7119-07) pone

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A, N°. 17, párr. 96.

41 Id., párr. 109.

el énfasis en una percepción de creciente participación de los menores de edad en la comisión de delitos y en la necesidad de endurecer el sistema, particularmente en cuanto a sanciones.

Se encuentra en primer trámite constitucional el Proyecto de Ley (Boletín 7032-07) que apunta a reformar el sistema de justicia penal juvenil con el objeto de fortalecer la especialización, profundizar su función rehabilitadora y solucionar algunos problemas surgidos en la práctica. En relación a la especialización, el proyecto reconoce que el ideal sería constituir tribunales penales juveniles. En el intertanto, se promueve la restricción de la aplicación supletoria de las normas penales cuando vayan en contra de los fines de la ley, y el fortalecimiento de la especialización de jueces, fiscales y defensores, fijándoles requisitos más exigentes y promoviendo la organización de salas y programación de audiencias en forma especial para adolescentes.

La Corte Suprema, al ser consultada durante la tramitación del proyecto, señaló que “un sistema penal coherente y diferenciado para el adolescente respecto del adulto, exige redefinir el ámbito de aplicación de la ley penal juvenil, lo que se traduce en lo normativo en establecer un catálogo de delitos o una numeración taxativa de aquellos ilícitos por los cuales se le pueda establecer responsabilidad penal.”⁴² Asimismo, afirma que el adolescente tiene un nivel de desarrollo intelectual y emocional diferente del adulto, lo que hace recomendable, desde el punto de vista de la culpabilidad, esta legislación especializada. Sin embargo, se manifiesta contraria a la integración especial de salas para conocer causas de imputados adolescentes, pues considera que la preparación de todos los jueces de garantía y de tribunal oral en estas materias lo hace superfluo.

Para cumplir con las exigencias de especialización del sistema de justicia juvenil, las modificaciones propuestas por este proyecto de ley apuntan en la dirección correcta, como también lo hace el proyecto plasmado en el Boletín 7739-07, que aspira a fortalecer el sistema de sanciones especiales para los adolescentes, brindar mayor protección a quienes se encuentran cumpliendo condenas privativas de libertad, establecer reglas más claras de control de ejecución de las penas, fortalecer el principio de separación, etc.

En cambio, el proyecto presentado por medio del Boletín 7119-07 va en la dirección contraria, eliminando algunos de los aspectos de especialización del sistema actual e introduciendo normas que elevan su punitividad. Así, por ejemplo, propone que la edad mínima para que un menor de edad sea considerado responsable por infracciones a la ley penal se reduzca de 14 a 12 años; considera “laxo” el sistema de sanciones, por mostrar “cierta preferencia” por los programas de cum-

42 Corte Suprema, Oficio 106: Informe proyecto de Ley 29-2010, 4 de agosto de 2010.

plimiento en libertad; señala que la determinación de la naturaleza de la pena debe atender a la extensión de la pena abstracta establecida en la ley; y elimina la facultad del juez de conceder permiso para salir durante el día a menores imputados sujetos a medidas de internación provisoria. Asimismo, busca privar al juez de facultades que signifiquen atenuar las sanciones a los menores infractores, incluso modificando la pena determinada en la sentencia; se elimina la posibilidad de sustituir la sanción impuesta por una menos gravosa y de remitir el cumplimiento del saldo de la condena por estimar que se han cumplido los objetivos que se perseguían con su imposición. Finalmente, en lo que se refiere al registro de antecedentes, propone eliminar la restricción introducida por la Ley 20.084, para que solo sean utilizados en ciertos contextos (por ejemplo, para ingresar a las Fuerzas Armadas) y pretende que estén disponibles para todos los ciudadanos.

Los niños y adolescentes que perseguidos por el sistema penal presentan las mismas características de marginalidad de la población adulta expuestas con anterioridad. Por ello, un sistema no especializado es, en la práctica, un sistema doblemente discriminador en contra de los niños y adolescentes: al seleccionarlos por su marginalidad y tratarlos sin la especialización requerida en vista a su etapa de desarrollo.

RECOMENDACIONES

1. Revisar la legislación penal sustantiva contenida en el Código Penal y leyes especiales para adecuar las sanciones a los requerimientos del principio de proporcionalidad. En especial, limitar la punición desproporcionada de los delitos en contra de la propiedad.
2. Adecuar la legislación penal de los delitos de “cuello blanco” para que sean susceptibles de persecución de acuerdo al daño social que generan. Especialmente, establecer una relación de proporcionalidad entre este tipo de criminalidad y la criminalidad común, especialmente los delitos contra la propiedad.
3. Mejorar las condiciones en que los reclusos cumplen penas privativas de libertad. Si ello requiere la construcción de más plazas, que estas se destinen para solucionar el problema de hacinamiento existente y no justifiquen una continua expansión del sistema penal.
4. Flexibilizar el sistema de penas sustitutivas a la privación de libertad, no incluir barreras de acceso previas a delitos de mediana gravedad y eliminar los elementos de evaluación que permiten discriminar a la población más marginada ante la posibilidad de acceder a estas penas.

5. Reformar el sistema de justicia penal juvenil para acentuar su carácter de especializado en atención a las características especiales de desarrollo de los adolescentes. De manera especial, considerar la inclusión de cortes juveniles con jueces, fiscales y defensores especializados y una regulación penal y procesal específica para los niños.

**PROTESTA
SOCIAL Y
DERECHOS
HUMANOS***

* Capítulo preparado por Nicolás Facuse, Secretario Ejecutivo de Asesoría Ciudadana, en coautoría con Ítalo Jaque, peticionario ante la CIDH en la audiencia temática “Manifestaciones Públicas y DDHH en Chile”; junto a la colaboración de Eduardo A. Chia, Abogado de Asesoría Ciudadana; Juan Carlos Sharp, Director del Centro de Estudios Jurídicos FECH; y Cristián Apiolaza, ayudante en la Universidad Diego Portales.

SÍNTESIS

La manifestación pública, en tanto forma de posicionar y hacer visibles las demandas de los movimientos sociales, ha cuestionado radicalmente la forma a través de la cual el Estado se hace cargo de exigencias elementales tales como la educación, la participación ciudadana y el desarrollo regional. Las interpelaciones a la autoridad, en orden a satisfacer derechos esenciales, se han hecho cada vez más significativas y presentes.

Bajo estas circunstancias, el ejercicio del derecho a la protesta en Chile recibe un tratamiento que ya ha sido analizado en *Informes* anteriores. Como se ha descrito, el Poder Ejecutivo regula de modo desproporcionado el derecho a la reunión pública, ejecuta una persecución penal agravada de los manifestantes mediante leyes de excepción y presenta mensajes al poder legislativo para la creación de nuevos tipos penales que amenazan el ejercicio del derecho a manifestarse públicamente.

En este capítulo ahondaremos en la concepción de orden público subyacente en las decisiones de la Administración, la cual proclama una limitación del derecho a la protesta social que resulta contraria al estándar del derecho internacional de los derechos humanos, al que Chile, voluntariamente, se ha obligado a dar cumplimiento. Esta noción de orden público, sostendremos, es la que permite a la Administración fundamentar que las manifestaciones públicas “alteran la paz social” e impiden el normal funcionamiento social; todo lo anterior, al alero de una concepción formal y minimalista de la democracia y la participación ciudadana.

Asimismo, revisaremos la reacción del Poder Legislativo ante el ejercicio del derecho a la manifestación pública, que, en términos generales, se caracteriza por la omisión de una respuesta vigorosa y energética orientada a la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, analizaremos las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, que en algunos casos han resuelto de forma complaciente con la noción de orden público promovida por la Administra-

ción y, en otros, ha reforzado la tutela de los derechos fundamentales de los manifestantes.

PALABRAS CLAVE: Protesta social, Movimientos sociales, Participación política, Libertad de expresión, Criminalización, Derecho de reunión, Orden público.

INTRODUCCIÓN

En los últimos dos años la protesta social ha pasado a tener un papel fundamental en la agenda nacional, realizándose movilizaciones masivas que han sumado a grandes sectores de la población, con una participación ciudadana de la que no se tenía registro desde la década de los ochenta. Sin duda alguna, las movilizaciones estudiantiles y el movimiento social-ciudadano de Aysén han logrado las mayores convocatorias, no solo por sus multitudinarias marchas o concentraciones, sino que también a través del apoyo popular de sus demandas.¹

Pero estos movimientos no han sido los únicos que usaron las calles para hacer sentir sus demandas. Una gran cantidad de organizaciones, a propósito de diversos temas, han hecho uso de su derecho a la libertad de reunirse públicamente para visibilizar sus peticiones. Así, hemos podido observar movilizaciones contra la construcción de la planta hidroeléctrica Hidroaysén; los movimientos a favor del trato igualitario a las parejas del mismo sexo, que a su vez han tenido como contraparte manifestaciones a favor de preservar el concepto tradicional de familia; otras más tradicionales como aquellas por la reivindicación de los derechos laborales de los trabajadores; y aquellas que reclaman la despenalización del cultivo de cannabis sativa.

El fenómeno de la protesta social como una herramienta para poner en conocimiento de la opinión pública diferentes demandas ciudadanas también ha tomado una dimensión local. En este punto, el caso más emblemático, que a su vez ha generado una mayor violencia en la respuesta estatal contra la manifestación pública, así como también diversos y nuevos métodos de represión por parte de las fuerzas de orden y seguridad, ha sido la movilización organizada por el movimiento social-ciudadano de Aysén.² A ello se deben sumar

1 En el caso del movimiento estudiantil: Radio Uchile.cl: "Adimark: 76% de la población apoya al movimiento estudiantil", 5 de septiembre de 2011. En cuanto al movimiento ciudadano por Aysén: Terra.cl: "Encuesta Adimark y movimiento social de Aysén: 82% de la población apoya sus demandas", 4 de abril de 2012.

2 Respecto a este actuar policial se profundiza en el capítulo sobre "Violencia policial" de este *Informe*.

otras manifestaciones de este tipo, tales como las que han acontecido en Calama, Punta Arenas y los cortes de ruta en localidades como Villa Alegre,³ Pelequén,⁴ Freirina,⁵ Linares⁶ y Requinoa⁷, entre otras. Asimismo, no se debe excluir las múltiples manifestaciones surgidas a partir del lento proceso de reconstrucción posterior al terremoto que afectó a Chile el 27 de febrero de 2010.⁸⁻⁹ Por último, cabe hacer alusión al conflicto social entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche, que ha generado diversas manifestaciones de este debido al incumplimiento de sus demandas históricas.

Estas movilizaciones se han gestado porque la institucionalidad, en general, no ha dado cabal cumplimiento a las expectativas y necesidades de un país que, pese a crecer en aspectos macroeconómicos, no ha sido capaz de distribuir equitativamente sus recursos a la mayoría de la población.¹⁰ Ello se suma a la profunda crisis de representatividad que afecta al sistema político¹¹ y al resurgimiento de una empoderada ciudadanía organizada y consciente de sus derechos, por lo que tenemos razones suficientes para pensar que hoy en día, se han generado las condiciones sociales necesarias para que sectores postergados hagan uso vigoroso de su “primer derecho”¹² dentro de un sistema democrático, cual es el derecho a la protesta social.

La importancia de este derecho radica en que, mediante su ejercicio, es posible demandar el resto de los derechos, criticando tanto al poder público como al privado. Es por ello que el derecho a la protesta debe ser entendido, en un sistema democrático, desde una perspectiva constitucional. Es decir, se debe analizar bajo qué forma nuestra Constitución Política de la República (CPR) y el ordenamiento jurídico en general permiten el ejercicio de este derecho y protege a quienes lo invocan para manifestar sus demandas y expresiones. No obstante, lo usual es analizar este derecho desde una perspectiva punitiva, es decir, intentar determinar el nivel de castigo adecuado para los actos de manifestación, debido a que estos alteran el orden público. En este mismo sentido, se ha examinado la aplicación o creación de tipos

3 Radio Biobío.cl: “Agricultores se toman Ruta 5 Sur en el Maule para protestar por bajo precio de sus productos”, 16 de abril de 2012.

4 Chilevisión: “Habitantes de Pelequén bloquearon Ruta 5”, 9 de abril de 2012.

5 Emol: “Vecinos de Freirina se toman ruta en nueva jornada de protestas contra planta faenadora.”, 20 de mayo de 2012.

6 Cooperativa: “Con enfrentamientos entre carabineros y vecinos terminó protesta contra hidroeléctricas en Linares”, 22 de julio de 2012.

7 The Clinic: “Vecinos de Requínoa ponen barricadas en la Ruta 5 en protesta por planta de residuos químicos”, 2 de julio de 2012.

8 The Clinic: “Protestas por lenta reconstrucción en Talca”, 27 de febrero de 2012.

9 Chilevisión: “Protestas por lenta reconstrucción en Dichato”, 21 de julio de 2011

10 Andrés Zahler Torres, “¿En qué país vivimos los chilenos?”, Ciper, 6 de junio de 2011.

11 Juan Pablo Figueroa y Pedro Ramírez, “Las reveladoras cifras de la crisis de representatividad de los parlamentarios”, Ciper, 12 de junio de 2011.

12 Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad Hoc, 2005.

penales que terminan restringiendo su ejercicio. Esta concepción, por cierto, se materializó en diversos cuerpos legales aprobados durante la dictadura, los cuales esta administración pretende profundizar. Solo a modo de ejemplo, basta nombrar el proyecto de ley de fortalecimiento del orden público elaborado por el Ministerio del Interior, en actual tramitación en el Congreso y que será objeto de análisis en este capítulo.

En cuanto al derecho a la manifestación social en sí, este surge de la conjugación de dos derechos: el derecho a la libertad de reunión, establecido en el artículo 19 nº 13 de la CPR, en armonía con el derecho a la libertad de expresión,¹³ establecido en el artículo 19 nº 12 de la Carta Fundamental. Esto debe ser comprendido en un sentido activo, lo cual implica que los órganos de la Administración y de representación en general deben fomentar la participación de la ciudadanía, promoviendo espacios suficientes para que esta exprese sus inquietudes, pesares y demandas. De ahí que se haga necesario entender que, en una democracia representativa, la libertad de expresión es el catalizador que permite la interacción entre la ciudadanía, los representantes y la Administración en general.¹⁴ Por lo tanto, se debe advertir que el derecho a manifestarse públicamente es una herramienta de acción y de participación política válida dentro de un sistema democrático, de gran relevancia para su ejercicio y profundización.

La actual Administración no le ha otorgado la debida importancia a este derecho, aun cuando el ejercicio de este recae mayoritariamente en sectores marginados y desaventajados de la sociedad. De hecho, el gobierno ha optado por desconocer o disminuir la importancia de las manifestaciones, estableciendo condiciones para el diálogo a través de la promoción de un concepto estricto de orden público. Lo cual, por cierto, ha resultado contraproducente, pues el mismo gobierno ha tenido que retirar las condicionantes impuestas con el propósito de lograr acuerdos con los grupos de presión, al margen de su propia política institucional.¹⁵ Por otra parte, también se ha hecho evidente

13 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, “(...) el intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información (...)”, 2005, p. 130.

14 Roberto Gargarella, *Carta abierta sobre intolerancia y apuntes sobre derecho y protesta*, Siglo XXI Editores, 2006, p. 30. El autor señala: “Respetar la libertad de expresión exige, por el contrario, de acciones públicas destinadas a que se escuchen voces diferentes, de acciones que faciliten el acceso a la escena pública de puntos de vista opuestos, de acciones que rompan la inercia que castiga a quienes están peor por razones completamente ajenas a su responsabilidad”.

15 Al respecto cabe recordar los siguientes hechos:

A. La negativa de dialogar mientras se mantuviera la huelga de hambre de los comuneros mapuches; el Gobierno terminó cediendo y se sentó a negociar mientras se mantenía dicha huelga. Radio Bío-Bío: “Comuneros mapuche ponen fin a huelga de hambre de 82 días tras acuerdo del gobierno”, 1 de octubre de 2010.

B. Las continuas condicionantes, que incluyeron prohibiciones de marchas, al dialogo con los

que el gobierno ha intentado criminalizar actuaciones que son componentes fundamentales de la protesta social.

En lo que sigue, proporcionaremos detallada cuenta de la actuación restrictiva del ejecutivo frente al ejercicio de este derecho y también analizaremos la actuación del Congreso Nacional, que, a través de diferentes iniciativas legales, ha incidido en este derecho. Del mismo modo, daremos cuenta de la participación de los Tribunales Superiores de Justicia, que, a través de sus resoluciones, han avalado o corregido acciones que se vinculan con esta materia.

1. EL MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL

Según autores de derecho internacional, el derecho a la protesta social se construye a partir del ejercicio de los siguientes derechos esenciales: por una parte, el derecho a la libertad de expresión y, por otra, el derecho a la libertad de reunirse públicamente. Cada uno se encuentra reconocido y amparado en diversos tratados internacionales que Chile ha ratificado voluntariamente, los cuales se encuentran vigentes.¹⁶

La tendencia internacional utiliza los instrumentos regionales de protección a los derechos humanos para dar sentido concreto a sus conceptos más relevantes. Para nuestros efectos, las definiciones en materia de libertad de expresión¹⁷ y reunión pública¹⁸ otorgadas por la

estudiantes; en esto también cedió y se sentó a conversar mientras se mantenían las movilizaciones. Radio Uchile: "Vamos a volver a clases en la medida que haya soluciones concretas", 25 de septiembre de 2011.

C. La condición de dialogar con los dirigentes de Aysén solo cuando se levantara bloqueo de caminos y puentes. Finalmente fueron recibidos en la Moneda por el Vicepresidente de la República y dichas medidas de presión se levantaron cuando se logró un acuerdo. Emol: "Con cánticos aiseninos celebraron el arribo de Iván Fuentes y miembros de la mesa social", 26 de marzo de 2012.

16 Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

17 El derecho a la libertad de expresión está reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás,
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."

18 El derecho de reunión está reconocido en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Convención Americana de Derechos Humanos han servido de fundamento a las decisiones adoptadas por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para elaborar un concepto del derecho a la protesta social. Las disposiciones utilizadas por este sistema, así como los conceptos elaborados a partir de sus normas, constituyen fuentes del derecho nacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la CPR. De ahí que sea relevante para este informe lo planteado por la Relatoría para la Libertad de Expresión, que ha destacado la importancia de los derechos involucrados en la manifestación pública como pilares fundamentales del sistema democrático en Estados respetuosos de los Derechos Humanos. En efecto, esta ha señalado que:

El derecho de asociación, manifestación y la libertad de expresión son derechos fundamentales garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dada la importancia de estos derechos para la consolidación de sociedades democráticas, la Comisión ha sostenido que cualquier restricción de los mismos debe estar justificada en un interés social imperativo...¹⁹

2. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN FREnte AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL

2.1. La aplicación del Decreto Supremo (D.S.) 1.086 de 1983

Como correlato a la regulación internacional en materia del derecho a la manifestación pública, la CPR reconoce el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión, donde la conjugación de ambos, desde el estándar del derecho internacional de los derechos humanos,²⁰ supone el ejercicio del derecho a la protesta social. El artículo 19 nº13 de la CPR ampara todas las reuniones públicas que se desarrollen pacíficamente y sin armas. De esta forma, establece claramente que el ejercicio del derecho a la reunión no está sujeto a la autorización o permiso previo de la autoridad administrativa. En consecuencia, las manifestaciones públicas pueden ser espontáneas, siendo un derecho individual cuyo ejercicio colectivo no puede estar sujeto a una decisión administrativa de la autoridad. Sin perjuicio de lo anterior, desde la perspectiva internacional, el derecho a la manifestación pública puede ser restringido, en virtud del artículo 15 de la Convención Americana

19 Relatoría para la Libertad de Expresión, *Informe Anual 2011*, párr. 92.

20 La Corte Europea de Derechos Humanos, citada por la CIDH, ha señalado que “el derecho a manifestarse está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión”, ambos reconocidos en el artículo 13 y 15 de la Convención Americana, respectivamente. CIDH, *Informe Anual, 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2006*, p. 131.

de Derechos Humanos,²¹ para asegurar el respeto a los derechos de otros individuos, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, exigiéndose que dichas limitaciones deben estar establecidas en la ley.²²

Para efectos de resguardar estos bienes, es posible que el Poder Ejecutivo requiera una comunicación previa entre el protestante y la autoridad con el objeto de realizar una planificación adecuada que permita compatibilizar los posibles conflictos de bienes constitucionales que se pudieran generar. A este respecto, es necesario reiterar que esa comunicación previa o aviso no puede transformarse nunca en una autorización, porque esto violaría lo dispuesto en el artículo 19 nº 13 de la CPR. Es por ello que, en ese mismo sentido, se ha pronunciado la CIDH:

La finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad. Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales.²³ [...] los requerimientos que crean una base para que la reunión o manifestación sea prohibida o limitada como, por ejemplo, a través de la exigencia de un permiso previo, no son compatibles con este derecho.²⁴

Si bien el inciso primero del artículo 19 nº 13 de la CPR garantiza el derecho a la reunión pública en los términos que exigen los estándares internacionales, su inciso segundo señala que “las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las *disposiciones generales de policía*”, las cuales han sido reglamentadas en el D.S. 1.086. La limitación de estas garantías a través de la potestad

21 El artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el ejercicio del derecho de reunión encuentra su limitación únicamente en “las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

22 CIDH, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2006, op. cit.

23 CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, 2006, parr. 57.

24 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas*, 2011.

reglamentaria no es coherente con la exigencia del derecho internacional en orden a establecer la regulación del ejercicio del derecho a la reunión mediante una norma de rango legal, tal como lo establece el artículo 15 de la Convención. Además, dicha normativa pugna con el principio de reserva legal establecido en los artículos 19 nº 26 y 63 nº 20 de la CPR, que disponen que la regulación y limitación de los derechos fundamentales debe establecerse por ley.

Por su parte, si bien los preceptos del D.S. 1.086 se refieren a “avisos”, en relación al trámite previo que debiera hacer un convocante a una manifestación pública, en realidad los requisitos que se exigen para la presentación ante la autoridad convierten dicha solicitud en una petición de autorización. Así las cosas, la letra “a” del artículo 2º de esa normativa señala que los organizadores de una manifestación pública deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación al Intendente o Gobernador respectivo, señalando que las fuerzas de orden tienen la facultad de disolver cualquier manifestación que no haya dado el aviso previo o no haya cumplido los requisitos de la letra “b” del artículo 2º. Estos son: a) individualizar un responsable; b) especificar el recorrido que la marcha pretende realizar; c) quiénes harán uso de la palabra; e) el lugar en el cual la marcha acabará; y f) el número aproximado de asistentes. De igual manera, la letra “c” del artículo 2º del mismo Decreto establece que la autoridad “puede no autorizar” ciertas reuniones o desfiles. Posteriormente, amplían dichas facultades la letra “d” y la letra “e” del articulado, reafirmando las atribuciones de las fuerzas de orden y seguridad para disolver manifestaciones que no hayan cumplido con los requisitos previamente indicados.

En la práctica, el contenido de este Decreto y las facultades discrecionales con que cuenta la Administración para resolver, han permitido a esta, en ciertas ocasiones, prohibir manifestaciones,²⁵⁻²⁶⁻²⁷ convirtiendo el “aviso previo” en una verdadera solicitud de autorización, permitiendo a Carabineros reprimir protestas que surgen de manera espontánea o “no autorizada”.²⁸⁻²⁹ Ahora bien, ante cuestionamientos en instancias internacionales por tal proceder, la actual Administración se defendió aduciendo que en Chile no existe este tipo de limitaciones, tal como señaló el representante del Ministerio de Relaciones Exteriores, Miguel Ángel González, ante la CIDH.

25 Radio Bío Bío: “Intendencia Metropolitana no autorizó marcha de estudiantes para este jueves”, 5 de octubre 2011.

26 La Nación: “Intendencia Metropolitana no autorizó marcha de secundarios”, 14 de marzo de 2012.

27 La Tercera: “Intendencia no autoriza marcha de la CUT y organizadores insisten en manifestarse este jueves”, 4 de julio de 2012.

28 CNN Chile: “Carabineros dispersa a manifestantes en marcha no autorizada”, 15 de marzo de 2012.

29 Cooperativa: “Carabineros dispersó marcha no autorizada de secundarios en Providencia”, 27 de octubre 2011.

...cuando se dice, o se quiere insinuar de que hay una oposición del Estado a que se manifiestan los ciudadanos, eso es una falsedad, no requieren una autorización, lo que se requiere es que se informe y se acuerde un recorrido para la marcha...³⁰

En el derecho comparado, la regulación del ejercicio del derecho a manifestarse públicamente por parte de la ciudadanía admite restricciones de “tiempo, lugar y forma”, un criterio jurisprudencial nacido en la Corte Suprema de Estados Unidos.³¹ En esencia, comprende un espectro de posibilidades de restricción a la manifestación disponibles para la autoridad, pero que no interfieren con el fondo del mensaje que se persigue comunicar. En este sentido, las autoridades pueden recurrir a un término intermedio de limitaciones a la manifestación pública, entre la prohibición absoluta y la no intervención, cuyo objeto debe estar orientado a proteger otros bienes jurídicos, en términos legítimos y proporcionales (como la prevención de actividades que pudieran causar daño a otras personas). Estas restricciones dicen relación con el momento y lugar de un evento, o la forma de su realización.³²

Aplicado este razonamiento a nuestra propia legislación y a los instrumentos interamericanos de protección a los derechos humanos, podemos concluir que la exigencia de una notificación previa a la autoridad es compatible con las limitaciones legítimas al ejercicio del derecho a la manifestación pública.³³ No obstante, dicha notificación debe tener por objeto la coordinación con la autoridad para la protección de otros bienes jurídicamente relevantes, conforme a las restricciones aceptadas por el artículo 15 de la Convención, y para evitar amenazas serias e inminentes.³⁴ El correlato de tales limitaciones admite modificar, por parte de la autoridad, las condiciones originales de la manifestación en cuanto al día, hora y lugar en que se podrá realizar una convocatoria. Por el contrario, no admite que tal coordinación constituya una verdadera autorización previa de la autoridad para la realización de la manifestación pública o que las condiciones de su ejercicio sean lo suficientemente gravosas como para afectar el fondo del mensaje.

30 Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre “Manifestación pública y Derechos Humanos en Chile”, solicitada por el programa Asesoría Ciudadana del Instituto Igualdad, 28 de octubre de 2011.

31 Corte Suprema de Estados Unidos, *Frisby v. Schultz*, 487 US 474, 1988.

32 OSCE Office of Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) and Council of Europe's European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, II edición, 2010, párr. 99.

33 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Caso *Kivenmaa c. Finlandia*, 10 de junio de 1994, párr. 9.2.

34 CIDH, *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2002, párr. 34.

2.2. Proyecto de Ley de fortalecimiento del orden público³⁵

Esta concepción restrictiva de orden público se ha materializado en un proyecto de ley denominado “Ley de fortalecimiento del orden público”, surgido como reacción a las masivas movilizaciones estudiantiles de 2011. En efecto, el mensaje presidencial que fundamenta su presentación señala que la tipificación actual del delito de desórdenes públicos en el Código Penal “no responde a los fenómenos sociales ni a los desórdenes públicos que enfrentamos”, agregando que “los últimos acontecimientos en nuestro país han demostrado que el derecho a manifestarse pacíficamente se ha visto limitado y restringido debido a la acción de personas ajenas a las causas que en ellas se expresan”.³⁶

En este contexto, se envió al Parlamento un proyecto de ley compuesto de 4 artículos, que pretende modificar diferentes cuerpos legales. En lo que respecta al ejercicio del derecho a la protesta social, resultan especialmente preocupantes las modificaciones introducidas a la figura de “desórdenes públicos” contenida en el Código Penal, con las cuales se propone tipificar como delito los desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen, entre otras hipótesis, la realización de tomas de establecimientos educacionales y cortes de tránsito, asignándoles a estas conductas penas que van desde 541 días hasta 3 años de presidio. Lo anterior no sería problemático si ambas acciones no fuesen expresiones constitutivas de la protesta social; sin embargo, lo son, pues persiguen visibilizar ante la opinión pública las demandas sociales contenidas en una movilización. En efecto, los propios tribunales de justicia chilenos han reconocido que las “tomas” pueden constituir un ejercicio legítimo del derecho de manifestación, equiparándolas al derecho de huelga, señalando que:

...históricamente, numerosos movimientos estudiantiles han sido el motor de cambios y evoluciones sociales, siendo las tomas una de las formas que tradicionalmente se han utilizado por los alumnos, lo cual puede paragonarse con los movimientos huelguísticos en materia de derecho laboral y, particularmente, del área sindical, que están legalmente reconocidos.³⁷

35 La siguiente sección hace referencia al proyecto de ley de “Resguardo del Orden Público”, en la versión original presentada por el Poder Ejecutivo el 4 de octubre de 2011. Luego de su paso por la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados, sufrió algunas modificaciones como la pena que establece para los delitos de “desórdenes públicos, así como la agregación de nuevos verbos rectores y de medios para su comisión”. El proyecto original, sus modificaciones y su tramitación en la Cámara pueden ser consultados en <http://goo.gl/tGLG7>.

36 Mensaje 196-359 del 27 de septiembre de 2011.

37 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5.717, 2006, 12 de diciembre de 2006.

En relación a lo anterior, es importante destacar que la calificación como delito –que pretende el mencionado proyecto– de las “tomas” de establecimientos educacionales, que en su mayoría son llevadas a cabo por menores de edad, está en contradicción con lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En efecto, el principio del “interés superior del niño”, establecido en el artículo 3 de la Convención, supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos,³⁸ así como la consideración primordial del interés superior del niño en las medidas que le afecten, lo cual debe conducir a la disminución a un mínimo posible de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar.³⁹

Este proyecto, en cambio, al sostener una relación conceptual entre la ocupación por parte de niños y adolescentes de sus liceos y el quiebre del orden público, conduce a la criminalización de una conducta que constituye un ejercicio del derecho a la protesta social, orientada al “derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afecten su vida”.⁴⁰ Bajo este razonamiento, la aplicación del derecho penal y, con ello, de medidas que implican privación de libertad a menores de edad bajo este tipo de supuestos, contraviene el artículo 3 de la Convención.

De ahí que la “toma” de liceos por parte de sus estudiantes deba ser tratada, a la luz de este principio, a través de mecanismos menos intensos que el derecho penal juvenil. En definitiva, este proyecto de ley busca la tipificación de comportamientos que tradicionalmente forman parte de las manifestaciones ciudadanas en una sociedad democrática. Criminalizar la ocupación o invasión de determinados establecimientos públicos o privados es una vulneración flagrante no solo del principio de proporcionalidad, sino que también del principio de *última ratio*, en tanto mecanismos legitimadores de la potestad punitiva estatal.⁴¹

Asimismo, el proyecto plantea una modificación que busca castigar a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes, tres circunstancias que ampliarían el sujeto activo del injusto típico más allá de la autoría contemplada en la actual legislación. Con esto, se abre la opción de sancionar criminalmente a quienes convoquen u organicen movilizaciones masivas si se produjeran desórdenes, siempre

38 Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, artículo en línea, p. 12.

39 Id., p. 13.

40 Comité de Derechos del Niño, Comentario General nº 12, El derecho del niño a ser escuchado. 51º periodo de sesiones, Ginebra, 20 de julio de 2009, párr. 81.

41 Asesoría Ciudadana, Preinforme entregado a la CIDH y al Estado de Chile en audiencia sobre “Manifestaciones públicas y derechos humanos”, 28 de octubre de 2011 (inédito).

que “la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquellos”.⁴² Esto implica que, de prosperar esta iniciativa, se podría crear un incentivo perverso para que grupos opositores a los dirigentes o movimientos sociales provoquen destrozos y cometan ilícitos con el objetivo de que se les impute responsabilidad a los organizadores. A mayor abundamiento, en relación a los problemas de legalidad anotados, en opinión de Nicolás Espejo, este proyecto de ley supone:

(Un) catálogo amplísimo de conductas en las que no se distingue entre acciones justificadamente punibles (en atención a los bienes jurídicos comprometidos y su lesividad) y otras que pudieran estar sujetas a otras formas de sanción no penales. Por ejemplo, situar al mismo nivel de punibilidad las hipótesis descritas en el numeral 3º (impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes) con aquella consagrada en el numeral 5º (emplear armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos u otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad).⁴³

El proyecto, en un primer momento, establecía una modificación al Código Procesal Penal que ampliaba el arbitrio de la policía para recabar pruebas en el contexto de movilizaciones sociales, con el objeto de entregarle a esta potestades para consignar material audiovisual a quienes registren hechos que constituyan o pudieran constituir un delito.⁴⁴ Una medida de este tipo podría tener como consecuencia fáctica un amedrentamiento para utilizar medios audiovisuales que registren los acontecimientos abusivos de los efectivos de fuerzas de orden y seguridad, lo que ha sido precisamente la principal herramienta para la denuncia de los hechos constitutivos de violencia policial y vulneración a las garantías fundamentales de los manifestantes. Cabe

42 Es pertinente la observación de Nicolás Espejo sobre las implicancias que este precepto supone para líderes estudiantiles: “¿Qué suerte penal pueden correr los dirigentes estudiantiles secundarios –presidentes de curso, presidentes de centros de alumnos, dirigentes secundarios en general– que organizan, convocan y promueven (...) manifestaciones sociales en las que participan niños, niñas y adolescentes en ejercicio de su derecho a la libre manifestación de ideas? Este precepto parece sancionar a los organizadores y participantes [por el ejercicio] del derecho constitucional a reunirse sin permiso previo (...) lo anterior, genera un grave impacto en el ejercicio de los derechos de participación de los adolescentes, toda vez que resulta imposible prever estos resultados, y es imposible no haberlos ‘promovido’ por el hecho de haberse organizado para una reunión pública.” Nicolás Espejo, “Democracia, libertad de expresión y seguridad: Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público”, Derecho Noticias, Universidad Central, 2011.

43 Id.

44 El proyecto original establecía en su artículo 2º número 1: “Consignar la existencia y ubicación de fotografías, filmaciones, grabaciones, y en general toda reproducción de imágenes, voces, que se hayan tomado, captado o registrado (...”).

considerar que, durante 2011, se registraron numerosos episodios de agresiones y detenciones a comunicadores que registraron las manifestaciones estudiantiles, cuestión que ha sido reconocida por la Relatoría para la Libertad de Expresión.⁴⁵ Finalmente y, luego de reclamos realizados por las diferentes organizaciones que agrupan a los periodistas, el gobierno retiró la norma pretendida del proyecto.⁴⁶

A nuestro entender, el problema de fondo del proyecto reside en el hecho de que la Administración confunde el concepto de orden público con la ausencia de manifestaciones públicas, en un sentido muy literal, al señalar que el orden público se puede entender “(...) en términos materiales, como un estado opuesto al desorden y que se integra por tres elementos fundamentales: la tranquilidad, la moralidad y la salubridad pública (...)”.⁴⁷ El proyecto resulta tan problemático para el ejercicio de la protesta social que la directora del INDH, Lorena Fries, ha expresado su total oposición a este, aduciendo que el derecho a manifestarse es un componente fundamental de una democracia.

...se está interfiriendo en una garantía fundamental de manera penal y todo el mundo sabe que el derecho penal y la sanción no resuelven los conflictos sociales. Nosotros estamos en contra de ese proyecto, porque tiene un límite demasiado poco claro entre lo que es un delito y un derecho constitucional (...) en un Estado democrático, el orden público no es una garantía fundamental, sino el conjunto de condiciones que permite el ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos, no la conculcación de derechos.⁴⁸

Al respecto, resulta interesante la reflexión del profesor de derecho penal Héctor Hernández en relación a la incertidumbre sobre qué hechos, en el contexto de una protesta social, pasarían a configurar un delito:

El escenario es ciertamente desconcertante, porque muestra que en definitiva no existe claridad sobre algo tan elemental para la ciudadanía como es si (y, en su caso, cuándo) la protesta social puede constituir delito, ni sobre la forma en que, en tal caso, este ha de perseguirse. Como es obvio, semejante incertidumbre no es aceptable en un Estado que se pretenda

45 CIDH, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2011, p. 51, párr. 93.

46 Cooperativa: “Gobierno retirará cláusula de ‘Ley Hinzpeter’ para pedir grabaciones a medios sin orden judicial”, 18 de enero de 2011. Cabe mencionar que el proyecto de ley de fortalecimiento al orden público es conocida popularmente como la “Ley Hinzpeter” en alusión al Ministro del Interior, señor Rodrigo Hinzpeter.

47 Mensaje 196-359 del 27 de septiembre de 2011.

48 Lorena Fries, “El orden público son las condiciones que permiten el ejercicio de derechos, no la conculcación de derechos”, 2 de enero de 2012, www.indh.cl

“de Derecho” y debe ser zanjada, necesariamente de un modo compatible con los derechos fundamentales de las personas.⁴⁹

Finalmente, cabe destacar la preocupación que ha generado en organismos internacionales la eventual aprobación de esta ley. En efecto, tres relatores especiales de Naciones Unidas hicieron llegar una carta al Ejecutivo en la que “se expresa preocupación que el Proyecto de Ley pudiera resultar en restricciones excesivas de los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica y en la criminalización de las personas que ejerzan estos derechos”.⁵⁰ Organizaciones sociales del mundo civil han manifestado idéntica preocupación, adhiriendo en términos generales a las críticas sobre la punibilidad agravada de los manifestantes y los tipos penales abiertos que describe como “desórdenes”.⁵¹ En el mismo sentido se han pronunciado numerosos parlamentarios.⁵²⁻⁵³

2.3. Invocación de la Ley de Seguridad del Estado (L.S.E.)

La actual Administración, en busca del resguardo del orden público, ha hecho uso de dos leyes cuya reciente aplicación ha sido fuertemente cuestionada tanto en el ámbito nacional como internacional. Se trata de la Ley 18.314, que determina conductas terroristas, y la L.S.E.⁵⁴ Esta última, durante el periodo que comprende este informe, se aplicó en la presentación de una querella contra 22 pobladores de la región de Aysén⁵⁵ debido a su eventual responsabilidad en los hechos de violencia que ocurrieron durante las movilizaciones en esa región, que se prolongaron por más de 40 días.⁵⁶ No obstante, con

49 Héctor Hernández, “Protesta social y derecho penal”, *El Mercurio Legal*, 22 de marzo de 2012.

50 El Dínamo.cl: “El día que la ONU cuestionó la Ley Hinzpeter”, 6 de julio de 2012.

51 Cooperativa.cl: “Amnistía Internacional y organizaciones sociales criticaron polémica Ley Hinzpeter”, 17 de julio de 2012.

52 Emol.cl: “Bancada DC cuestiona llamado del Gobierno para aprobar Ley Hinzpeter tras desmanes”, 29 de junio de 2012.

53 La Tercera.cl: “Diputado Montes rechaza Ley Hinzpeter por criminalizar la protesta social”, 2 de julio de 2012.

54 El Mostrador.cl: “Guirardi sobre aplicación de Ley de seguridad del Estado en Aysén: ‘La represión lo único que genera es ingobernabilidad’”; al respecto, el entonces presidente del Senado, señalaría que la “Ley de Seguridad del Estado es un anacronismo, es una herencia dictatorial, es un instrumento que nunca se tiene que aplicar en democracia”; 16 de marzo de 2012.

55 La Segunda.cl: “Gobierno se querella contra 22 aiseninos por Ley de Seguridad, pero no incluye a los líderes sociales de Aysén.”, 16 de marzo de 2012.

56 Terra.cl: “Aysén vuelve a la normalidad después de 40 días de conflicto”, 25 de marzo de 2012. El conflicto en Aysén comenzó con las demandas del movimiento ciudadano surgidas debido a los altos costos de la vida en la región. Entre las principales dificultades se identificaron: altos precios en los combustibles, el aislamiento que encarece los costos de ciertos alimentos, la nueva ley de pesca que estipula nuevas cuotas de extracción y reforma del sistema de licencias y los bajos sueldos, entre otras. Esto derivó en que la mayor parte del pueblo saliera a las calles a manifestarse cortando las principales rutas, y ocupando el aeródromo Melinka y el muelle e instalaciones de Sernapesca, entre otros medios de protesta.

posterioridad, el Ministerio del Interior desistiría de dicha acción penal, luego de llegar a un acuerdo con los dirigentes del movimiento ciudadano por Aysén.⁵⁷

La aplicación de la L.S.E., en particular de sus Títulos III, “Delitos contra el orden público”, y IV, “Delitos contra la normalidad de las actividades nacionales”, por parte de la Administración constituye otra forma de criminalización de la protesta social en Chile.⁵⁸ Esto es así pues se trata de un cuerpo legal que, en lo que nos atañe, confiere exclusivamente al Ministerio del Interior su invocación mediante la interposición de una denuncia o querella. La ley no otorga facultades extraordinarias de prevención o investigación, solo adjudica a la Administración la facultad de subsumir discrecionalmente los hechos en las descripciones típicas en ella señaladas, buscando la aplicación de penas sustancialmente superiores a las contenidas en la legislación penal ordinaria. Así, vemos que el Código Penal tipifica los desórdenes públicos no solo como falta (artículo 495 N° 1), sino que también como delito (artículo 269).

El primer caso es conocido comúnmente como “desórdenes públicos leves” y se le asigna una pena de multa de una Unidad Tributaria Mensual. El segundo caso se conoce como “desórdenes públicos graves” e importa una pena que va desde los 61 a los 540 días de reclusión. Cabe señalar que, en ambos casos, la vaguedad del tipo penal es sorprendente. Así, a manera de ejemplo, el artículo 269 prescribe como conducta punible “Los que *turbaren* gravemente la *tranquilidad pública* para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado (...).”

Esta situación, por cierto, se vuelve anómala y grave cuando la Administración decide invocar la L.S.E. En efecto, para graficar lo expuesto podemos mencionar el caso Aysén: el Ministro del Interior se querelló por los delitos contemplados en el artículo 6 letras a), c) y d). El artículo 6 letra a) señala que “cometen delito contra el orden público: a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública”. Es decir, en la práctica, no establece diferencia alguna con el hecho punible prescripto en el Código Penal. Sin embargo, por el solo hecho de que el

57 Emol.cl: “Gobierno retira querella por Ley de Seguridad del Estado contra 22 aiseninos”, 29 de marzo de 2012.

58 La Ley de Seguridad del Estado 12.927 fue promulgada en el año 1958 y tuvo como antecesora directa la Ley de defensa permanente de la democracia 8.987 de 1948, más conocida como la *ley maldita*, por establecer la proscripción del partido Comunista, entre otros. Durante la dictadura militar esta ley fue reformada con el objetivo de aumentar las penas y ampliar las conductas punibles para la protección del Orden Público. Si bien con el regreso de la democracia las mayorías de estas reformas fueron eliminadas, su aplicación se produjo en varias ocasiones. Esta normativa tipifica delitos contra la seguridad interior del Estado, la soberanía Nacional, el orden público y, en general, contra la normalidad de las actividades nacionales.

Ministro del Interior haya invocado la L.S.E., se pretendía que los 22 vecinos de Aysén sufrieran la aplicación de una pena que podía llegar hasta los 5 años de presidio y la inhabilitación absoluta y perpetua para ejercer derechos políticos. En el caso de las letras c) y d), las penas sin aplicación de circunstancias calificantes podrían llegar a los 10 años de presidio.

Como vemos, la aplicación de la L.S.E. termina amedrentando y criminalizando la protesta social por medio de una aplicación extraordinaria y discrecional de un instrumento altamente represivo como lo es el derecho penal. De esa manera, su aplicación se torna esencialmente comunicacional o política, representando de esa manera una amenaza patente para quienes se manifiestan. Justamente esa es la tesis del entonces subdirector del Centro de Derechos Humanos de la U. de Chile, Claudio Nash, quien explicaba que:

El efecto más importante que tiene esto es más bien de orden político. Es decir, aquí hay un mensaje fuerte en términos de un intento de criminalizar la protesta social. Eso es tanto más relevante que las implicancias jurídicas que tiene invocar la Ley de Seguridad del Estado, que se relacionan con el endurecimiento de las penas, pero que ni siquiera otorga a los jueces facultades especiales...⁵⁹

En este mismo sentido se ha pronunciado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en las conclusiones de su informe de 2011, donde, en su párrafo séptimo, relacionado con las normas que sancionan penal o civilmente la expresión, se recomienda a los Estados miembros, entre otras cosas:

- d. Promover la modificación de las leyes penales ambiguas o imprecisas que limitan la libertad de expresión de manera desproporcionada.
- e. Establecer regulaciones claras que garanticen el ejercicio legítimo de la protesta social y que impidan la aplicación de restricciones desproporcionadas que puedan ser utilizadas para inhibir o reprimir expresiones críticas o disidentes.⁶⁰

Cuestiones todas que, a la luz de los razonamientos expuestos sobre la aplicación de la L.S.E. en el contexto de manifestaciones públicas, exponen un comportamiento deficitario de parte del Estado

59 Radio Uchile.cl: "Invocación de Ley de Seguridad del Estado: Es un mensaje político más que jurídico", 18 de octubre de 2011.

60 Relatoría para la Libertad de Expresión, *Informe Anual 2011*, párr. 7.

de Chile en relación a los estándares y exigencias internacionales en materia de derecho a la libertad de expresión y reunión.

3. LA ACTUACIÓN DEL CONGRESO FRENTES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROTESTA

Tan importante como el marco regulatorio vigente o la actuación de la Administración, es el actuar en esta materia del Congreso de la República. Esto es así por dos motivos: primero, porque, en tanto poder del Estado, sus actuaciones expresan el comportamiento de Chile respecto a sus obligaciones internacionales; segundo, porque, en cuanto espacio de deliberación de las fuerzas políticas, las actuaciones del Parlamento permiten obtener una acabada perspectiva de las amenazas y los avances en cuestiones de fiscalización y legislación en torno a la materia en análisis.

Así, el artículo 46 de la CPR encomienda a la Cámara de Diputados y al Senado concurrir a la formación de las leyes, lo que realizan conforme a las disposiciones de la propia CPR, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso y los respectivos Reglamentos de funcionamiento. Para el análisis de dicha función, en lo que nos respecta, resulta especialmente útil el trabajo de las Comisiones⁶¹ de las Cámaras en las que los proyectos de ley deben ser discutidos antes de su ingreso a Sala. En particular, nos interesa examinar el trabajo de la Comisión Permanente de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía presente en ambas Cámaras, y el desarrollado por la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados. En lo que sigue, analizaremos cada uno de sus ámbitos de competencia y su incidencia en el tema objeto de este capítulo.

3.1. Potestad legislativa

Hasta hace algunos años, la actividad legislativa del Congreso en torno a la protesta social era escasa o nula. Los profundos procesos sociales que vive nuestro país y sus manifestaciones públicas han evidenciado que en él cohabitan sectores políticos que persisten en abordar la materia casi exclusivamente desde el derecho penal, agravando penas y creando nuevos tipos vinculados a hechos recurrentes en las manifestaciones masivas. Otros sectores han optado, aunque con menor intensidad y profundidad, por una vía mucho más acorde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El resultado final de esta pugna es aún una incógnita, pues la legislación en la materia

⁶¹ Reglamento de la Cámara de Diputados, Artículo 118. Reglamento del Senado, Artículo 36.

es todavía deficiente y poco ha resuelto el Congreso al respecto. Como señalábamos, existe una variada gama de proyectos de ley en trámite, impulsados por diversos sectores políticos, por lo que ahora solo se puede caracterizarlos y proyectar posibles resultados.

Un primer sector político adhiere a una concepción amplia y preponderante del orden público, el cual presuponen más relevante que el ejercicio de los propios derechos fundamentales. A modo de ejemplo, en la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados se encuentran en tramitación⁶² 6 proyectos de ley relacionados explícita o implícitamente con las manifestaciones públicas, de los cuales 5⁶³ han sido presentados por diputados del Partido Renovación Nacional (RN) y/o del Partido Unión Demócrata Independiente (UDI).

Esta concepción⁶⁴ se caracteriza por abordar la materia desde el Derecho Penal, poniendo énfasis en los sucesos episódicos de violencia que tienen lugar con motivo de manifestaciones públicas. Desde esa óptica, se busca crear nuevos tipos penales, agravar penas de conductas ya tipificadas y ampliar las facultades de la policía en el control de las manifestaciones.⁶⁵

Entre estos proyectos, destaca el proyecto de ley que modifica el procedimiento de control de identidad,⁶⁶ presentado por 8 diputados del Partido UDI en septiembre de 2011. Dicho proyecto, lejos de atender la grave situación que tiene lugar con motivo de la realización sistemática y masiva de dicho procedimiento en las manifestación públicas,⁶⁷ explica que, salvo en caso calificado, las personas “conducidas” a unidades policiales no gozan de los derechos que el artículo 93 del Código Procesal Penal reconoce a los detenidos e imputados.⁶⁸

Por otra parte, hay en el Congreso sectores que abordan la problemática como un verdadero conflicto entre derechos reconocidos y el límite de su ejercicio, en el que se encuentran involucradas garantías constitucionales como la libertad de expresión y el derecho de reunión. Los proyectos de ley ingresados desde esta perspectiva aparecen como menos proclives a ocupar el derecho penal como herramienta de control de las manifestaciones públicas y, por el contra-

62 Además del analizado en supra 2.2.

63 Boletines 7155-25; 7290-25; 7895-25; 8223-25 y 8420-25

64 Consonante en diversas aristas con la posición de la actual Administración. Para mayores detalles ver lo analizado en supra 2.2.

65 Boletín 8420-25: “De acuerdo la presente moción, se sancionará con presidio menor en sus grados mínimo (61 a 540 días), más las penas que de acuerdo a otros delitos les pueda corresponder, a quienes con ocasión de desórdenes públicos causen lesiones corporales, daños; o mediando actos de fuerza o violencia obstaculicen vías públicas, paralicen o interrumpan servicios públicos, o invadan inmuebles de propiedad ajena”.

66 Boletín 7895 - 25

67 En particular, véase capítulo sobre violencia policial: 2) patrones de abuso policial.

68 En su fundamentación, señala: “El fundamento dogmático de esta modificación [que los ‘conducidos’ a la unidad policial no se tengan por detenidos] radica en la consideración de que la identificación personal a requerimiento de la autoridad policial constituye una verdadera carga pública que el ordenamiento jurídico impone a las personas para el mantenimiento del orden y seguridad públicos”.

rio, han buscado adecuar la normativa atingente al estándar exigido por las obligaciones internacionales de nuestro país. Sin embargo, se hace evidente la carencia de una agenda integral en la materia que permita formular cuestionamientos profundos a la regulación vigente, al punto que el único proyecto que a la fecha ha propuesto sustituir el D.S. 1.086 por una ley que regule las manifestaciones públicas (tal como lo dispone la Convención Americana) se encuentra archivado desde 2010.⁶⁹ Actualmente se encuentran en tramitación proyectos de ley que pretenden dar respuesta a amenazas al ejercicio de la protesta social que han tenido lugar en el último tiempo. Así, destacan el proyecto que agrava la sanción de la detención ilegal tipificada en el artículo 148 del Código Penal, cuando la víctima se encuentre en ejercicio del periodismo;⁷⁰ el que prohíbe el uso de elementos lacrimógenos u otros compuestos químicos para el control de disturbios;⁷¹ el que dice relación con la protección policial a las manifestaciones públicas⁷² y el que busca derogar los títulos II –“Delitos contra la Seguridad Interior del Estado”–, III –“Delitos contra el Orden Público”– y IV –“Delitos contra la normalidad de las actividades nacionales”– de la Ley 12.927 de Seguridad del Estado.⁷³

3.2. Potestad fiscalizadora

3.2.1. Cámara de Diputados

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados ha tratado diversos asuntos relativos al derecho a las manifestaciones públicas en sus sesiones.

En primer lugar, ha tratado el tema de la grave represión policial en el contexto del conflicto social que existe entre el Estado y el pueblo mapuche. Así por ejemplo, en la sesión 31, celebrada el 2 de marzo de 2011, contando con la asistencia del General Director de Carabineros y de la Policía de Investigaciones de Chile, se analizaron los procedimientos policiales en la zona de la Araucanía y, en particular, aquellos en que se vieron involucrados menores de edad; mientras que en sesión 39, celebrada el 11 de mayo de 2011, contando con la asistencia de familiares de prisioneros políticos mapuche, se analizaron las repercusiones de la aplicación de la Ley Anti Terrorista en ese contexto.

En segundo lugar, en la sesión 40, celebrada el 18 de mayo de 2011, a la que asistieron el Ministro del Interior y el General Direc-

69 Boletín 5583-07. Proyecto de Ley “Regula el ejercicio del derecho a reunirse pacíficamente” Moción del Senador Alejandro Navarro, 17 de diciembre 2007.

70 Boletín 8113-07.

71 Boletines 7928-25 y 7667-11.

72 Boletín 7640-07.

73 Boletín 8215-07.

tor de Carabineros de Chile, se solicitó información detallada sobre los procedimientos policiales ejecutados durante las manifestaciones contrarias a la aprobación del proyecto hidroeléctrico de Aysén y, en particular, sobre las medidas adoptadas a la luz de las resoluciones que sobre la materia resolvieron los Juzgados de Garantía de Santiago, que declararon ilegales las detenciones efectuadas durante tales procedimientos en la Región Metropolitana.⁷⁴

En tercer lugar, en la sesión 51, celebrada el 31 de agosto de 2011, la Comisión recibió a la Subsecretaría de Justicia, a fin de que expusiera el programa gubernamental tendiente a la creación de una Subsecretaría de Derechos Humanos, dependiente de dicha Cartera de Estado tanto en sus aspectos jurídicos como presupuestarios.

En cuarto lugar, en el contexto de las manifestaciones del movimiento estudiantil, contando con la asistencia del Ministro del Interior, del General Director de Carabineros y de la Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se analizó el informe emitido por esa institución respecto del actuar de Carabineros en las manifestaciones pública, en la sesión 59, celebrada el 30 de noviembre de 2011 y en la sesión 60 del 14 de diciembre de 2011.

Finalmente, también se analizaron los procedimientos realizados por el Gobierno en cuanto al resguardo del orden público durante las últimas manifestaciones en la Región de Aysén, para lo cual se contó con la participación del Ministro del Interior y Seguridad Pública, el Subsecretario del Interior y el General Director de Carabineros de Chile en la sesión 65, celebrada el 14 marzo de 2012; además, se recibió a Observadores de Derechos Humanos de la red de sitios de memoria en la sesión 64 del 7 marzo de 2012.

3.2.2. Acusaciones constitucionales

Cabe destacar que, durante el periodo comprendido en este informe, los parlamentarios de la oposición presentaron dos acusaciones constitucionales en contra del Ministro del Interior por los episodios de violencia y vulneración de garantías fundamentales vividos en los contextos de las movilizaciones estudiantiles y las ocurridas en Aysén. A propósito de la acusación realizada con ocasión de estos últimos hechos, resulta interesante la opinión del abogado Fernando Atria, quien participó de su redacción. Para este profesor de Derecho, el principal fundamento de la acusación decía relación con el mal uso de los poderes públicos que detenta el Ministro del Interior, en cuanto a que, debido a una aplicación inoportuna e irresponsable de la ley por parte de esta autoridad, las funciones que la propia ley le encomienda quedaron incumplidas.

74 Sesión 42, 8 de junio de 2011.

...las alteraciones son consecuencia del modo en que el Ministro ha decidido ejercer las amplias facultades que la ley le da para permitirle el mantenimiento del orden público (...) la ley le da un mando genérico, otorgándole una cantidad considerable de facultades, atribuciones normativas y materiales y es decisión del ministro como las usa...⁷⁵

Si bien ambas acusaciones fueron rechazadas por el pleno de la Cámara de Diputados, no deja de ser relevante la actuación de los parlamentarios en esta materia, en búsqueda de esclarecer hechos y establecer responsabilidades políticas por las vulneraciones a los derechos acontecidas.

4. LA REACCIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Los tribunales superiores de justicia tampoco han quedado al margen del asunto, en particular, respecto al tratamiento jurisprudencial de algunos aspectos que conciernen al derecho a la protesta social. Ante todo, cabe decir que la forma en que estos han reaccionado ante esta problemática ha sido más bien indirecta, pues no se han pronunciado en concreto acerca de aspectos jurídicos y/o constitucionales del derecho a la protesta social, sino que, a través del conocimiento de acciones de protección y recursos de amparo, han confirmado o anulado actuaciones de autoridades que han condicionado o restringido ciertas esferas del derecho a la manifestación pública.

En este contexto, los escenarios han sido los siguientes: (i) acciones de protección interpuestas contra el uso, por parte de Carabineros, de gases lacrimógenos y escopetas antidisturbios como mecanismos disuasivos no racionales y desproporcionados de la protesta; (ii) acciones de protección interpuestas contra decisiones arbitrarias de directores de liceos que expulsaron estudiantes que participaron activamente en tomas de establecimientos educacionales y manifestaciones estudiantiles.

En lo que concierne al primer punto (i), cabe destacar la acción de protección interpuesta por el INDH contra Carabineros, Zona de Aysén, por amenazar, mediante el uso desproporcionado de la fuerza disuasiva, diversos derechos constitucionales de personas que no participaban en actos delictivos ni en desórdenes.⁷⁶ A este respecto, los

75 Radio Bío-Bío: “Abogado Fernando Atria: Hinzpeter no tiene mucha aptitud para controlar alteraciones del orden público”, 19 de marzo de 2012.

76 Este y otros datos sobre los acontecimientos y la violencia policial registrada en Aysén constan en el informe elaborado por el INDH, que envió una misión de observación a la región entre los días 22 y 25 de febrero con el objeto de recabar antecedentes sobre situaciones concretas en materia de derechos humanos. El énfasis del informe estuvo concentrado en el examen de la adecuación de la actuación policial a los estándares exigidos por el derecho internacional

hechos indican que Carabineros, en el contexto de las movilizaciones sociales llevadas a cabo en la Región de Aysén, hizo uso desmedido de gases lacrimógenos, escopetas antidisturbios, balines de goma y perdigones, al punto tal que el mecánico Teófilo Haro sufrió la pérdida de su ojo derecho producto de heridas de perdigón generadas en una manifestación.⁷⁷

Si bien la acción de protección no estaba destinada de modo exclusivo a cautelar el ejercicio de la protesta, esta es relevante pues se dirige contra actuaciones policiales que repercuten de modo directo en la contestación social. Esto es así porque Carabineros, al hacer uso de medios disuasivos de modo indiscriminado, muchas veces sin ajustarse a los protocolos definidos, vuelve ilusorio el ejercicio de la protesta social en la medida que se impide la expresión del reclamo y se invisibiliza la petición en aras de la restauración del orden público, en una situación específica en que las personas movilizadas no portaban armas de fuego ni cometían actos vandálicos. Pese a que la Corte de Apelaciones de Coyhaique desechó la acción de protección en atención a aspectos formales, en su considerando 9º previno que la policía debe revisar sus procedimientos, otorgando además cierto reconocimiento a la legitimidad de los derechos constitutivos del reclamo social. En efecto, la Corte dijo que:

...si bien no (se dio) por establecida la existencia de hechos vulneratorios en términos tales que permitieran acoger el recurso de protección deducido (...) mueve a considerar, por parte de los responsables de mantener el orden público y la seguridad pública, a revisar los protocolos internos existentes durante el desempeño de la labor policial, considerando que el mantenimiento del orden público consiste en velar por el derecho de las personas a ejercer sus derechos y libertades legales sin infringir los derechos de otros (...) y al adoptarse las medidas para el restablecimiento del orden estas deben ser compatibles con los derechos humanos y el régimen democrático...⁷⁸

En lo que concierne al conflicto social sostenido entre el Estado de Chile y el pueblo mapuche, la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco⁷⁹ que, en diciembre de 2011, había aco-

de los derechos humanos. INDH, Informe Misión de Observación Región de Aysén, 22 - 25 de febrero de 2012.

77 Radio Bío-Bío: "Hombre que perdió ojo en protestas de Aysén acusa disparo de Carabinero a quemarropa", 17 de febrero de 2012.

78 Corte de Apelaciones de Coyhaique, acción de protección rol 15 - 2012 del 11 de mayo de 2012, considerando 9º (Énfasis nuestro). Confirmada por la Corte Suprema en recurso rol 4143 - 2012, del 18 de julio de 2012.

79 Corte de Apelaciones de Temuco, acción de protección rol 342 - 2011 del 16 de diciembre de

gido una acción constitucional interpuesta contra las actuaciones de la Gobernación de la Provincia de Malleco y Carabineros. El recurso tenía por propósito poner fin a los violentos operativos llevados a cabo por fuerzas policiales en detrimento de mapuches pertenecientes a la comunidad Wente Winkul Mapu de Ercilla, quienes, entre otras acciones, habían tomado un camino público en las inmediaciones de la zona.

A pesar de que la Corte de Temuco determinó que la ejecución de medidas policiales debe efectuarse procurando no usar de modo excesivo la fuerza, la Corte Suprema anuló la sentencia, determinando que no es posible entregar instrucciones generales a Carabineros en el caso de operativos policiales, los que deben apegarse a los reglamentos de la propia policía uniformada. Asimismo, validó la utilización por parte de las policías de medios gravosos –como el gas lacrimógeno– para disuadir manifestaciones con el fin de resguardar el orden público. La Corte Suprema fue clara al decir que:

(...) en el contexto de los hechos (...) se demuestra un enfrentamiento entre Carabineros y particulares, en que estos últimos portan armas de fuego, presumiblemente operativas, escenario en el cual Carabineros puede ejecutar las acciones que tiendan a disuadir su empleo; acciones entre las cuales racionalmente se encuentra el uso de gases lacrimógenos (...) en un procedimiento como el de autos no resulta procedente dar órdenes de carácter general a la Policía acerca de su conducta futura en hechos que puedan afectar el orden público, por lo cual la acción constitucional interpuesta será desestimada (...).⁸⁰

Otro caso que merece atención es la acción de protección interpuesta contra el Ministerio del Interior y Carabineros por usar de forma desproporcionada gases lacrimógenos para disolver las manifestaciones y protestas estudiantiles ocurridas en inmediaciones del Campus Isla Teja de la Universidad Austral de Chile.⁸¹ A juicio de los recurrentes, tal actuación generó efectos indeseados de carácter nocivo en la salud e integridad de trabajadores y estudiantes que no participan de actos violentos. Ante ello, la Corte de Apelaciones de Valdivia desestimó la prohibición de uso del gas para el futuro, principalmente porque:

2011. En efecto, el fallo, en su parte resolutiva, señala que: “(...) Carabineros de Chile (...) deberá abstenerse de realizar actos de violencia contra mujeres y niños y de lanzar bombas lacrimógenas en los patios de las viviendas particulares de la comunidad indígena (...”).

80 Corte de Suprema rol 12.558 - 2011, 29 de diciembre de 2011 (Considerando 9º del voto de mayoría).

81 Radio Bío Bío: “Académico de Derecho UACH Fernando Muñoz León presenta recurso contra Carabineros por uso de gases lacrimógenos”, 4 de octubre de 2011.

(...) Carabineros de Chile, al utilizar el gas CS (...) lo hizo dentro de la normativa legal, pues perteneciendo a la Fuerza Pública actuó en resguardo de mantener y garantizar el orden público alterado (...) para lo cual, la propia Constitución Política lo inviste en forma imperativa, actividad que dicha institución la desarrolló dentro del marco de su propia Ley Orgánica y D.S. N° 1.086, encontrándose autorizado a utilizar el disuasivo químico señalado en los mencionados procedimientos de control del orden público (...).⁸²

Al igual que la sentencia antes mencionada, la Corte de Apelaciones de Valdivia también adhirió explícitamente a la salvaguarda del orden público como motivo suficiente para legitimar el uso del gas CS por parte de Carabineros al momento de disolver manifestaciones en las que no necesariamente se están cometiendo delitos. Esto, por cierto, es relevante para nuestros propósitos, ya que se autoriza la utilización del gas CS aun sabiendo que se trata de un medio violento e inidóneo que restringe derechos fundamentales que inciden en la protesta.⁸³

En segundo término (ii), correspondió a las Cortes pronunciarse respecto a las expulsiones arbitrarias, ocurridas particularmente en la comuna de Providencia,⁸⁴ de estudiantes a quienes no se renovó la matrícula en sus respectivos liceos por haber participado activamente en las manifestaciones estudiantiles, ya sea como simples manifestantes, o bien como coordinadores o dirigentes.⁸⁵ Esto sucedió porque el Alcalde de Providencia Cristián Labbé Galilea, en su calidad de Presidente de la Corporación de Desarrollo Social de la comuna, anunció, entre otras cosas, que era partidario de “no brindarle matrículas a aquellos alumnos que hayan participado en las tomas”.⁸⁶

82 Corte de Apelaciones de Valdivia, acción de protección rol 625 - 2011 (Considerando 6º). Confirmada por la Corte Suprema en recurso rol 11.283 - 2012.

83 De igual manera, tal proceder se opone a lo dispuesto en el art. 3 del Código de conductas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley del Alto Comisionado de las Naciones Unidad para los Derechos Humanos, que en la letra a) de sus comentarios establece que “el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional (...) en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que excede estos límites”.

84 Ciper.cl: “Masivas expulsiones de líderes estudiantiles en liceos de Ñuñoa y Providencia: (...) en la comuna de Providencia los alumnos sin matrícula o expulsados suman 62. En Ñuñoa, 109. Aún ningún organismo lleva la cuenta nacional del masivo castigo a los jóvenes que se tomaron sus colegios (...)”, 13 de enero de 2012.

85 En lo que concierne a esta materia, puede consultarse como ejemplos las siguientes resoluciones de los tribunales superiores de justicia: Corte de Apelaciones de Santiago, acción de protección rol 3.380 - 2012, 3 de abril de 2012 (Confirmada por la Corte Suprema en recurso rol 3.184 - 2012); Corte de Apelaciones de Antofagasta, acción de protección rol 19 - 2012, 27 de enero de 2012; Corte de Apelaciones de San Miguel, acción de protección rol 219 - 2011, 13 de octubre de 2011; Corte de Apelaciones de Santiago, acción de protección rol 2.266 - 2011, 4 de mayo de 2012; Corte de Apelaciones de Santiago, acción de protección rol 3.533 - 2012, 16 de mayo de 2012.

86 Cooperativa.cl: “Cristián Labbé: Soy partidario de no darles matrícula a los alumnos que han

Ante ello, se interpusieron diversas acciones de protección que tenían por finalidad dejar sin efecto las expulsiones, cancelaciones o no renovación de matrículas de los estudiantes partícipes de las movilizaciones. Al respecto, las Cortes fueron unánimes en torno a invalidar las actuaciones de los directores de los liceos,⁸⁷ declarando arbitrario e ilegal su proceder, ya que no se respetó el derecho constitucional al debido proceso. Si bien, en este contexto, los tribunales superiores no se han pronunciado de modo determinante y expreso respecto a los alcances jurídicos de la protesta social, la señal enviada a través de sus resoluciones es clara en cuanto a que la participación en alguna forma lícita de protesta no es razón suficiente para que un estudiante sea privado de permanecer en el liceo que estudia. Así, a manera de ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que:

...resulta que al juzgar una situación anormal como la ocurrida el año pasado en virtud del movimiento estudiantil y de las anteriores "tomas" a que se vio sometido el Liceo, utilizando para ello los parámetros que se utilizan en situaciones de normalidad, aparece de manifiesto que el castigo aplicado a los afectados carece de legitimidad en atención a que las referidas autoridades, al proceder como lo hicieron han pasado a constituir una "comisión especial", cuya finalidad ha sido aplicar una sanción desproporcionada solo a algunos alumnos del establecimiento...⁸⁸

En similar sentido, la tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que las expulsiones de los estudiantes "movilizados" constituyen verdaderos castigos por su participación política en las protestas llevadas a cabo en el contexto de las movilizaciones estudiantiles:

(...) es evidente que en definitiva la cancelación de matrícula obedece en realidad a una sanción por haber participado de las movilizaciones estudiantiles. No se presentan antecedentes de que las recurrentes hayan tenido un debido proceso, en el procedimiento de cancelación de su matrícula (...).⁸⁹

Como se ve, estas decisiones judiciales son relevantes en la medida que permiten descartar el uso de la expulsión o la cancelación de

participado en las tomas", 29 de diciembre de 2011.

87 En declaración pública de fecha 26 de noviembre de 2011, el Consejo de Directores de Colegios Municipales de Providencia dio su total apoyo al Alcalde Cristián Labbé. www.cds-providencia.cl

88 Corte de Apelaciones de Santiago, acción de protección rol 3.533 - 2012, de fecha 16 de mayo de 2012 (considerando 9º).

89 Corte de Apelaciones de Santiago, acción de protección rol 2266 - 2012, 4 de mayo de 2012 (Considerando 7º).

matrícula como mecanismos indirectos de disuasión de cualquier conducta tendiente a proseguir con la toma de los establecimientos educacionales como forma de presión y apoyo a las demandas estudiantiles por parte de estudiantes o grupos de estos. Es decir, en estos casos, los tribunales superiores ponderaron correctamente que las expulsiones de estudiantes activistas a la larga podría generar un indeseado efecto silenciador que desanimaría a manifestarse, en el sentido de que operaría como un mensaje público tendiente a limitar la libre expresión de ideas y opiniones en contextos de contestación social.

CONCLUSIONES

En la versión de este capítulo del *Informe* anterior, se dio cuenta de la reacción por parte de la Administración frente a las masivas movilizaciones estudiantiles. En el último año hemos constatado que varias de las prácticas que menoscaban el derecho a la manifestación pública se han reiterado; además, se ha presentado, a través de la iniciativa presidencial, para su discusión en el Parlamento, un proyecto de ley que no tiene otro objetivo más que responder con criminalización, aumento de penas y nuevos tipos delictuales a las demandas de la ciudadanía. Además, con el objetivo de acallar el reclamo local de Aysén, se ha invocado una ley que ha sido fuertemente criticada por diversos sectores políticos y sociales, y por organismos preocupados de las garantías de los derechos humanos.

Estas conductas reflejan una concepción formal y minimalista de la democracia en que las únicas vías posibles de participación ciudadana parecieran ser las institucionales o aquellas tradicionalmente establecidas. Con ello se desconoce que el ejercicio del derecho a la protesta social es una herramienta legítima de expresión de las demandas y necesidades propias de los sectores marginados y desaventajados de la sociedad, quienes no tienen otra forma de visibilizar sus demandas ante la opinión pública y las autoridades.

Aquello es así porque estos grupos están impedidos de acceder a formas de involucramiento político que requieren dinero y poder, tales como el lobby, o bien no han logrado insertarse en la deliberación pública institucional a través de fuerzas políticas colectivas organizadas y formalmente establecidas. De este modo, la protesta social no solo se erige como una forma de ejercer los derechos fundamentales de libertad de expresión y de reunión pública, sino que también constituye un mecanismo legítimo de acción política plenamente válido dentro de un sistema democrático como el nuestro, que requiere para su robustecimiento una crítica política vigorosa.

En tal sentido, la derogación del D.S. 1.086 (resolución nacida en dictadura, presumiblemente con el objeto de diluir las protestas socia-

les contra el régimen) es imperativa. La autoridad administrativa podría dejar sin efecto el Decreto en comento, con el objeto de hacer cumplir las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos; o el Contralor General de la República podría invalidarlo por su manifiesta inconstitucionalidad y también por contravenir el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁹⁰

El derecho a manifestarse públicamente no solo es objeto de limitaciones a través de actuaciones de la Administración en el uso de la normativa en vigencia, sino que también es restringido por omisión a partir de la tibia reacción y la escasa proactividad de ambas Cámaras del Congreso Nacional, cuyos miembros, en tanto representantes formales de la ciudadanía, en el último periodo no han concretado una legislación que garantice el legítimo derecho a la protesta social, quedando evidenciada su falta de meticulosidad en cuestiones que conciernen a los derechos constitucionales de naturaleza política.

Por su parte, los tribunales superiores de justicia, llamados a la tutela de las garantías fundamentales, si bien han cautelado ciertas manifestaciones de la protesta social, en algunos casos no se han comprometido con una protección robusta de los derechos, confirmando la concepción de orden público que ha sido reforzada y promovida por la actual Administración.

Considerando la magnitud mediática y política de los eventos ocurridos entre mediados del 2011 y el primer semestre del 2012, el Ejecutivo se ha comprometido a desarrollar una serie de cambios que tienen por propósito evitar las vulneraciones de diferentes garantías fundamentales, las cuales se encuentran, según la autoridad, en vías de cumplimiento. De la misma manera, las fuerzas de orden y seguridad han debido revisar sus procedimientos internos y proceder a crear nuevos organismos, debiendo también adecuar sus protocolos procedimentales y la formación profesional de sus funcionarios.⁹¹

RECOMENDACIONES

A raíz de lo expuesto en este capítulo, efectuamos las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

1. En los mismos términos formulados en el *Informe* anterior, se recomienda dejar sin efecto, por parte del Poder Ejecutivo, en ejercicio de su potestad reglamentaria, el D.S. 1.086. Esto por dos

90 Sobre la competencia del Contralor para el control de los actos de la administración y la jurisprudencia administrativa en la materia, recomendamos: Flavio Quezada, “Del por qué el sistema de autorización previa del ejercicio del Derecho de Reunión contenido en el D.S. N°1.086 de 1983 es inconstitucional”, *Diario Constitucional*, 23 de mayo de 2012. www.diarioconstitucional.cl

91 La Segunda: “Violencia policial en protestas: Lo que revisa la justicia y el giro de Carabineros”, 5 de mayo de 2012.

fundamentos: en primer lugar, por tratarse de una norma infralegal, que, tal como hemos expuesto en este capítulo, es contraria al estándar internacional sobre la materia; y en segundo término, porque exige autorización previa para el ejercicio del derecho a la reunión pública, contrariando con ello lo establecido en la CPR.

2. En caso de que el Ejecutivo no acceda a la petición del punto anterior, la Contraloría General de la República debería ejercer sus facultades de control constitucional de los actos de la Administración, declarando inválido el D.S. 1.086 por su inconstitucionalidad, según las razones expuestas en este capítulo.
3. Se propone la derogación del inciso segundo del artículo 19 n° 13 de la CPR, debido a que este entrega su regulación a las disposiciones generales de policía, lo cual es parte integrante de la potestad reglamentaria de la Administración.
4. Se propone la promulgación de una ley que reglamente el ejercicio del derecho de reunión, la que no deberá exigir condicionantes para utilizar espacios públicos y que, además, debería contener criterios de coordinación ajustados al derecho internacional de los derechos humanos.
5. Se recomienda al Poder Ejecutivo retirar el “proyecto de ley de resguardo al orden público”, por contravenir, de manera general, el derecho internacional de los derechos humanos en materia de protesta social, así como también diversos principios penales y constitucionales. De igual manera, en el evento que el Ejecutivo quiera prosperar en la tramitación de este proyecto de ley, ambas Cámaras del Congreso deberían votar por su rechazo, bajo las razones antes indicadas.
6. Instamos a los parlamentarios a que consideren los estándares del derecho internacional de los derechos humanos al momento de deliberar los proyectos de ley que digan relación con el resguardo del orden público y la pretensión de criminalizar conductas constitutivas del ejercicio de la protesta social. Asimismo, exhortamos a las comisiones de derechos humanos de ambas Cámaras a tener una actitud proactiva en la promoción y defensa de las garantías fundamentales de los manifestantes.
7. Se recomienda que el Ministerio del Interior se abstenga de invocar la Ley de Seguridad del Estado, al menos en lo referente a los delitos contra el orden público y la normalidad de las actividades; así como también inhibirse para emplearla como método de disuasión comunicacional; de la misma manera, se recomienda la utilización de los tipos penales ordinarios que la legislación contempla para sancionar las conductas descritas en esa ley.
8. Se sugiere que los Tribunales Superiores de Justicia, al momento de emitir sus fallos, tengan en consideración los estándares y

la normativa internacional en lo concerniente a derechos humanos, de modo tal que puedan emular el trato preferente que se le otorga a la promoción de los derechos humanos en el orden internacional.

VIOLENCIA POLICIAL^{*1}

* Capítulo preparado por Alberto Coddou, con la colaboración de Patricio Rojas y Pablo Amat.

1 Se ocupará el término “violencia policial” en el sentido en que hace referencia a situaciones de abuso de la fuerza policial, o de violencia ejercida fuera de los márgenes del derecho.

SÍNTESIS

Después de un breve repaso de los estándares y recomendaciones de organismos internacionales, se aborda un tema inédito para este *Informe*, que solo ha merecido una reflexión indirecta en los últimos años. Dada la relevancia del tema en nuestros días, el presente capítulo busca realizar un análisis específico sobre la violencia policial en Chile, con especial énfasis en el estudio de los patrones más recurrentes, es decir, de las formas más comunes en que ocurren los abusos cometidos por parte de los funcionarios policiales; en destacar ciertos grupos vulnerables que sufren de manera especial los efectos de los abusos policiales; y en analizar posibles causas en la estructura institucional de Carabineros de Chile, la principal institución que se someterá a escrutinio en este informe.

PALABRAS CLAVE: *Violencia policial, Abuso policial, Carabineros, Tratos crueles, inhumanos y degradantes, Cultura y estructura institucional.*

INTRODUCCIÓN

Es primera vez que un capítulo de este *Informe* abordará la violencia policial como un tema separado. En ediciones anteriores se había dado cuenta de la violencia policial ejercida en contra de ciertos grupos vulnerables como niños, mujeres y pueblos indígenas. Dada la relevancia que adquirió el tema durante 2011, se consideró necesario abordarlo de manera independiente.

Antes de adentrarse en el análisis, cabe señalar la gran cantidad de aristas implicadas en el estudio de este tema que se relacionan con el objeto de otros capítulos contenidos en este mismo informe. En ese contexto, el capítulo sobre “Protesta social” aborda temas relativos a las injustificadas restricciones o afectaciones que en nuestro país pesan sobre el derecho a la protesta; por otra parte, el capítulo sobre “Justicia militar” realiza un seguimiento de los compromisos que ha adoptado Chile en orden a modificar la actual configuración de la jurisdicción militar, con vistas a proteger bienes jurídicos propiamente militares; por su parte, capítulos específicos sobre refugiados y pueblos indígenas también hacen referencias a situaciones de violencia sufridas por esos grupos.

Para justificar el hecho de que la violencia policial es un tema que está presente en la agenda pública y que requiere ser abordado, es útil recordar que en el último tiempo diversos organismos internacionales han recomendado al Estado de Chile adoptar medidas concretas en torno al tema. Por ello, y como veremos más adelante, los esfuerzos comunicacionales que realiza la autoridad política por minimizar los excesos no dan cuenta de la imagen que proyecta el país ante la comunidad internacional. Ya desde 2007, con posterioridad a las situaciones de violencia ocurridas durante 2006 por las marchas de los “pingüinos”, el Comité de Derechos Humanos, que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), señaló que “observa con preocupación que continúan dándose casos de malos tratos por parte de las fuerzas del orden, principalmente al momento de efectuar la detención y, en contra de las personas más vulnerables,

incluyendo a las más pobres (Artículo 7 y 26 del Pacto)”. En base a ello, recomendó al Estado “tomar medidas inmediatas y eficaces para poner fin a esos abusos, vigilar, investigar y cuando proceda, enjuiciar y sancionar a los funcionarios de la policía que cometan actos de malos tratos en contra de grupos vulnerables. El Estado parte debería hacer extensivos los cursos de derechos humanos a todos los integrantes de las fuerzas del orden”.² Coincidentes con este informe han sido las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño³ (2007) y el Comité Contra la Tortura (2009).⁴ La más reciente evaluación integral en relación al cumplimiento de estándares de derechos humanos en nuestro país se llevó a cabo a través del Examen Periódico Universal (EPU), que en 2009 planteó cuatro recomendaciones explícitas en torno al tema de la violencia policial, incluyendo una especial preocupación por los abusos cometidos con ocasión de la detención, con la posibilidad de imponer sanciones ante los excesos, y con la necesidad de fortalecer la formación en derechos humanos de las Fuerzas de Orden y Seguridad.⁵ En la evaluación que se realiza en la mitad del periodo que transcurre entre dos sesiones referidas al mismo país (cada cuatro años), el Estado de Chile respondió a las recomendaciones, dando cuenta del avance y el progreso con respecto a cada una de ellas. En general, estas respuestas no dan cuenta de un real avance, salvo por lo que respecta a la creación de una oficina administrativa persecutora al interior de Carabineros (a la recomendación de Azerbaiyán) y del Departamento de Derechos Humanos de Carabineros en noviembre de 2011 (a las recomendaciones de los otros tres países).⁶ Una de las organizaciones no gubernamentales más importantes relacionadas con la implementación del EPU, Universal Periodic Review Info, ha dado cuenta de que solo una de estas recomendaciones aceptadas por el Estado de Chile ha sido plenamente implementada (aquella referida a la formación).⁷ Lo preocupante, es que las respuestas de nuestro Estado parecen descansar únicamente en la creación de un departamento de Derechos Humanos al interior de la institución, desligándose, aparentemente, de una responsabilidad más activa en el tema. Del mismo modo, resulta preocupante que las respuestas del Estado de Chile ante la comunidad internacional no incluyan estadísticas o argumentos es-

2 Comité de Derechos Humanos, *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto*, 17 abril 2007, Observaciones finales (Chile). En muchas de las recomendaciones sobre violencia policial que se hacen a nivel internacional, se hace referencia al “Código de Conducta para los encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

3 Comité de los Derechos del Niño, *44º periodo de sesiones*, 23 de abril de 2007.

4 Comité Contra la Tortura, *42º periodo de sesiones*, 27 de abril - 15 de mayo de 2009.

5 Recomendaciones de Azerbaiyán, República Checa, Países Bajos y Uzbekistán.

6 UPR-info, *Chile Mid-term Implementation Assessment*, 23 de marzo de 2012.

7 Véase, en el informe citado en la nota anterior, la respuesta del Estado de Chile a las recomendaciones 12 (Azerbaiyán), 42 (República Checa), 73 (Países Bajos) y 120 (Uzbekistán). Id.

tructurales que den cuenta de los esfuerzos realizados por el gobierno en orden a disminuir en los hechos los casos de violencia policial. Al parecer, el Estado traspasa su responsabilidad política internacional a la responsabilidad institucional que debiera existir al interior de Carabineros. En el contexto de las movilizaciones estudiantiles llevadas a cabo durante 2011, y con especial referencia a la multitudinaria marcha del 4 de agosto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresó “su preocupación por los graves hechos de violencia ocurridos en las manifestaciones estudiantiles llevadas a cabo en Chile, el jueves 4 de agosto, que habrían significado la detención y uso desproporcionado de la fuerza en contra de centenares de manifestantes, entre ellos estudiantes secundarios y universitarios”⁸.

La relevancia del tema a estudiar en el presente capítulo puede también apoyarse en la gran cantidad de hitos de violencia policial documentados en el periodo analizado por diversas entidades públicas –como el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) y la Defensoría Penal Pública (DPP)– y organizaciones de la sociedad civil. A nivel estadístico, la violencia policial es un tema que ha venido en creciente alza, sobre todo en el último año. Al periodo enero-febrero de 2011, se tramitaban 1.777 casos de violencia innecesaria denunciados en el segundo juzgado militar de Santiago (cuya competencia cubre la mayor cantidad de casos vigentes en la justicia militar); por su parte, en el mismo periodo del presente año, se acumulan 2.657 casos, representando un aumento de aproximadamente un 50% en la carga de trabajo de este juzgado militar.⁹ Ello constituye la proyección de un patrón sostenido desde el año 1990: un estudio de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales demostró que, al menos hasta 2004, la violencia policial fue en creciente aumento.¹⁰ Entre 1990 y 2004 se produjo una escalada de denuncias por violencia policial que presentaban ciertos indicadores muy particulares en relación a la condición socioeconómica. Durante esos años se presentaron, solo en la región central de Chile, más de 6.400 denuncias por el delito de violencia innecesaria ante los juzgados

8 CIDH, *Comunicado de prensa sobre violencia contra protestas estudiantiles en Chile*, 6 de agosto de 2011, www.oas.org/cidh

9 No conocemos el número específico de causas que entre uno y otro periodo terminaron (se archivaron o sobreseyeron), ni tampoco el número específico de causas que ingresaron, pero podemos inferir que el aumento es significativo, dado el tiempo de tramitación que observa un procedimiento en fiscalías militares, con graves déficits de desarrollo tecnológico y estadístico. Para un ejemplo de ello, véase el estudio de Claudio Fuentes y Gonzalo Álvarez, “Violencia policial en Chile: 1990-2004”, FLACSO, 6, 2005. Véase también *La Segunda*: “Violencia policial en protestas: Lo que revisa la justicia y el giro de Carabineros”, 5 de mayo de 2012. De acuerdo a información proporcionada por la Brigada de Derechos Humanos de la Policía de Investigaciones (PDI), se cuenta un aumento significativo en la cantidad de causas en manos de esa brigada entre 2011 y 2012. Por su parte, se insistió en dos ocasiones ante la oficina de la presidencia de la Corte Suprema con el objeto de conocer las estadísticas de causas en la jurisdicción militar, a través de la Corte Marcial, pero no se ha recibido respuesta.

10 La evidencia de este estudio, sin embargo, no da cuenta de la violencia policial ejercida de manera sistemática por parte de agentes del Estado en el periodo anterior a 1990. Id.

militares. Si consideramos que solo llegan a la jurisdicción militar casos en donde los abogados estiman que tienen pruebas claras del maltrato policial (radiografías, certificados médicos, videos u otros), entonces, es muy plausible que la cifra real sea muy superior a las denuncias presentadas ante los tribunales o a las denuncias realizadas a nivel administrativo. Del mismo modo, el grado de desconfianza en relación al sistema institucional encargado de la persecución de estos delitos constituye un factor determinante de esta “cifra negra”. Para uno de los autores del estudio antes reseñado (Claudio Fuentes), la proyección actual de aquel estudio, que analizaba casos hasta el 2004, es una cuestión esperable por la cantidad de factores que actualmente confluyen: “Tuve la oportunidad de analizar más de dos centenas de denuncias presentadas en la Región Metropolitana y el patrón común de ellas era que ocurrían en sectores populares, los afectados eran en su mayoría hombres, jóvenes, de entre 18 y 29 años. La violencia ocurría por lo general en la calle o en el furgón policial. No dudo que la curva ascendente de denuncias que se produjo entre 1990 y 2004 haya continuado en los últimos cinco años. No existe razón que una tendencia tan marcada y de 15 años hubiese sufrido un giro dramático en el último tiempo. Es más, uno podría perfectamente imaginar un incremento producto de mayores niveles de conflictividad social”.¹¹

A pesar de toda esta evidencia, las autoridades políticas y policiales han sido equívocas en torno al reconocimiento de la violencia como un tema de especial relevancia en la agenda pública, y en la condena de situaciones o hechos de violencia. En ello, el manejo comunicacional ha sido un factor que influye en el modo en que la ciudadanía percibe el ejercicio del monopolio de la coacción en manos del Estado. Si bien un análisis detallado debería ser materia de un estudio separado, hay ciertas cuestiones de interés para analizar aquí.

La importancia de los aspectos comunicacionales redunda en el grado de validación política que pueden tener los funcionarios encargados de controlar el orden y la seguridad pública con respecto a los abusos cometidos en ejercicio de sus funciones. Varios de los hitos ocurridos durante el periodo sometido a revisión dan cuenta de una actitud errática que no se condice con la responsabilidad de dar protección y garantía a la ciudadanía de que las libertades fundamentales no se verán dañadas. Así, por ejemplo, el manejo comunicacional del Gobierno en relación a los incendios sucedidos en las zonas de Carahue y Lumaco en enero de 2012 pudo convertirse en una suerte de legitimación para “intensificar” las labores represivas de la policía. En ese caso,

11 Claudio Fuentes, “Abusos de Carabineros. ¿Hechos aislados?”, *El Mostrador*, 12 de diciembre de 2010. Resulta interesante que este investigador haya formulado esta opinión con anterioridad a los conflictos que comenzaron a principios de 2011, con las manifestaciones en contra del proyecto Hidroaysén y el comienzo de las movilizaciones de los estudiantes universitarios.

el Ministro del Interior vinculó los incendios de Carahue con acciones de la Coordinadora Arauco Malleco (CAM), que desde hace años viene sosteniendo la reivindicación de la causa mapuche por la recuperación de tierras.¹² Si bien aún no se determinan las responsabilidades penales involucradas en esos casos, para Lorena Fries, directora del INDH, “las insinuaciones que hizo inicialmente el ministro Hinzpeter (...) no son muy responsables desde el punto de vista de lo que tiene que hacer un Gobierno, que es llamar a la confianza en el ejercicio y el funcionamiento de las instituciones”.¹³ Dada la existencia de otras hipótesis de responsabilidad, como la querella ejercida por Forestal Mininco en contra de personas distintas de la CAM, se generan conflictos innecesarios en la zona. De este modo, según Fries, las insinuaciones realizadas en el contexto de una zona conflictiva pueden generar una radicalización de las partes involucradas. Del mismo modo, y a propósito de las movilizaciones estudiantiles, el subsecretario del Interior Rodrigo Ubilla, ante cuestionamientos del actuar policial durante el año 2011, respondió que “Chile tiene una legislación extremadamente fuerte y moderna en estas materias y no tengo conocimiento de que existan hoy causas iniciadas donde se haya podido fundamentar este tipo de acusaciones (...) cuando hay un exceso no justificado, en los últimos dos años, tanto los mandos de Carabineros como de la PDI han actuado correctamente: han iniciado las investigaciones y, en el caso que corresponde, han separado de las filas a los autores de estos excesos”.¹⁴ Estos dos ejemplos dan cuenta de que, en ciertas ocasiones, el manejo comunicacional del gobierno tiene influencia en el modo en que los funcionarios policiales perciben la legitimidad del uso de la fuerza, carentes de una reflexión acerca de los problemas que ella implica. Sin embargo, el Ministro del Interior reconoció, en entrevista personal con el autor de este capítulo, que la violencia policial es un tema que ha adquirido gran relevancia en el último tiempo, constituyendo un “problema que deben enfrentar todas las democracias contemporáneas”¹⁵.

Para reforzar aun más la idea de que la violencia policial es un tema de relevancia en la agenda pública, se puede hacer referencia a los acuerdos adoptados por las comisiones de derechos humanos de la Cámara y del Senado,¹⁶ a propósito de la violencia policial acontecida en el contexto de las movilizaciones sociales de la región de Aysén.

12 Radio Bío Bío.cl: “Hinzpeter califica de ‘atentado’ el incendio en Carahue y lo relaciona con acciones de la CAM”, 5 de enero de 2012.

13 ADN Radio: “Lorena Fries: Los dichos de Hinzpeter radicalizaron una zona que ya era conflictiva”, 11 de enero de 2012.

14 *El Mercurio*: “Subsecretario Ubilla: ‘Hay debilidades en inteligencia para adelantarse a los hechos’”, 26 de enero de 2012.

15 Entrevista personal con el Ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, 12 de abril de 2012.

16 Acuerdo de la Comisión de Derechos Humanos del Senado con respecto a la violencia en Aysén, 20 de marzo de 2012.

Dando por acreditada la creciente importancia política del tema de la violencia policial, pasaremos a referirnos a las cuestiones fácticas y las posibles causas institucionales que pueden estar generando o aumentando este problema y su relación con los estándares internacionales actualmente vigentes en la materia.¹⁷

1. PATRONES DE ABUSO O VIOLENCIA POLICIAL

La presente sección tiene como objetivo principal presentar a la ciudadanía las formas más recurrentes de abuso policial ocurridas durante el periodo bajo escrutinio. En otras palabras, se busca dar cuenta de las formas concretas en que las personas ven afectados sus derechos fundamentales por causa del actuar policial. Esperamos que los lectores tengan presente que, en este informe, quienes se someten al juicio académico son las autoridades estatales. De este modo, si bien el capítulo podría abordar la gran cantidad de Carabineros heridos durante las movilizaciones, o los daños al derecho propiedad ocasionados por las mismas, hemos preferido centrar nuestro análisis en la afectación de los derechos fundamentales a la integridad psíquica y física de las personas, a su libertad personal y seguridad individual, y a su derecho a la tutela judicial efectiva, por la peculiar desprotección a la que están sometidos. Con respecto a los funcionarios de Carabineros y a la posible violación de sus propios derechos humanos, cabría hacer un análisis más detallado, junto a una reflexión general sobre la violencia presente en nuestra sociedad, cuestión que excede el objeto de este trabajo.¹⁸ Con respecto a la propiedad como derecho humano (reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos), es importante decir que su reconocimiento como tal parece un eslogan vacío si implica únicamente un límite a la autoridad o un mandato absoluto de protección, en circunstancias que sus límites, contornos y tensiones deben ser definidos por la propia autoridad a la que sirven de límite. Por otra parte, la propiedad está ampliamente protegida por nuestro ordenamiento, que contempla múltiples vías de impugnación o protección (a nivel civil, penal, constitucional, etc.) frente a actos que atenten contra ella. En nuestra Constitución Política de la República (CPR), no hay derecho que reciba más atención que este. El desafío del presente

17 El presente capítulo se enfocará, principalmente, en el actuar de Carabineros de Chile. La PDI también se ha visto involucrada en denuncias por abusos, pero la falta de información dificulta un análisis acabado de su responsabilidad en este tema. De todos modos, se hará mención a todos aquellos casos en que sea la policía civil la entidad involucrada en sucesos de violencia policial.

18 Más adelante, con ocasión del análisis de los problemas institucionales que podrían estar asociados a la violencia policial, se hará referencia a ciertos aspectos que al mismo tiempo pueden constituir violaciones de los derechos de los propios funcionarios de Carabineros: jornadas extenuantes, malas condiciones laborales, falta de mecanismos de contención psicológica, etc.

informe radica en las dificultades que existen actualmente para proteger y garantizar el cúmulo de derechos fundamentales afectados por situaciones de abuso o violencia policial excesiva.

En primer lugar, cabe destacar que el año 2011 estuvo marcado por numerosas protestas y manifestaciones sociales en que toda la ciudadanía fue testigo de situaciones de exceso o abuso policial. Las principales formas de violencia policial se cometieron con ocasión de manifestaciones sociales. Una sensación ampliamente compartida entre los manifestantes radica en que Carabineros no distingue adecuadamente entre manifestantes y delincuentes.¹⁹ Así, uno de los patrones más comunes de violencia policial lo constituyen las numerosas situaciones de detención ilegal. Para analizar ello, debemos recordar que en nuestro ordenamiento jurídico existen solo dos formas de detención: aquella que se realiza por una orden judicial y la hipótesis de detención por flagrancia, regulada en los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal. La mayoría de las detenciones realizadas durante marchas, manifestaciones o protestas se hace en nombre del delito de desórdenes públicos, redactado en términos amplios en el artículo 269 del Código Penal, que permite a funcionarios policiales detener por flagrancia a todo quien “turbare gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado”. La calificación “gravemente” otorga a los funcionarios de orden una discrecionalidad que requiere ser sometida a escrutinio. Como ha quedado demostrado en diversas sentencias dictadas por juzgados de garantía, existen verdaderas “redadas” o “pescas masivas” que no distinguen entre manifestantes y personas que se encuentren flagrantemente cometiendo el delito de desórdenes públicos.²⁰ Por su parte, un informe de Asesoría Ciudadana que contempla casos que actualmente se tramitan en tribunales da cuenta de la detención ilegal como uno de los patrones sistemáticos más recurrente del abuso policial.²¹

Del mismo modo, Carabineros invoca una de sus principales atribuciones policiales autónomas, el control de identidad, para detener injustificadamente a individuos con ocasión de protestas sociales (artículo 85 del Código Procesal Penal). Es útil recordar al lector que este procedimiento no constituye nunca una detención, sino que supone la

19 Entrevista personal con Yerko Ljubetic, abogado de la Unidad Jurídica del INDH, 11 de abril de 2012.

20 Id. Véase también, a modo de ejemplo, Radio Biobío.cl: “Tribunal de Garantía determinó que detenciones que afectaron a 8 secundarios en Santiago son ilegales”, 4 de agosto de 2011. Para muchos expertos, estas detenciones son utilizadas para disuadir las marchas y no para detener a personas por delitos flagrantes, como lo evidencian las estadísticas entregadas por el INDH y la DPP. Unicef, *Exposición preliminar sobre procedimientos policiales y derechos del niño*, 6 de agosto de 2012.

21 Comité Ético contra la Tortura, “Movilizaciones estudiantiles y represión policial”, en *Informe de Derechos Humanos 2012*, pp. 211-226.

posibilidad de que Carabineros pueda controlar la identidad de personas en ciertas hipótesis expresamente contempladas en la ley.²² En todo momento, este procedimiento está sometido al principio de gradualidad: primero, se debería intentar controlar la identidad en el mismo lugar en el que se encuentra el controlado y solo alternativamente este podría ser conducido a alguna unidad policial. En la práctica, y como señaló el informe presentado ante la CIDH por el Programa Asesoría Ciudadana, estas atribuciones le permiten a los funcionarios policiales detener a personas aleatoriamente, trasladarlas sin comunicación a un recinto policial y requerir su identificación (con algún instrumento público), sin información relativa al procedimiento, lectura de cargos o derechos del detenido. En términos concretos, personas sometidas al procedimiento del control de identidad son llevadas a las unidades policiales como primera medida y, según consta en diversos testimonios, ingresadas en calabozos con anterioridad a la realización de los trámites administrativos correspondientes. Esto viola de manera flagrante la regla de que el procedimiento del control de identidad no constituye una detención, en circunstancias que los controlados comparten el transporte y los calabozos con detenidos propiamente tales. Esto fue lo que le ocurrió a dos miembros del equipo jurídico de la organización Asesoría Ciudadana el 4 de agosto de 2011, cuando sufrieron tratos vejatorios y degradantes con motivo de un control de identidad largo y extenuante.²³

Este patrón sistemático de violencia policial (la aplicación de violencia en contra de quien no se encuentra realizando actos delictivos, o que es sometido a un control de identidad sin que se cumplan los requisitos de procedencia exigidos por el ordenamiento jurídico) se puede también constatar por la gran cantidad de detenidos que no “pasan” a control de detención o que no son siquiera evaluados por un fiscal, para que este determine si acaso la comisión flagrante del delito amerita una acusación, o si esta debe ser dejada sin efecto.²⁴ En esta posible situación abu-

22 El mencionado artículo señala las hipótesis: “En los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuché o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”.

23 Asesoría Ciudadana, *Carta al Sr. Santiago Cantón, Secretario Ejecutivo de la CIDH*, 28 de octubre de 2011. Como se señaló en una reunión de expertos en el tema, es frecuente constatar que el control de identidad se realiza en las comisarías horas después, a pesar de que muchos ciudadanos “retenidos” tienen su cédula de identidad en perfecto estado. Unicef, *Exposición preliminar sobre procedimientos policiales y derechos del niño*, 6 de agosto de 2012.

24 Recordemos que el artículo 130 del Código Procesal Penal señala: “El fiscal podrá dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado”. En este sentido, se ha detectado que una de las falencias principales es la inexistencia de un registro actualizado que cuente con los datos pertinentes para proceder a la ubicación eficaz del fiscal de turno y con el señalamiento del funcionario a cargo de esa comunicación, lo que viola el principio de celeridad, especialmente en el caso de niños y adolescentes. Unicef, id.

siva se podrían haber encontrado, por ejemplo, parte de las 843 personas detenidas en una multitudinaria marcha del 4 de agosto de 2011 (de un total de 874 detenidos) que no fueron acusadas o evaluadas por un fiscal.²⁵ La práctica de detener a jóvenes en nombre de la comisión de delitos flagrantes o del control de identidad, que nunca pasan al control de detención, es ratificada por Claudio Fierro, abogado de la Unidad de Corte de la DPP y encargado de coordinar un programa de seguimiento de abusos policiales en conjunto con el INDH. Lo más grave, en este sentido, es que muchos detenidos no pasarían a control de detención no solamente por la falta de pruebas sino que como una forma en que los funcionarios policiales podrían evitar una eventual querella por el delito de violencias innecesarias o de detención ilegal.²⁶ En otras palabras, a ciertos detenidos no se les conduce ante el juez de garantía porque han sido víctimas de golpes y pasarlo a control implicaría el riesgo de revelar esos abusos ante autoridades judiciales.

Del mismo modo, se encuentran en una potencial situación de abuso los detenidos por el delito de desórdenes públicos sometidos a control de detención a quienes, tras la evaluación que hace el Ministerio Público, se deja sin efecto la detención, o aquellos cuyas detenciones son en definitiva declaradas ilegales por parte de los jueces de garantía²⁷. Según el Defensor Nacional, Giorgy Schubert, en esta materia hay un déficit significativo de pruebas de Carabineros en contra de quienes pone a disposición del tribunal por supuestos delitos cometidos con ocasión del desarrollo de manifestaciones o protestas sociales.²⁸ Si bien no existe un número exacto de personas que, encontrándose en algunas de las hipótesis anteriores, aleguen haber sido víctimas de violencia policial, la DPP señala que esto se transforma en una situación frecuente.²⁹

Para analizar este patrón (la violencia que sufren manifestantes confundidos con delincuentes), es relevante constatar la falta de mecanismos de inteligencia policial que permitan aprehender a los verdaderos delincuentes.³⁰ En una entrevista realizada al subsecretario del

25 Radio Biobío.cl: “874 Carabineros heridos dejan protestas estudiantiles según balance de Gobierno”, 5 de agosto de 2011.

26 Entrevista personal con Claudio Fierro, abogado de la unidad de corte, DPP, 10 de abril de 2012.

27 En este sentido, llama la atención que las detenciones declaradas ilegales por la justicia no tengan consecuencia alguna, ante la inexistencia de un mecanismo de revisión obligatoria de estos casos que permita mejorar las prácticas policiales. Unicef, op. cit.

28 *El Mercurio*: “Defensor Nacional advierte actos que violarian DD.HH.”, 24 de marzo de 2012, cuerpo C.

29 Entrevista personal con Claudio Fierro, op. cit.; y participación personal del autor de este capítulo en el Consejo de la Sociedad Civil convocado por la DPP, a través de su defensor nacional y su departamento de comunicaciones.

30 Tal como señaló la comisionada Luz Patricia Mejía, en el marco de la audiencia temática sobre la violencia policial con ocasión de protestas sociales en Chile, se le debiera exigir a Carabineros revelar cuáles son los mecanismos de inteligencia policial con que cuenta para realizar una adecuada distinción entre manifestantes y delincuentes. Comité Ético contra la Tortura, op. cit., p. 225.

Interior, este señaló que “hay debilidades de inteligencia para adelantarse a los hechos, pero también en la capacidad que tienen las policías para poder proveer de pruebas a los fiscales en la fase del control de detención y formalizaciones”.³¹ Recientemente se ha anunciado la compra de programas de computación con sofisticados dispositivos de reconocimiento de rostros que permitirían la distinción entre manifestantes y delincuentes. A pesar de ello, esta es una cuestión por evaluar, pues aún no existe información de su implementación en la práctica. Por su parte, se pone en duda la rigurosidad del trabajo de la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI), que permitiría distinguir a legítimos manifestantes de aquellos a quienes, desde la vocería política del gobierno, se sindica como miembros de los supuestos grupos cuyo objetivo sería desestabilizar el orden establecido, los que ocuparían la protesta social como una ocasión para cumplir con sus cometidos.³²

Otro de los patrones recurrentes de los que fuimos testigos durante 2011 fue la gran cantidad de situaciones abusivas documentadas con ocasión de los desalojos de establecimientos educacionales que se encontraban en toma. Aquí, lo más grave de las situaciones abusivas se refiere al hecho de tratarse de operaciones policiales diseñadas con anterioridad, esto es, que cuentan (o exigían contar) con una estrategia diseñada en base a información de inteligencia (planos, dependencias, número de personas al interior del recinto, cantidad de uniformados y medios, etc.). El desalojo de una sede de la Universidad Central, ocurrido el 21 de junio de 2011, y que fue registrado por los videos de vigilancia de la mencionada universidad, implicó varias situaciones de violencia policial cometidas en un contexto de total improvisación.³³ Se repitieron denuncias similares en el desalojo del INACAP (24 de agosto) y de los liceos José V. Lastarria y Carmela Carvajal (21 de septiembre), en la Región Metropolitana, y del liceo Eduardo de la Barra (19 de octubre), en la Región de Valparaíso, durante 2011.³⁴

Una de las cuestiones más polémicas en relación a las situaciones de abuso policial se relaciona con el uso de medios disuasivos para el control del orden público: bastones, lacrimógenas, escopetas antimotines o antidisturbios, etc.³⁵ El uso irracional, indiscriminado y despro-

31 *El Mercurio*: “Subsecretario Ubilla: ‘Hay debilidades en inteligencia...’”, op. cit.

32 Véanse los artículos 7 y 8 de la Ley 19.974 sobre el sistema de inteligencia del Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia, que detallan las funciones y atribuciones de este organismo.

33 INDH: “INDH Solicita investigar violencia desmedida en desalojo de Universidad Central”, 22 de junio de 2011.

34 Comité Ético contra la Tortura, op. cit., 2012.

35 Desde ya, podemos ilustrar la irregularidad de uno de los casos más emblemáticos de 2011, en el que se reprimió una manifestación social a través del uso de armas de fuego, cuestión distinta del uso de medios disuasivos. Durante la noche del día 25 de agosto de 2011, en el contexto de un paro nacional convocado por diversas organizaciones sociales, se produjo la muerte de Manuel Eliseo Gutiérrez Reinoso, estudiante de 16 años, producto de una bala de 9 mm en la villa Jaime Eyzaguirre, en la comuna de Macul. Según el hermano de la víctima, la

porcionado de medios disuasivos en los procedimientos de control del orden público ha sido sindicado como uno de los principales factores de abuso o violencia policial en el contexto de marchas o manifestaciones sociales. Según un informe del INDH, en varias marchas no se aprecia la aplicación de criterios de gradualidad, necesidad y proporcionalidad en el uso de medios disuasivos por parte de Carabineros,³⁶ cuestión corroborada en la visita de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU (Kyung-wha Kang) durante octubre de 2011.³⁷ Así, por ejemplo, en varias marchas hubo un uso simultáneo de aguas, gases, vehículos y personal, al mismo tiempo que se evidencian escasas instancias de diálogo entre oficiales de Carabineros y dirigentes sociales, a objeto de tomar medidas preventivas. Al revisar los protocolos internos de Carabineros y contrastarlos con la realidad, cualquier observador externo, como consta en innumerables videos, podrá verificar la violación de aquellos. Para la policía uniformada, tales criterios (gradualidad, necesidad y proporcionalidad) han sido aplicados rigurosamente, y “prueba de ello es el alto número de personal lesionado, tanto en su número absoluto, como proporcional en comparación a los civiles”.³⁸ Como podrá notar el lector, la explicación oficial de Carabineros no constituye una razón suficiente para defender el cumplimiento de los criterios contenidos en sus propios protocolos; antes bien, la explicación (carabineros heridos) puede ser vista como la consecuencia de una mala aplicación de los criterios de utilización de medios disuasivos.

En cuanto al uso de escopetas antidisturbios, los patrones más frecuentes de violencia policial radican en numerosas instancias en que los balines de goma se disparan en abierta violación del protocolo de “Medios Disuasivos en los procedimientos de control de orden público”. De acuerdo a este último, el uso de la escopeta señalada solo procederá como consecuencia de una aplicación progresiva de los medios y cuando el efecto de elementos tales como aguas, gases y otros haya resultado ineficiente. Asimismo, destaca el hecho de que “debe ser em-

bala provino de un radiopatrulla de Carabineros. Al día siguiente, Carabineros descartó de plano esta posibilidad, alegando que no habían antecedentes para iniciar una investigación interna. Con posterioridad (29 de agosto), sin embargo, se dio un giro en el caso. Carabineros de Chile confirmó que el suboficial Miguel Millacura realizó disparos al aire en la misma zona donde murió el joven. Este caso representa un extremo con respecto a las situaciones de abuso. Recordemos que el joven Manuel Gutiérrez murió por una subametralladora Uzi, la cual fue ocultada por el suboficial Millacura, quien fue dado de baja de la institución junto con otros tres efectivos. La pregunta obvia que surge se relaciona con la presencia de una subametralladora Uzi, un arma-miento más cercano a la guerra, en el control del orden público. Este caso también es objeto de estudio en el capítulo sobre “Justicia Militar”.

36 INDH, Unidad Jurídica Judicial, *Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales*, noviembre de 2011.

37 Observatorio Ciudadano: “Alta Comisionada de la ONU: Organizaciones de sociedad civil y DD.HH. piden visita de relatores especiales de Educación y Tortura”, 18 de octubre de 2011.

38 *El Mercurio*: “Carabineros refuta observaciones del Instituto de DD.HH. a su actuar en las manifestaciones”, 23 de noviembre de 2011, cuerpo C.

pleada como un arma defensiva, sobre todo para oponerse a ataques contra el personal y cuarteles, especialmente si éstos se efectúan con armas de fuego". Por último, lo que es de suma relevancia para el análisis, al momento de utilizarse, "se debe tener especial precaución en cuanto al lugar (abiertos, cerrados, pasajes, calles, etc.), distancia entre el tirador y la muchedumbre, además de la cantidad de personas que se pretende persuadir o dispersar".³⁹ Con ocasión de las protestas realizadas por el abandono histórico de la región de Aysén, el abuso de las escopetas antidisturbios se tornó evidente.⁴⁰ Si bien nunca se pudo comprobar fehacientemente la utilización de balines de plomo o acero (cuestión absolutamente prohibida por los protocolos internos), diversas personas fueron afectadas por haber recibido balines de goma a corta distancia y en circunstancias que se alejan de los requisitos que el protocolo establece para su uso.⁴¹ El caso más emblemático en este sentido fue el del mecánico Teófilo Haro, quien perdió un ojo producto de perdigones lanzados a corta distancia (2 metros).⁴² A diferencia de lo que sostuvo el General Ricardo Cartagena, jefe policial de la Undécima Zona, negando todos los hechos, diversos videos que circulan por Internet muestran evidencias de violaciones flagrantes al protocolo en cuestión,⁴³ sobre todo en lo que respecta a la "especial precaución en cuanto al lugar (abiertos, cerrados, pasajes, calles, etc.), distancia entre el tirador y la muchedumbre, además de la cantidad de personas que se pretende persuadir o dispersar".

Los gases lacrimógenos, lanzados por carabinas, jeeps tácticos de reacción policial o mezclados con el agua de los carros lanza agua, han sido también protagonistas en las numerosas situaciones documentadas por registros fotográficos y audiovisuales. Durante el periodo revisado, mucha gente ha sido afectada por la utilización de gases lacrimógenos por parte de Carabineros, destinados a producir discapacidad temporal, dolor físico y privación sensorial.⁴⁴ Entre las formas de afectación que constituyen hechos públicos y notorios, se cuenta la utilización de "bombaras" lacrimógenas lanzadas como proyectiles dirigidos al cuerpo, como granadas de mano lanzadas al interior de domicilios cerrados,⁴⁵ o como

39 Carabineros de Chile, *Manual de Medios Disuasivos en los procedimientos de control del orden público*, 2012.

40 INDH, *Informe de Misión de Observación Región de Aysén*, 22 al 25 de febrero de 2012.

41 Véase, en especial, el Informe de Misión de Observación Región de Aysén en lo que respecta a los testimonios de la DPP y las organizaciones locales de Derechos Humanos.

42 El Ciudadano.cl: "Teófilo Haro: El carabinero que me disparó me dice 'aquí te remato, hueón'", 7 de marzo de 2012.

43 Véase, por ejemplo, el siguiente video en el link http://youtu.be/YEL_8hXxz7s

44 Howard Hu y otros, "Tear Gas: Harrassing Agents as Toxic Chemical Weapon", *Journal of the American Medical Association*, 262, 1989.

45 Es el caso emblemático del sindicato de carteros ubicado en el barrio universitario de Santiago, y de un edificio residencial en el centro de Santiago. Por su parte, un reciente informe sobre abusos policiales realizado por el Comité Ético contra la Tortura da cuenta de 18 casos de personas heridas de diversa gravedad por el efecto bombas lacrimógenas lanzadas al cuerpo

parte de la utilización irracional del carro lanza aguas o de los vehículos motorizados lanza gases. Por último, a través de información proporcionada por diversas organizaciones sociales, se constató la utilización de bombas lacrimógenas con su fecha de vencimiento caducada.⁴⁶

Un reciente requerimiento ante el Tribunal Constitucional, interpuesto por el abogado y profesor de derecho constitucional Fernando Muñoz, alertó sobre un tema de gran relevancia que ha quedado instalado en la agenda pública: la falta de criterios legales que regulen la utilización de medios disuasivos; en especial, los denominados gases lacrimógenos. En efecto, el artículo 3º de la Ley de Control de Armas autoriza el uso de gases lacrimógenos por parte de Carabineros sin establecer principios, reglas o criterios que orienten y limiten dicho uso, lo que genera una grave infracción a la reserva legal a la que están sometidas todas las restricciones o afectaciones al ejercicio de derechos fundamentales, en este caso, la libertad personal y la integridad física, entre otros. Ello resulta particularmente grave si recordamos, como se hizo en el requerimiento, que la utilización de elementos disuasivos en contra de la población civil se encuentra prohibida como método de guerra.⁴⁷

El mencionado artículo 3º de la Ley 17.798 realiza una delegación reglamentaria general, señalando que “estas armas y elementos podrán ser utilizados en la forma que señale el respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional”, violando la garantía de reserva legal. En otras palabras, “al no configurar en sus bases esenciales los estándares y especificar los casos que permiten el uso de disuasivos químicos lacrimógenos por parte de la Fuerza Pública, conduce a un resultado inconstitucional consistente en la inexistencia de una reglamentación de rango legal de dicho uso”.⁴⁸ Al contrario de lo exigido por nuestra Constitución en diversos numerales del artículo 19, la ley no señala ni “la forma ni los casos” en que sería posible la utilización de estos gases, en el entendido de que ellos constituyen graves afectaciones a nuestros derechos constitucionales. En términos constitucionales, el precepto legal comentado no proporciona ninguna seguridad jurídica de que la utilización de dichas armas, como señala la Constitución, “no afectará los derechos en su esencia, ni impondrá condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19 nº 26 de la CPR). Además, debemos recordar que el artículo 103 de nuestra Carta Fundamental establece que el control de armas sería realizado mediante una

de manifestantes. Comité Ético contra la Tortura, op. cit.

46 El autor del capítulo revisó diversos cartuchos de bombas lacrimógenas que tenían su fecha de vencimiento en 2010.

47 Artículo I, 5 de la Convención de Armas Químicas, vigente en Chile desde 1996.

48 Fernando Muñoz, Tribunal Constitucional, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, Rol 2140-2011.

ley de quórum calificado, lo que sugiere que se ignora la reserva legal de aquellos asuntos entregados a la competencia del legislador calificado.

Es importante destacar el hecho de que los dos cuerpos reglamentarios existentes sobre la materia –a saber, el Decreto 83 del Ministerio de Defensa Nacional, titulado Reglamento Complementario de la Ley de Control de Armas (promulgado en 2007), y la resolución 9.080 de la Dirección General de Movilización Nacional– tampoco señalan las formas en que podrán ser utilizados los gases lacrimógenos, agravando los problemas que afectan a la garantía de reserva legal. Actualmente, la única regulación sobre la materia, que regula las bases esenciales en relación a los criterios y límites del uso de gases lacrimógenos por parte de la fuerza pública, consta en protocolos o manuales internos de Carabineros, entre los que se cuentan los siguientes:

- Cartilla de Control de Muchedumbres y Orden Público (elaborada por la prefectura de fuerzas especiales de Carabineros).
- Manual de Procedimientos en situaciones de orden público (aprobado por orden general 1.026, 24 de octubre de 1994, y modificado con respecto a la escopeta antimotines a través de orden general 1387 del 18 de enero de 2001).
- Instrucciones respecto de procedimientos ante graves alteraciones del orden público (circular 1584, del 25 de junio de 2001, Dirección de Orden y Seguridad, DIOSCAR); además de su reiteración en el año 2005, por circular 1634.
- Manual de Procedimientos Policiales de 2010, de la Dirección General.

Al no conocer cuál de ellos está vigente, ni cómo se solucionan eventuales inconsistencias entre los diferentes manuales, protocolos o instrucciones internas, se vuelve necesaria una regulación pública, democrática y transparente de los criterios y límites en relación a los gases lacrimógenos. Por su parte, destaca también el hecho de que estos instrumentos no están a libre disposición de la ciudadanía, de modo que se pueda tener certeza con respecto a su uso. Una simple visita a la página web institucional de Carabineros da cuenta de que estos documentos deben ser requeridos a través de la ley de acceso a la información pública y que no forman parte de las obligaciones de transparencia activa a las que está sometida la institución policial.⁴⁹

49 En un reciente informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se reconoce explícitamente la estrecha vinculación que existe entre un moderno concepto de

Para varios de los expertos en la materia, uno de los ejes transversales que cruzan los patrones más recurrentes en la materia es la violencia cometida al interior de los buses de Carabineros.⁵⁰ En efecto, es casi un consenso entre los expertos que la mayor cantidad de situaciones de abuso o violencia policial ocurren al interior de los buses, que para algunos se erigen en “verdaderos espacios de impunidad”,⁵¹ que dificultan la fiscalización de los observadores o defensores de derechos humanos y la obtención de evidencia para futuras denuncias o querellas por el delito de violencia innecesaria o tortura. En palabras de uno de los informes elaborados por el INDH:

...los buses y vehículos institucionales de Carabineros a los que son conducidos transitoriamente los detenidos constituyen un momento y espacio sin control ni supervisión, generando condiciones de abusos y agresiones que pueden quedar en la impunidad.⁵²

Actualmente, Contraloría debe determinar si acaso los buses institucionales son unidades de detención, de modo que las atribuciones de los funcionarios del INDH de ingresar a las unidades de detención contemple la posibilidad de ingresar a los buses de Carabineros. Para Carabineros, por su parte, “los vehículos policiales no son espacios de impunidad, como se pretende sostener” y en cada uno de ellos, en particular en los buses de Fuerzas Especiales, existen funcionarios a cargo.⁵³

La práctica conocida en lenguaje policial como “conducción” de personas a los centros de detención implica un patrón gravísimo, pues se infringe el derecho de acceder a información respecto de personas detenidas. Como han sostenido algunos testigos, los buses a los que suben los detenidos por flagrancia tienen un número o una placa identificato-

seguridad ciudadana y el derecho de acceder a la información pública en manos de las policías. Solo así, señala el informe, se logrará la estrecha vinculación que se exige entre seguridad ciudadana y derechos humanos. CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, 2009, párr. 183.

50 Información proporcionada en diversas entrevistas, por las organizaciones Asesoría Ciudadana, Federación Nacional de Pobladores, Piquete Jurídico, Comité Ético contra la Tortura, y por la Unidad Jurídica del INDH y la Unidad de Corte de la DPP.

51 Entrevista personal con Yerko Ljubetic, op. cit.

52 INDH, Unidad Jurídica Judicial, *Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales*, op. cit. Uno de los casos emblemáticos fue aquel sufrido por el actual presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Concepción, Recaredo Gálvez, quien alegó haber sido víctima de golpes al interior de un bus de Carabineros. Después de haber estado en prisión preventiva acusado de haber lanzado una bomba “molotov” a personal de Carabineros, fue dejado en libertad e inició una querella por violencia innecesaria en la Fiscalía Militar de Concepción. Al cierre de la edición de este informe, se había dictado auto de procesamiento en contra de un funcionario imputado como responsable de las golpizas. Véase, El Mostrador, cl: “Procesan a carabinero por violencia innecesaria en caso de estudiante Recaredo Gálvez”, 27 de diciembre de 2011.

53 La Tercera.cl: “Informe de I. Nacional de DDHH por actuar de carabineros en marchas: Hay actuación policial represiva”, 9 de noviembre de 2011.

ria que pertenece a una comisaría respectiva, adonde van los familiares, compañeros y amigos del detenido. Sin embargo, “cuando llega a la comisaría el bus al que la vieron subir, no viene la detenida o detenido. Y ahí comienza la angustia. Los familiares no saben que ha sido trasladada y llevada en otro bus a un cuartel policial no identificado”.⁵⁴ A juicio de evaluaciones preliminares del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Desapariciones Forzadas, en reciente visita a Chile, este patrón es extremadamente peligroso porque podría ser constitutivo de desaparición forzada. Además, abre una ventana para otro tipo de abusos porque deja a la persona en tierra de nadie en términos de las garantías del control de detención y de la protección de sus derechos, evadiendo los mínimos controles que podría hacer, por ejemplo, el INDH al presentarse en comisarias u otras unidades de detención.

Otra de las cuestiones más graves relacionadas con los buses institucionales de Carabineros son los verdaderos “paseos” a que son sometidas las personas que, en la jerga de Carabineros, son “conducidas” a las unidades de detención. Uno de los casos más emblemáticos fue aquel sufrido por el abogado Julio Cortés, profesor de la Universidad Central, quien alegó haber sido víctima de un trato cruel, inhumano y degradante al haber sido “retenido” en un bus de Carabineros durante varias horas, siendo evidentes los síntomas de deshidratación y mareo de los detenidos, cuestión confirmada por los abogados del INDH y de la DPP.⁵⁵ En palabras del propio Cortés, “después de 3 largas horas de algo que no puedo sino calificar como tortura, llegamos a la Tercera Comisaría de Santiago. Yo llegué desmayado y quedé tirado en el piso”.⁵⁶ Varios otros relatos confirman situaciones parecidas: largos trayectos en bus, poco espacio, falta de agua e información, y tratos vejatorios.⁵⁷ Así lo confirma un informe de seguimiento y registro de abusos policiales del INDH: “en efecto, desde el minuto de la aprehensión hasta el traslado a la unidad policial, generalmente transcurre un largo periodo de tiempo que aumenta innecesariamente el tiempo de la detención y posibilita la ocurrencia de hechos de violencia en el bus durante el traslado”.⁵⁸ Ante estas denuncias, el Departamento de Derechos Humanos de Carabineros se ha comprometido a implementar sistemas de videovigilancia al interior de los buses de la institución, al tiempo que exigirá que los nuevos buses adquiridos cuenten con un

54 Cambio21.cl: “La Nueva Tortura de Carabineros: La Desaparición Express”, 29 de agosto de 2012.

55 Entrevista personal con Claudio Fierro, op. cit.

56 Julio Cortés, “Abogado y estudiantes torturados por Carabineros: Mi relato del 15 de marzo”, Elciudadano.cl, 16 de marzo de 2012.

57 Relatos proporcionados en entrevista personal con la gente del Piquete Jurídico de la Universidad de Chile y con el abogado de la Federación Nacional de Pobladores, Pablo Camilo Villar.

58 INDH, Unidad Jurídica Judicial, *Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales*, op. cit.

sistema de televisión integrado, cuestión que debiera estar implementada durante el segundo semestre de 2012.⁵⁹ Sin duda alguna, ello implicaría un avance al ayudar contra falsas imputaciones de abusos y facilitar la corrección de los mismos, pero su real implementación deberá ser evaluada en un futuro próximo.

Como hemos señalado, gran parte de las violaciones perpetradas en contra del cúmulo de derechos involucrados (derecho a defensa, libertad personal, integridad física y psíquica) se producen en el paso previo al control de detención. Por tanto, preocupa de sobremanera “el vacío de la legislación procesal penal en orden a hacer cumplir los principios limitadores del *ius puniendi* en el lapso comprendido entre la detención de las personas y la circunstancia de ser puestas a disposición de la justicia”.⁶⁰ En las comisarías, la situación es distinta, ya que las afectaciones a los derechos fundamentales se generan, más que por un ánimo de infiligr un daño, por la “evidente inoperancia” en la aplicación del procedimiento que debe seguirse en las unidades de detención. El caso del estudiante Cristóbal Aylwin, quien fue sometido a estos procedimientos, es ilustrativo al respecto:

...este trámite prometía ser una diligencia burocrática que no duraría más de 2 ó 3 horas, según sostuvieron los policías de la 3º Comisaría de Santiago. Sin embargo, la lentitud del proceso y la ignorancia de los mismos efectivos hicieron que la detención se extendiese considerablemente. Así, nos mantuvieron a los sesenta detenidos en un galpón abierto, separados por barreras metálicas y desprovistos de comida, agua, abrigo y, por sobre todo, una explicación razonable de por qué estábamos ahí. En el parte policial se afirmaba que habíamos sido capturados por impedir el tránsito vehicular (¡en Bulnes!) y por referirnos de manera grosera y prepotente a las autoridades. No obstante, ciertos policías nos informaron que el fiscal Francisco Bravo buscaba culpables de desórdenes graves y agresiones a funcionarios de fuerzas especiales. Por lo tanto, se nos informó recién a las 3.00 AM aprox. que seríamos juzgados en el Centro de Justicia de Santiago, lugar al que nos llevarían a las 8.00 AM. Entretanto, dejaron libres a veinte de los sesenta presos, quedando cuarenta imputados de un modo increíblemente arbitrario.⁶¹

59 Entrevista personal con el coronel Marcello Palavicini, 8 de junio de 2012.

60 Defensoría Popular, *Carta al Instituto Nacional de Derechos Humanos denunciando acción represiva en contra de abogados*, 4 de abril de 2012.

61 El ciudadano: “Carta de un joven detenido injustamente en la marcha contra Hidroaysén, Carta de Cristóbal Aylwin”, 11 de mayo de 2011.

Estas palabras son confirmadas en las conclusiones del Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales, elaborado por el INDH, que ha observado, entre otras cosas, la ausencia de lectura de derechos y de entrega de información sobre la detención; una escasa separación de hombres y mujeres, y de adultos y adolescentes; el aumento innecesario del tiempo de detención que se produce por el hecho de que “quien debe suministrar antecedentes y firmar declaraciones para proceder a la libertad del detenido o detenida es el funcionario aprehensor, el que muchas veces debe regresar a la calle a continuar con su labor de mantención del orden público”⁶²; denegación de atención médica a detenidos en estado de gravedad; y la constatación masiva de lesiones, que, además de retrasar el procedimiento, impide un análisis imparcial realizado con la debida profundidad.⁶³

Además de las detenciones ilegales, otro de los patrones de frecuente ocurrencia durante el periodo sometido a examen es la gran cantidad de casos constitutivos del delito de tortura, apremios ilegítimos o tratos vejatorios, tipificados en el artículo 150A del Código Penal y en diversos tratados internacionales sobre la materia, en especial, en la Convención contra la Tortura. En la sección sobre violencia en contra de grupos vulnerables se profundizará más al respecto.

Por último, y en una arista un tanto distinta con respecto a la violencia policial ejercida en contra de manifestantes, es relevante recordar al lector una gran cantidad de denuncias por violencia o abuso policial realizadas por habitantes de “poblaciones” que estarían “intervenidas” por Carabineros. De acuerdo a un reciente amparo acogido por el Consejo para la Transparencia, el Ministerio del Interior no debería usar nombres de fantasía (“Planes de Intervención”) para referirse a situaciones de la realidad en las que pueden estar involucradas graves afectaciones a los derechos y libertades de las personas.⁶⁴ Al día de hoy, aún no existe claridad con respecto a la cantidad de denuncias en relación a poblaciones verdaderamente sitiadas por la policía militarizada. Quizás sea un tema para analizar con más detalle en futuros informes.

62 Esta situación (infracción al principio de máxima celeridad), en el caso de niños y adolescentes, se ve agravada por el hecho de que Carabineros sigue exigiendo, para proceder a la libertad, la presencia de un adulto responsable en el caso de los mayores de 14 años, lo que viola la actual normativa vigente (artículo 31 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescentes y el artículo 37 letras b y d de la Convención sobre Derechos del Niño). Unicef, *Exposición preliminar sobre procedimientos policiales y derechos del niño*, 6 de agosto de 2012.

63 INDH, Unidad Jurídica Judicial, *Informe sobre Programa de Seguimiento y Registro de Abusos Policiales*, op. cit.

64 Consejo para la Transparencia, *Amparo de acceso a la información (rol C39-10)*, 20 de enero de 2010.

2. CUESTIONES INSTITUCIONALES EN CARABINEROS

Históricamente, Carabineros de Chile ha liderado, junto a las radios, el ranking de las instituciones que generan más confianza en la población. Sin embargo, durante 2011, y producto de la notoriedad pública de ciertas situaciones abusivas, la policía militarizada sufrió una de las caídas más importantes. Si bien la encuesta del Centro de Estudios Públicos de julio-agosto de 2012 demostró una mejora en la confianza ciudadana en Carabineros con respecto a 2011,⁶⁵ la última encuesta UDP-ICSO 2012 muestra, en los últimos cuatro años, una baja sostenida en la confianza en esa institución (59,1% en 2009; 45,2% en el 2012). Más aun, una revisión de los datos desagregados de esta última encuesta evidencia que Carabineros es mejor evaluado en actividades de servicio a la comunidad que respecto de funciones de orden.⁶⁶ Además, una reciente encuesta desarrollada por instituciones especializadas da cuenta de que los niños y adolescentes consideran que Carabineros es la institución que menos respeta los derechos humanos, con sólo un 41,5% de aprobación.⁶⁷

La caída en la imagen pública de esta institución se debe, en nuestra opinión, al menos en parte, al grado de notoriedad y conocimiento público que han adquirido numerosas situaciones de abuso policial. Para el subdirector de la institución, general Luis Ortega, la explicación de estos datos, en principio paradójicos, radica en que “la ciudadanía hace una gran diferencia entre el orden público-relacionado con el conflicto estudiantil y los desalojos de colegios- y el control del delito”.⁶⁸ Para indagar en ello, y buscar una respuesta, dedicaremos esta sección a las cuestiones institucionales que puedan estar involucradas.

Para algunos expertos, nunca ha existido en Chile una reforma a gran escala de la función policial.⁶⁹ Así, “salvo excepciones (como la creación del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, o la reforma en materia de Inteligencia), las autoridades civiles no han debatido jurídicamente la relación entre democracia y policía, y han avanzado solo hacia una orientación de mayor control social”.⁷⁰ Si bien la institucionalidad de la PDI fue revisada y reformada por las autoridades

65 Sin embargo, igualmente existe una notable caída en la confianza con respecto a 2009 y años anteriores, en que superaba el 65%. Actualmente, la confianza en Carabineros llega al 58%. Centro de Estudios Públicos, *Encuesta julio-agosto 2012*.

66 ICSO, *Encuesta Nacional de UDP-ICSO, 2012*.

67 Universidad Central, Centro de Estudios de la Niñez y Corporación Opción, *Niños, niñas y Derechos Humanos: Nuevos actores y nuevas visiones*, 2012.

68 El Dinamo: “Carabineros: la dicotomía entre la institución ‘confiable’ y las denuncias por atropellos a DD.HH”, 11 de septiembre de 2012.

69 Entrevista personal con Fernando Martínez, 6 de mayo de 2012. Véase también Claudio Fuentes, “Abusos de Carabineros...”, op. cit.

70 Claudio Fuentes, Seminario “Seguridad Democrática y Derechos Humanos (INDH)”, 20 de julio de 2012.

civiles a comienzos de la década de los noventa, no sucedió lo mismo con Carabineros.⁷¹ A pesar de que han existido algunos avances en relación a Carabineros, como la modernización de su planta y el cambio de dependencia administrativa (desde el Ministerio de Defensa al Ministerio del Interior y Seguridad Pública), todos los cambios han sido externos, lo que ha reforzado la “cultura autárquica”, característica de varias policías en América Latina.⁷² Lo que sigue estando pendiente, desde la recuperación de la democracia, es un proceso mayor de reforma institucional que haga de la institución de orden y seguridad una institución más transparente, efectiva y respetuosa de los derechos humanos.⁷³ Y ello se logra, según algunos expertos, con una reforma institucional interna que comience gradualmente a cambiar una arraigada “cultura institucional” que permita la adaptación de la estructura institucional a las realidades actuales⁷⁴. Para Fernando Martínez, investigador del Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana de la Universidad de Chile, Carabineros “es básicamente la misma institución, con las mismas costumbres y la misma filosofía que aquella que teníamos en las décadas anteriores”.⁷⁵ Para lograr esto, se requiere un mayor grado de “accountability democrático”, en que existan posibilidades ciertas de cuestionar el actuar policial e implementar sanciones, además de un mayor grado de apertura en la democratización de la propia institución.⁷⁶ El propio Ministro del Interior ratifica este diagnóstico preliminar, al señalar que, “al menos en lo que respecta al control de orden público, Carabineros de Chile no se ha modernizado, siendo básicamente la misma institución que controlaba el orden público en tiempos de la dictadura”.⁷⁷ Para Claudio Fuentes, un

71 Cabe recordar que la PDI, a diferencia de Carabineros, sufrió importantes reformas una vez recuperada la democracia, especialmente en relación a la posibilidad de que la autoridad política pudiera nombrar y remover libremente a su dirigencia. En efecto, de acuerdo al artículo 9º de la Ley Orgánica de la PDI, modificado por la Ley 19.987 (2005), el Director General es un cargo de exclusiva confianza del Presidente. Por contraste, tratándose del Director General de Carabineros, y a partir de las reformas constitucionales del 2005, el artículo 104 de la Constitución establece la atribución de presidencial de llamarlo a retiro, previo informe a las cámaras, y a través de un decreto fundado.

72 Patricio Tudela, Seminario “Seguridad Democrática y Derechos Humanos (INDH)”, 20 de julio de 2012.

73 Como ilustrativo de la falta de compromiso institucional con los derechos humanos, se puede citar el *Manual de Doctrina de la Institución*, que no explicita la relación que debiera existir entre los derechos humanos y la misión institucional, a diferencia de la PDI. Unicef, *Exposición preliminar sobre procedimientos policiales y derechos del niño*, 6 de agosto de 2012. Como horizonte normativo, se pueden citar los estándares o recomendaciones adoptadas por la Organización para la Seguridad y Cooperación Europea (OSCE), quienes constantemente abogan por una democratización de las fuerzas policiales encargadas de la seguridad ciudadana y el control del orden público.

74 Hugo Fröhling, *Policía comunitaria y reforma policial en América Latina. ¿Cuál es el impacto?*, Serie Documentos, Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana, mayo 2003.

75 Entrevista personal con Fernando Martínez, op. cit.

76 Id.

77 Entrevista personal con el Ministro del Interior y Seguridad Pública, Rodrigo Hinzpeter, op. cit.

pionero en temas de seguridad pública e instituciones militarizadas, el diagnóstico es más o menos parecido: “la policía uniformada no fue reformada después de terminada la dictadura (...) [y] sigue cumpliendo un rol de control social, y aquello es problemático por cuanto debiese centrarse en un rol preventivo”⁷⁸

Habiendo señalado el déficit democrático y operativo de las instituciones policiales, este problema se ha solucionado de diversas maneras en los países desarrollados en que, si bien se cuenta con instituciones militarizadas (en el sentido de ser obedientes a un mando central), existen énfasis en dos cuestiones cruciales: el entrenamiento⁷⁹ y la acreditación.⁸⁰ Para Martínez, “en términos institucionales, tú tienes un control y una mayor regulación del uso de la fuerza si tienes una política, si tienes una regulación normativa, enseñanza académica, pero sobre todo, entrenamiento y si tienes control externo (...) Actualmente no tenemos ninguno de esos elementos técnicos acá, ni están previstos en el diseño institucional de Carabineros”⁸¹ Así como actualmente nadie cuestiona que los temas de seguridad pública ya no son una cuestión de exclusiva competencia de Carabineros –se han sumado, además del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y una subsecretaría especial, las Municipalidades, organizaciones privadas y centros académicos–, es necesario comenzar a pensar en una reforma policial como una cuestión propia de la política, es decir, que es competencia de todos.

Una de las cuestiones institucionales sometidas a escrutinio es la formación en el área de derechos humanos en las escuelas de Carabineros. Actualmente, en la formación en las escuelas de oficiales y suboficiales, existen diversos cursos de “derechos humanos”, que cruzan transversalmente toda el área de formación, capacitación y perfeccionamiento. A pesar de ello, se observa poca consideración con respecto a temas sobre prevención de la tortura y no discriminación, así como un escaso desarrollo de procesos formativos que tiendan más directamente a las dilemáticas que surgen entre las funciones de resguardo del orden público y el respeto de la integralidad del marco de derechos humanos.⁸² Así también, y como ha señalado un oficial en retiro, la formación en

78 Fuentes, “Abusos de Carabineros...”, op. cit.

79 Para un ejemplo de confección de cursos de entrenamiento con implementación de estándares de derechos humanos, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Servir y Proteger: Derecho de los Derechos Humanos y Derecho Humanitario para las Fuerzas de Policía y Seguridad*, 1998. Actualmente, el Departamento de Derechos Humanos, en convenio con el Comité Internacional de la Cruz Roja, ha comenzado a implementar este curso de manera gradual. Entrevista personal con el coronel Marcello Palavicini, op. cit.

80 Entrevista personal con Fernando Martínez, op. cit., en la que resalta el caso de las policías estatales canadienses, obligadas a acreditarse cada cierto tiempo ante autoridades civiles.

81 Entrevista personal con Fernando Martínez, op. cit.

82 INDH, *Boletín Informativo: “Estudio sobre la integración de educación en derechos humanos en la formación de Carabineros de Chile”*, N°1, diciembre de 2011.

derechos humanos no dista de la formación integral de los estudiantes: “existe en todo el proceso formativo un fuerte énfasis en la instrucción a pie y en las presentaciones de corte militar, que es lo único que el mando valora. Sin embargo, el desarrollo de la capacidad analítica es el gran ausente. Todo se limita a lo memorístico, en desmedro de la resolución de los problemas propios de la finalidad institucional”.⁸³ Con respecto a la planta docente, este mismo oficial revela una cuestión crítica: “como los oficiales que hacen clases reciben una remuneración adicional, es muy entendible que todos deseen mejorar sus ingresos, siendo nombrados profesores”.⁸⁴ El problema, como veremos, radica en la evaluación de los antecedentes profesionales de los oficiales (activos o en retiro) que actualmente enseñan la cátedra sobre derechos humanos.

En los programas de las cátedras de “derechos humanos” en la formación de Oficiales de Carabineros-Administradores de Seguridad Pública,⁸⁵ consta una preocupación notable por internalizar en los futuros oficiales, que tendrán importantes poderes de mando, el respeto por la dignidad y los derechos humanos. Además, se intenta inculcar no solo un conocimiento teórico acerca del contenido de los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos aplicables a la función policial, sino que una detallada reflexión sobre los casos prácticos. Conformando un total de 4 semestres consecutivos, los cursos de derechos humanos de la Escuela de Carabineros intentan ir desde un conocimiento teórico a uno práctico, en que se discuten y analizan casos donde se ha cuestionado el actuar policial, además de la exposición de videos vinculados al tema. Además, en el último curso (Derechos Humanos IV), se contemplan juegos de roles, debates y actividades de reflexión crítica en torno a la problemática de la violencia policial y el control del orden público. La preocupación institucional por “internalizar la estricta observancia del respeto por la dignidad y derechos de las personas en su desempeño profesional, el que debe evidenciar en todas y cada una de sus actuaciones profesionales”, contrasta con la falta de un programa de entrenamiento serio que permita internalizar, en casos prácticos o simulados, la forma de respetar estos derechos en la práctica. La reciente creación del departamento de Derechos Humanos al interior de la institución ha permitido, con posterioridad a las situaciones presentes en la agenda pública durante 2011, la firma de un convenio con el Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional (CICRI), que realizará programas de entrenamiento con simulación

83 Ciperchile.cl: “Jorge González, Críticas de un oficial en retiro: El problema de carabineros y la sociedad”, 27 de octubre de 2011.

84 Id.

85 Programas de las cátedras de derechos humanos I, II, III y IV, que forman parte de la Formación Oficial de Carabineros, conducentes al grado de Oficial de Carabineros-Administrador de Seguridad Pública.

de casos reales. A través de una comunicación recibida por la propia institución, se constató que los cursos impartidos serían obligatorios para ciertos funcionarios con poder de mando, pero que no hay recursos disponibles para replicar estos cursos en todo el país.⁸⁶ Iniciativas como esta debieran replicarse a gran escala.

Otra de las cuestiones relevantes en la dimensión formativa del personal de Carabineros se relaciona con la falta de democratización interna que denunciamos antes. En específico, y en relación a las garantías implicadas con el derecho a la libertad de expresión (artículo 19 nº 12 de la CPR), es importante señalar que, a través de una solicitud de acceso a la información pública, se ha dado cuenta de que los funcionarios de Carabineros no pueden leer los medios de comunicación El Siglo, Punto Final, Radio Bío Bío, The Clinic y El Ciudadano, a través del sistema intranet institucional.⁸⁷ Un análisis más detallado de este problema exigiría otro trabajo.

Del mismo modo, muchas veces surgen problemas en relación al diseño de los incentivos institucionales, los cuales, sin un adecuado control por parte de la ciudadanía, pueden generar efectos perniciosos en los derechos de las personas. Así, por ejemplo, y como ha señalado Jorge Bohle, prefecto de la zona oriente, se ha implementado un sistema de incentivos en que, por cada detención, se otorga a los funcionarios subalternos un día libre, al igual que si realizan un procedimiento con éxito.⁸⁸ El grave problema que aqueja a este tipo de incentivos es que no contiene indicadores relativos a si el procedimiento se realizó con el debido y pleno respeto a los derechos de las personas. Una mera detención puede no generar ningún resultado exitoso si es que no cuenta con pruebas suficientes, de modo que se debiera revisar con cuidado la generación de los criterios en base a los cuales se otorgarán los incentivos. A través de una respuesta institucional del Departamento de Derechos Humanos de Carabineros, se señala que “esta situación no es efectiva y este tipo de ‘incentivo’ que se menciona no forma parte de la doctrina ni principios de la institución”.

En relación a las condiciones laborales de los funcionarios de Carabineros, cabe destacar información revelada a la prensa y obtenida a través de organizaciones sociales, en que se constatan jornadas laborales extenuantes, creando potenciales problemas en relación al debido cumplimiento de las funciones. Así, por ejemplo, se conocieron casos de funcionarios de fuerzas especiales con jornadas de 15 ó 16 horas,⁸⁹ y de

86 Se solicitó una entrevista formal con Felipe Donoso, delegado para Latinoamérica del CICR, pero no se ha obtenido respuesta hasta el momento.

87 Departamento de Derechos Humanos de la Central Unitaria de Trabajadores, *Solicitud de acceso a la información* nº AD009W0014799-3193462, 12 de febrero de 2012.

88 Radio Bío Bío.cl: “Carabineros de la zona oriente de Santiago reciben un día libre por cada detenido”, 2 marzo 2012.

89 Entrevista con funcionarios de Carabineros, vía correo electrónico.

mala coordinación de turnos policiales,⁹⁰ cuestiones que eventualmente pueden constituir la causa mediata de situaciones de abuso policial.

Por último, es útil analizar las respuestas institucionales que el alto mando de Carabineros ha entregado a los ciudadanos en el marco de solicitudes de acceso a la información pública. En efecto, del análisis del contenido de las respuestas oficiales se puede inferir un bajo compromiso con el ejercicio de un derecho que constituye un presupuesto básico de los “Estados democráticos de Derecho” como es el derecho fundamental de acceder a información pública. En efecto, en algunos casos, ciudadanos quisieron conocer el monto de dinero público destinado a la compra de bombas y gases lacrimógenos durante un cierto periodo de tiempo,⁹¹ y a la inversión en funcionarios de Fuerzas Especiales;⁹² o inquirieron sobre los nombres y los antecedentes profesionales de los profesores, así como los contenidos de las cátedras de “Derechos Humanos” de las escuelas de formación de Carabineros.⁹³ Para el alto mando de Carabineros, en los dos primeros casos, había razones legales para fundar el rechazo a las solicitudes: el conocimiento público de dicha información afectaría gravemente a la seguridad nacional y debilitaría la eficacia disuasiva de su accionar. De la lectura de los amparos, se puede inferir que Carabineros no explicó de qué modo, ni aportó pruebas o evidencias para respaldar las formas concretas en que bienes tan complejos como la seguridad nacional se verían afectados. Un somero análisis de estas razones permite inferir que ninguna de ellas sobrepasa un test mínimo de imparcialidad (un test de razón pública), en la medida en que no discutimos ni conocemos sus formas y límites legales de utilización. Del mismo modo, es útil analizar las respuestas institucionales entregadas por el alto mando a propósito de la polémica surgida con los supuestos “agentes infiltrados”. Como se mostró en un reportaje televisivo de Chilevisión,⁹⁴ y ante diversas críticas de la opinión pública, Carabineros primero negó tajantemente los hechos a través de un comunicado, señalando que eso no constaba en los protocolos;⁹⁵ sin embargo, tiempo después, el General Director Eduardo Gordon reconoció su utilización como un medio preventivo.⁹⁶ Sintomático de ello es el caso del supuesto “encapuchado” que lanzó piedras en Valparaíso y que, según los manifestantes, era un carabinero infil-

90 Cooperativa.cl: “Carabineros de Curicó denuncian largas jornadas de trabajo y amenazan con bajas voluntarias”, 9 de abril de 2012.

91 Consejo para la Transparencia, *Amparo rol C1173-11*, 21 de septiembre de 2011.

92 Consejo para la Transparencia, *Amparo rol C1163-11*, 16 de septiembre de 2011.

93 Consejo para la Transparencia, *Amparo rol C1196-11*, 7 de noviembre de 2011.

94 La Nación.cl: “Chilevisión desenmascara a infiltrados de las marchas”, 20 de julio de 2011.

95 Chilevisión.cl: “Carabineros infiltrados en protestas”, 21 de Julio de 2011.

96 La Nación.cl: “Carabineros: personal ‘infiltrado’ tiene labor preventiva”, 22 de julio de 2011.

trado.⁹⁷ El individuo mencionado buscó refugio en una caseta de guardia de carabineros instalada en una entrada lateral del Congreso. Ante esta situación, el Departamento de Derechos Humanos señaló desconocer una respuesta institucional de Carabineros a la solicitud del propio Ministro vocero de Gobierno, Andrés Chadwick.⁹⁸ Como hemos señalado, las respuestas institucionales muchas veces son erráticas y demuestran un bajo compromiso con el sometimiento de Carabineros a estándares civiles y a los requerimientos mínimos de la razón pública. En parte, el actuar secreto y poco transparente también constituye una causa mediata que puede explicar la baja en la credibilidad o confianza en la institución sometida a examen.

3. VIOLENCIA CONTRA GRUPOS VULNERABLES

Como sucede a propósito de la violación de los derechos humanos de la ciudadanía en general, existen ciertos grupos vulnerables que sufren de manera particularmente intensa los casos de abuso o violencia policial. Durante 2011, y lo que va de 2012, se revelaron ante la opinión pública numerosas situaciones de abuso policial en contra de mujeres, adolescentes y niños, pobladores y pueblos indígenas, constitutivas del delito de apremios ilegítimos, tratos vejatorios o de tortura, en los términos definidos en el artículo 150A del Código Penal, o de la definición de tortura contenida en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, actualmente vigente en Chile. En los términos de este último instrumento internacional, los elementos constitutivos de tortura son: a) el infligir daño (dolores o sufrimientos graves) físico o psicológico; b) haber intencionalidad; c) el ser cometido por un agente del Estado en ejercicio de su función pública; y d) teniendo como finalidad, en los casos sometidos a examen, la intimidación, coacción o cualquier otro motivo discriminatorio.

97 El Mostrador.cl: “Encapuchado que lanzaba piedras en Valparaíso era carabinero infiltrado”, 9 de agosto de 2011. De acuerdo a la normativa vigente, cada uno de los agentes encubiertos en las manifestaciones debería haber recibido la orden directa del jefe de la Dirección de Carabineros (Dipolcar), actualmente, el general Bruno Villalobos. En el marco de la ley sobre inteligencia policial, ello supone una decisión de la autoridad superior. En estos términos, si el general Villalobos no autorizó a los funcionarios policiales para que se infiltraran como agentes encubiertos, se trataría de una actuación abiertamente ilegal. Según algunos expertos, bajo determinadas circunstancias, la infiltración podría ser un mecanismo lícito, pero “el problema es que la ciudadanía no tiene claro que existe la posibilidad legítima de hacerlo, por lo que mucho menos sabe cuáles son los casos en que es legítimo o no. Esto es la prevención de actos de terrorismo, de crimen organizado y del narcotráfico. Y lo más grave, la policía tampoco entiende cuáles son los límites que tiene su actuación encubierta en este tipo de cuestiones”. Véase El Mostrador.cl: “Carabineros en la mira por abuso de fuerza e infiltrados en movilizaciones”, 18 de agosto de 2011.

98 La Tercera.cl: “La Moneda pedirá informe a Carabineros por supuesto efectivo encapuchado en Valparaíso”, 9 de agosto de 2011.

rio.⁹⁹ Como el Estado debe una especial protección a los grupos más vulnerables, estas situaciones son extremadamente graves, dados los compromisos que Chile ha asumido ante la comunidad internacional a partir de la firma de tratados que obligan a los funcionarios de los poderes del Estado a operar con un principio de protección.

Por cuestiones de espacio, no se puede en un capítulo de esta índole relatar todos los casos y testimonios en manos de organizaciones sociales, muchos de los cuales se encuentran en actual tramitación ante la justicia penal ordinaria y ante las fiscalías militares, a través de querellas o denuncias. De todos modos, han sido graves los casos de tratos vejatorios en contra de mujeres menores de edad, como el de Javiera Sepúlveda (14 años), alumna del liceo Darío Salas, que recibió golpes en la vagina durante una manifestación y que actualmente es conocido por la justicia penal ordinaria, dado que no se pudo acreditar que tales hechos eran propios de un “acto de servicio”, en los términos exigidos por el Código de Justicia Militar para activar la competencia de la jurisdicción militar. Por su parte, existen otras denuncias por desnudez forzada y manoseos en contra de mujeres menores de edad, como el caso de Laura Ortiz, con ocasión de una protesta en las afueras de Unicef.¹⁰⁰

Respecto a los pueblos indígenas, existen diversos patrones preocupantes de violencia policial, sobre todo con ocasión del allanamiento de comunidades en la región de la Araucanía que cuentan con orden judicial. Los casos son numerosos y variados, pero pueden citarse aquellos emblemáticos de las mujeres mapuche que fueron agredidas dentro de la comunidad “José Jineo de Rofue”.¹⁰¹ El caso de Jessica Painevilo es sintomático de muchos otros: se le detuvo de manera irracional e ilegal (según fue declarado con posterioridad); presentándose una querella por el delito de violencia innecesaria con resultado de lesiones, detención ilegal y vejación injusta. Funcionarios de Carabineros detuvieron a la madre y a su hija, de 38 y 20 años respectivamente, dejando abandonados a tres niños de 13, 9 y 2 años, sin tomar ningún tipo de medida para su protección.¹⁰² En un

99 En la definición tradicional, se entendía que el delito de tortura se cometía con la precisa finalidad de obtener información de la víctima, acepción que ha sido superada por las modernas definiciones del derecho internacional.

100 La Nación.cl: “ACES se querellará contra carabinera que realizó supuestos ‘manoseos’”, 26 de julio de 2011. Véase, para otros casos, *The Clinic*: “Querella por violencia sexual de Carabineros con detenidas”, 19 de julio 2012. Véase, en este mismo informe, el capítulo “Derechos Humanos de Mujeres y Niñas”.

101 Se puede hacer referencia a casos de violencia policial en contra de otras comunidades (Chequenco, Temucuicui, Wente Winkul Mapu, entre otras) o pueblos (Rapa Nui, en que han sido los propios tribunales superiores de justicia los que han reconocido un uso excesivo e irracional de la fuerza en contra de miembros de los pueblos indígenas (por ejemplo, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 342-2011, sentencia del 22 de diciembre de 2011).

102 Observatorio.cl: “Presentan querella criminal contra carabineros por golpear a mujer mapuche con bebé en brazo”, 13 de enero de 2012.

recurso de protección acogido con respecto a este caso, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló que “carece de racionalidad golpear a una mujer desarmada, en presencia de niños de corta edad y familiares directos de ella. No obstante a lo censurable del acto que lo anterior tuviera lugar en el contexto del ingreso a un predio –en este caso, de una comunidad mapuche– con el fin de repeler y eventualmente detener a personas que causaban desórdenes en la vía pública”.¹⁰³ Posteriormente, y debido al impacto mediático de un video que registraba el abuso, el funcionario involucrado fue dado de baja.¹⁰⁴ También es emblemático el caso de la comunidad Wente Winkul Mapu, en que la propia Corte Suprema, conociendo de un recurso de amparo presentado por la DPP, declara que el “rigor desplegado por la policía (...) excedió el marco de lo aceptable, con lo cual afectó derechos y garantías de terceros, que aun oponiéndose indebidamente, no pudieron ser víctimas de los apremios excesivos que recibieron”.¹⁰⁵

En relación a menores de edad, cabe señalar que, de una revisión de los antecedentes documentados en el periodo revisado, se puede afirmar que se repiten los patrones que ya se mostraron durante 2009 en este mismo informe, en el capítulo sobre “Violencia Institucional contra el Niño en Chile”. En este último se señaló que “es sabido que la policía ha recurrido a la práctica de retenciones informales de menores, haciéndoles dar vueltas por un tiempo dentro del carro policial, darles un ‘coscorrón’ o ‘una patada’, por faltas que la policía prefiere –incluso ‘en el interés del niño’– no judicializar, prácticas que gozan de cierta tolerancia y son culturalmente aceptadas en ciertos segmentos de la policía uniformada”. Muchas veces los menores de edad detenidos muestran lesiones evidentes y visibles que no son explicables por otras causas más que por la acción policial: “en esos casos, el defensor hace la denuncia ante los jueces en el control de detención. Se pide que se investigue, pero es el juez quien tiene la facultad de enviar un oficio para solicitar que se investigue. En el caso de Investigaciones, ante el Ministerio Público y en el caso de Carabineros, ante Fiscalía Militar. Sin embargo, yo no conozco de ningún caso que haya terminado con una sanción a los agentes”¹⁰⁶

Lo mismo sucede a propósito de la violencia policial ejercida en contra de la prensa, cuestión que ha sido denunciada por el Colegio de Periodistas y la Unión de Reporteros gráficos, entre otras organi-

103 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 127-2012, sentencia del 16 de marzo de 2012.

104 Cooperativa.cl: “Carabineros separa de sus filas a funcionario que golpeó a mapuche y que fue detenido por hurto”, 16 de marzo de 2012.

105 Defensoría Penal Pública: “Sala Penal de la Corte Suprema acoge amparo del caso Wente Winkul Mapu”, 20 de julio de 2012.

106 El Mostrador.cl: “Violencia Policial contra niños”, 9 de enero de 2012. Véase también un próximo informe sobre violencia policial en contra de niños y adolescentes que será publicado en el segundo semestre de este año, preparado por Unicef.

zaciones. Sin perjuicio de que “no existen antecedentes que prohíban fotografiar o filmar a un Carabinero en servicio en la vía pública”,¹⁰⁷ los casos de violencia policial por esta causa han sido múltiples y variados, los que van desde tratos y apremios ilegítimos hasta la apropiación indebida del material visual.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

RECOMENDACIONES

Se recomienda al Estado de Chile:

1. Dar estricto cumplimiento a los estándares y recomendaciones internacionales dirigidas específicamente al resguardo de los derechos y libertades individuales en el marco del ejercicio de la fuerza policial.
2. Generar un debate público acerca de si los criterios de utilización de la fuerza policial están cumpliendo con los estándares constitucionales y legales actualmente vigentes.
3. Facilitar el acceso a información pública (informes, fundamentos, estadísticas, etc.), dando cumplimiento a las obligaciones de transparencia pasiva, para reflexionar sobre la violencia policial, tema que, como ha reconocido el Ministro del Interior y Seguridad Pública, está en la agenda pública.
4. Mientras no se reforme de manera estructural la justicia militar de acuerdo a los estándares internacionales, instar por un estricto cumplimiento del debido proceso para mejorar la escasa posibilidad que actualmente tienen las víctimas de violencia policial para probar los delitos cometidos por funcionarios policiales.
5. Fortalecer el recién creado Departamento de Derechos Humanos de Carabineros, con el objeto de coordinar las respuestas

107 Solicitud de acceso a la información pública iniciada por el periodista Antonio Mena, documento firmado por el Teniente Coronel Ramiro Larraín Donoso, Jefe del Departamento de Información Pública de Carabineros de Chile y corresponde a la RSIP N° 12799 del 28 de octubre de 2011.

108 Véanse, a modo de ejemplo, Radio Uchile.cl: “Trabajadores de la prensa denuncian violencia policial en su contra”, 20 de noviembre de 2011; Bio bio Chile.cl: “Cómo ser arrestado en Chile sin violar la ley: Periodista de EE. UU. denuncia brutalidad policial”, 7 de marzo de 2012; El Mostrador.cl: “Reporteros Sin Fronteras denuncia ‘los abusos de las fuerzas del orden’ contra periodistas en Chile”, 19 de marzo de 2012; Verdadahora.cl: “Polémica por detención de periodista Patricio Mery durante marcha por Día del Trabajador en Santiago”, 4 de mayo de 2012; Radio Biobío.cl: “Polémica por detención de periodista durante marcha por Día del Trabajador en Santiago”, 1 de mayo de 2012.

109 En todos ellos se observan grandes dificultades para que estos grupos acrediten las violaciones a sus derechos humanos, especialmente en relación al engorroso proceso de elaboración del parte policial o de constatación de lesiones, cuestión que ha sido reconocida por el propio Defensor Nacional, por el INDH y por diversas organizaciones sociales. El caso del estudiante Francisco Arias, quien fotografió a Carabineros durante una marcha, siendo víctima de torturas y apremios ilegítimos, es ilustrativo al respecto. En este contexto, se solicitó una entrevista con el Director de la Posta Central, pero no se recibió respuesta.

institucionales y mejorar la formación y entrenamiento de los funcionarios de orden y seguridad pública en tanto garantes de los derechos humanos de la ciudadanía.

**JUSTICIA
MILITAR***

* Capítulo preparado por Claudio Fuentes Maureira, con la colaboración de Nicolás Godoy y Constanza González.

SÍNTESIS

El debate político y académico actual en torno al proceso de reformas a la justicia se concentra en el proyecto presentado en marzo de 2012, que pretende reformar la justicia civil chilena. Se han realizado seminarios, lanzamientos y diversas actividades promovidas por el ejecutivo y el Congreso. Esta reforma, que para muchos viene a cerrar un ciclo de políticas públicas en materia judicial, concita gran atención. Lamentablemente, ello ha eclipsado el hecho de que aún está pendiente la reforma a la justicia militar chilena. Este año no se han hecho seminarios ni lanzamientos; tampoco el debate público ha estado centrado en ella. Han pasado casi siete años desde la condena a nuestro país y parece haberse olvidado la orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que nos obliga a reformar el proceso penal militar en un plazo razonable.

Actualmente la reforma a la justicia militar solo ha permitido la exclusión de civiles imputados de su ámbito de jurisdicción; militares que cometen delitos comunes y civiles afectados por dichos delitos siguen estando bajo esta. Todavía funciona con la estructura procesal y orgánica de antaño, que hizo posible la ocurrencia de abusos a los derechos humanos. ¿Qué esfuerzos se están haciendo para modificarla? ¿Por qué ha tomado tanto tiempo? ¿Quién es responsable de este fracaso? La reforma a la justicia militar siempre ha estado a cargo del Ministerio de Defensa, que, hasta la fecha, no ha sido capaz de mantener una línea de trabajo legislativo única que permita avanzar en esta materia.

Mientras el Ministerio de Defensa decide qué estrategia seguirá, año a año es posible observar casos en donde los problemas estructurales que aquejan a esta judicatura afectan a los ciudadanos, civiles y militares, limitando sus derechos. Cada día que pasa, el plazo que el Estado se ha tomado resulta menos razonable. En un par de meses se cumplirán ocho años de retraso.

PALABRAS CLAVE: Justicia militar, Reforma judicial, Devido proceso, Tribunales militares, Delitos militares, Fuero militar.

INTRODUCCIÓN

En 2012, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera presentó al Congreso un proyecto de ley que busca reformar de manera integral el sistema procesal civil chileno. El mensaje que se ha instalado en la academia y en la opinión pública es que se trata de la “última gran reforma” y que esta viene a terminar un ciclo de políticas públicas de gran envergadura en el sector justicia. Dentro de las razones que el gobierno aduce para justificar este “proyecto país” se encuentran: garantizar el acceso a la justicia, dotar de transparencia a un sistema judicial incomprendible para una buena parte de la población y satisfacer, entre otras, exigencias mínimas de debido proceso. Con todo, el gobierno y la clase política parecen olvidar que se encuentra aún pendiente una reforma en el sector justicia de vital importancia: la justicia militar.

Esta situación es del todo paradójica, tomando en consideración que la justicia militar es un procedimiento penal en donde también existen problemas de acceso, falta de transparencia y debido proceso, cuyas consecuencias son más intensas que los problemas en el ámbito civil. Más importante aun, el proceso penal militar es el único que ha sido internacionalmente emplazado, por parte de la Corte IDH, por no respetar condiciones básicas para un juzgamiento democrático.¹ Algo que se agrava por haber transcurrido siete años desde la condena internacional y la orden de la Corte IDH. En el presente capítulo se volverá a examinar en detalle cómo se ha llevado a cabo el proceso de reforma a la justicia militar hasta la fecha, analizando la posición del gobierno de Sebastián Piñera a este respecto y los pasos que dará el poder ejecutivo para llevar adelante el cumplimiento del fallo internacional.

Es importante recalcar que la necesidad de una reforma a la justicia militar no pasa por un capricho de la academia, ni supone una preocupación por un problema netamente teórico. Por el contrario, año a

¹ Corte IDH, caso *Palamara Irrabarne vs Chile. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C 135 (en adelante, caso Palamara).

año se acumulan más casos en donde la vigencia de esta judicatura y sus actuales deficiencias afectan los derechos de ciudadanos y uniformados de forma concreta. Para dar cuenta de lo anterior, en este capítulo se analizan algunos ejemplos paradigmáticos ocurridos entre mediados del 2011 y mayo del 2012, en que se observan con claridad los perjuicios derivados de esta legislación, que deben ser considerados como un incentivo adicional para justificar su reforma.

Finalmente, el capítulo formula una serie de recomendaciones para el Estado de Chile. Estas recomendaciones no distan mucho de las mencionadas en diversos *Informes* previos, ya que, como se analizará a lo largo de este capítulo, se mantienen las falencias estructurales respecto de la justicia militar y el conocimiento del fallo Palamara.

1. LA REFORMA A LA JUSTICIA MILITAR

1.1. La reforma a la justicia en manos del Ministerio de Defensa: Una tarea poco sistemática

Desde la sentencia pronunciada por la Corte IDH en el Caso Palamara Irribarne contra Chile en noviembre de 2005, el país se encuentra en mora de cumplir con ese fallo internacional. En versiones previas de este *Informe* se han reportado distintas iniciativas llevadas a cabo para reformar la justicia militar, siendo la mayoría de ellas infructuosas, lo que refleja un esfuerzo poco sistemático y claramente deficiente en esta tarea de suma relevancia.

Así, en 2007, el gobierno anterior diseñó su primera estrategia, mediante la planificación de una reforma a la justicia militar en cuatro etapas, comenzando por el boletín 5159-07, que buscaba hacer excepcional la aplicación de la justicia militar respecto de civiles (aunque mantenía su vigencia para los delitos de maltrato de obra de Carabineros, que representaban y representan un alto porcentaje de civiles imputados) y derogar la pena de muerte en cierta hipótesis.² Dicho proyecto no se hacía cargo de la parte procesal penal de la reforma, manteniendo las estructuras vigentes. El proyecto no presentó movimientos parlamentarios relevantes y hoy se encuentra archivado, hito que marcó el primer cambio de estrategia del poder ejecutivo.

La segunda iniciativa estuvo conformada por la creación de la Comisión de Estudios para la Reforma a la Justicia Militar. Dicha entidad realizó un trabajo sistemático que culminó con la entrega de un documento llamado “Principios formativos para la reforma a la justicia militar”,³ que establecía consensos importantes en materia de refor-

2 *Informe Anual sobre Derechos Humanos 2009*, Centro Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, p. 118. (En adelante, *Informe*)

3 Id., p. 127.

ma al proceso penal militar y al derecho penal militar. A pesar de lo anterior, dicha entidad no estuvo exenta de críticas en su proceso y metodología de trabajo, ya que se trataba de una comisión compuesta por diversos ministerios y reparticiones del gobierno, pero excluía de su labor a la sociedad civil y a la academia, lo que contrastaba con otros procesos de reformas judiciales de la época.

Ahora bien, producto del intenso trabajo de dicha comisión, en octubre de 2009 se presentaron al Congreso dos proyectos de Ley (boletines 6739-02 y 6734-02). El primero de ellos excluía a los civiles de la justicia militar, reducía la competencia de los tribunales militares solo por delitos propiamente “militares” y reformaba el proceso penal militar creando un mecanismo similar al actual sistema procesal penal. El segundo proyecto presentaba un código penal militar, estableciendo un catálogo restrictivo de delitos militares.⁴ A pesar de la contribución técnica de estos proyectos, ninguno de ellos prosperó; incluso uno de ellos no registró movimiento alguno.⁵ En marzo de 2010, al asumir su mandato el presidente Sebastián Piñera, se produjo un nuevo cambio en la estrategia del poder ejecutivo para cumplir con la condena internacional.

Esta tercera estrategia se expresaría en la presentación en marzo de 2011 de un proyecto de ley de reforma de la justicia militar en su parte orgánica (Ministerio Público Militar, Tribunales Orales y Juzgados de garantía Militares). Asimismo, se informó que se mantendría el proyecto en materia de proceso penal militar ya presentado, lo que no ocurriría con el proyecto de derecho penal militar, ya que el nuevo gobierno sostenía que debía incorporarse a una discusión mayor referida a un nuevo código penal.⁶

Con todo, la contingencia supuso un nuevo cambio de escenario en el proceso de reforma a la justicia militar, cuando, en diciembre de 2010, se publicó la Ley 20.477 que definitivamente excluyó a los civiles imputados de la justicia militar. Esta ley no fue producto de un proceso predefinido y debidamente planificado, sino una respuesta a una medida de presión: la huelga de hambre de 32 comuneros mapuches. La ley, no exenta de problemas relevantes, ya analizados,⁷ no permite cumplir cabalmente con lo ordenado por la Corte IDH ya que no modificó los aspectos estructurales de esta judicatura. La falta de planificación se grafica de forma clara con las palabras del Ministro saliente de dicha cartera, quien indicó: “No estamos interesados en pasar de ser los peores alumnos a ser los mejores de un solo viaje”⁸.

Hecho este breve recuento, a efectos de mostrar las vicisitudes y

4 *Informe 2010*, p. 83.

5 *Id.*, p. 84.

6 *Id.*, p. 85.

7 *Informe 2011*, pp. 132-141.

8 *Id.*, p. 132.

deficiencias de este proceso de reforma, es relevante mencionar un aspecto puntual que puede haber tenido incidencia en este resultado deficiente. Llama la atención el hecho que, a diferencia de la mayoría de los procesos de reforma judicial que ha enfrentado el Estado de Chile, llevados o liderados por el Ministerio de Justicia, cuando se trata de la reforma a la justicia militar se sigue un patrón distinto, al estar este proceso a cargo del Ministerio de Defensa. Esta distribución de competencias se encuentra claramente establecida en el documento “Definiciones Estratégicas Ministeriales 2010-2014: Formulación Presupuestaria 2012” en el que se indica claramente que es un objetivo del mencionado ministerio el “modernizar la Justicia Militar”.⁹

Esta decisión, que proviene del gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, resulta problemática, particularmente porque las misiones institucionales de cada ministerio son diversas. El documento recién citado indica que la misión del Ministerio de Justicia es “acercar la justicia a las personas, a través de la definición de políticas y directrices tendientes a generar un Sistema de Justicia eficiente e igualitario, aportando con ello a la construcción de una sociedad de oportunidades, seguridades y valores”,¹⁰ definiendo la función del Ministerio de Defensa en términos de ser “el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de la defensa nacional”.¹¹

El cuestionamiento aquí realizado se funda en que la misión institucional de cada ministerio tiene directa incidencia en su organización, competencia y capacidades, siendo claro que el ministerio que está en mejores condiciones para llevar adelante un proceso de reformas judiciales es el Ministerio de Justicia.

Al respecto, si se toma como ejemplo el actual proceso de reforma a la justicia civil mencionado en la introducción de este capítulo, se puede observar que el Ministerio de Justicia cuenta con una Dirección de Gestión y Modernización de la Justicia responsable de esta reforma judicial compuesta por 10 funcionarios.¹² Asimismo, en la página web de dicha dirección consta que, en materia de reforma al proceso civil, se han llevado a cabo diversos estudios empíricos (destinados a diagnosticar el actual funcionamiento de la justicia civil en nuestro país) y de derecho comparado (a efectos de conocer experiencias foráneas que permitan importar soluciones innovadoras). Allí es posible encontrar

⁹ Gobierno de Chile, *Definiciones estratégicas ministeriales 2010-2014, Formulación presupuestaria 2012-2014*, septiembre de 2011, p. 8. Esta situación se corrobora por numerosas reuniones sostenidas por este investigador con personal del Ministerio de Defensa para discutir el tema.

¹⁰ Id., p. 17.

¹¹ Id., p. 8.

¹² Véase el sitio web del Ministerio de Justicia para la “Reforma Procesal Civil”, [rpc\[minjusticia.gob.cl\]](http://rpc[minjusticia.gob.cl])

un informe muy reciente sobre tasas judiciales en la experiencia comparada, un informe de diagnóstico de la judicatura civil, otro referido a posibles normas a ser adecuadas en el evento de la reforma y uno referido a la desjudicialización de cobranzas, entre otros.

A lo anterior debe sumarse el constante llamado a licitaciones públicas por parte de la Subsecretaría de Justicia para la realización de estudios referidos a la futura reforma procesal civil. A la fecha del cierre de la edición de este *Informe*, el sitio web para “contratar con el gobierno” (Mercadopublico.cl) muestra las tres últimas licitaciones en la materia: “Contratación de estudio sobre percepción del sistema de justicia civil y comercial”, adjudicado en noviembre de 2011; un llamado a “Propuesta de un modelo de gestión para la desjudicialización de materias bajo la nueva justicia procesal civil”, adjudicado en julio de 2012; y la licitación del estudio “Factibilidad técnica y económica de implementación de un modelo de oficial de ejecución”, que fue declarado desierto.

Resulta relevante para este análisis considerar la metodología de trabajo que el Ministerio de Justicia ha llevado a cabo en materia de reformas judiciales. En el último proyecto de reforma procesal civil, la sociedad civil tuvo un rol central en su desarrollo en dos instancias: primero, al participar en una comisión de tres expertos que trabajaron directamente con el Ministro de Justicia en su elaboración, y, segundo, mediante el trabajo de una comisión compuesta por destacados profesores de diversas universidades y centros de investigación del país. El proceso de elaboración de esa reforma, desde sus inicios en 2004, estuvo a cargo del foro procesal civil, compuesto por prestigiosos profesores.¹³

El caso de la reforma procesal civil no es aislado. La incorporación por parte de Ministerio de Justicia de comisiones de expertos viene dándose en mayor o menor medida desde la reforma al proceso penal, llevada a cabo hace más de 15 años. La sociedad civil ha conformado comisiones o comités técnicos en materia de reforma a la justicia de familia, la responsabilidad penal adolescente y la reforma procesal laboral.

El contraste con las actividades realizadas por Defensa es marcado. En primer lugar, el organigrama del Ministerio de Defensa no muestra ningún organismo cuya competencia esté exclusivamente destinada a este tópico. Es posible observar el mismo problema en el caso de la Subsecretaría de Guerra y de Fuerzas Armadas.¹⁴ Asimismo, a lo largo de los años de elaboración de este *Informe*, se ha observado que el trabajo sobre reforma a la justicia militar tiende a recaer en el grupo de asesores del Ministro de Defensa, conjunto de funcionarios que realizan diversas funciones adicionales a esta.

13 Foro Procesal Civil, *Informe foro procesal civil*, rpc.minjusticia.gob.cl/
14 Véase sitios web www.defensa.cl, www.ssffaa.gob.cl y www.ssdefensa.cl

En materia de participación de la sociedad civil, tampoco ha habido avances. El Ministerio de defensa no ha mostrado un trabajo cercano a la ciudadanía en esta materia. Gigliola Cella,¹⁵ abogada del Ministerio de Defensa, indicó en una entrevista que la actual iniciativa no ha sido socializada y que no se encuentra originalmente contemplado incorporar en ella a la sociedad civil, aunque existiría la posibilidad de hacerlo. Asimismo, puede recordarse la mencionada “Comisión de Estudios para la Reforma a la Justicia Militar”, que estuvo conformada solo por miembros de las Fuerzas Armadas y de los diversos ministerios. Si bien el Ministerio de Defensa ha consultado a expertos en la materia, se desconoce la existencia de una metodología de trabajo como la que muestra el Ministerio de Justicia, que recurre a comisiones de expertos externos para el trabajo pre legislativo de manera regular.

Una de las lecciones más relevantes de la reforma procesal penal ha sido la necesidad de que el proceso de reforma no se centre exclusivamente en un diseño legal, sino que se cuente con información acerca del funcionamiento concreto del sistema de justicia, a efectos de establecer una línea de base, identificar áreas prioritarias, etc. Durante el último año y hasta la fecha de entrega de este informe, no ha sido posible encontrar, tanto en “Mercadpublico.cl” como en la página web del Ministerio de Defensa, licitaciones de estudios sobre el funcionamiento práctico de la justicia militar, su carga de trabajo o sus áreas problemáticas, entre otros. Ciertamente, esto no permite suponer que el Ministerio de Defensa no cuente con dicha información, pero resulta relevante a la hora de juzgar el método de trabajo llevado a cabo por este y los escasos resultados a siete años del fallo internacional.

Pues bien, ante la pregunta de qué justifica que sea el Ministerio de Defensa el encargado de esta materia, la respuesta que se entregó en la entrevista sostenida con la abogada Cella fue que “defensa tiene el mandato del presidente de llevar a cabo la reforma a la justicia militar, debido a la especialidad del mundo militar”. Se consultó también por el rol del Ministerio de Justicia. Cella indicó que existe una mutua colaboración, pero dejó en claro que el trabajo de diseño lo lidera Defensa, dando paso después a Justicia.

Dados los aspectos estructurales que la reforma judicial militar exige y que nuestro país no ha sido capaz de satisfacer, incluyendo una reforma integral al diseño del proceso penal militar y la creación de nuevas instituciones, pareciera recomendable que los roles en esta reforma de Justicia y Defensa se intercambien. El Ministerio de Justicia tiene una experiencia y trayectoria reconocida y efectiva en varias reformas judiciales, mientras que el Ministerio de Defensa solo ha esta-

15 Entrevista personal con Gigliola Cella, abogada asesora del Ministerio de Defensa Nacional, 19 de julio de 2012.

do encargado de una y no ha logrado avanzar en aspectos sustanciales de ella (con la excepción de la exclusión de civiles, que puede justificarse en que el gobierno se encontró “entre la espada y la pared”, producto de la contingencia).

1.2. La actual estrategia del gobierno para la reforma a la justicia militar

La información oficial respecto de la estrategia actual para cumplir con el fallo Palamara y otras obligaciones internacionales es escueta. En particular, el documento “Informe de cumplimiento legislativo gubernamental y de los Mensajes Presidenciales 21 de mayo”,¹⁶ indica que el Ministerio de Defensa debe “impulsar la segunda etapa de la reforma a la Justicia Militar en línea con la Reforma Procesal Penal Civil”.¹⁷ A su vez, el gobierno de Chile, en el documento “Informe esquemático de mitad de período sobre las recomendaciones efectuadas a Chile en el examen periódico universal 2009”, únicamente señala como actividad de seguimiento la Ley 20.477 de diciembre de 2010.¹⁸ Por lo tanto, la información pública no permite delimitar con precisión los plazos que el gobierno se ha impuesto en la materia, al no señalarse explícitamente metas concretas.

Debido a esta escasez de datos, nuestra entrevista con la abogada asesora responsable de esta reforma en el Ministerio de Defensa, Gigliola Cella, nos ha aportado información de mucha relevancia para realizar una evaluación.

La actual estrategia del gobierno puede ser resumida en los siguientes términos:

- Se estima necesario llevar a cabo un proceso de reforma de la justicia militar que la modernice y que cumpla con los estándares internacionales de debido proceso.¹⁹ Para lo anterior, el Ministro de

16 Gobierno de Chile, *Informe de cumplimiento legislativo gubernamental y de los Mensajes Presidenciales 21 de mayo*, mayo de 2012, p. 21.

17 Id.

18 Gobierno de Chile, Dirección de derechos humanos, Ministerio de relaciones exteriores, *Informe esquemático de mitad de período sobre las recomendaciones efectuadas a Chile en el marco de su examen periódico universal de mayo de 2009*, marzo de 2012, p. 5.

19 No está de más recordar que la justicia militar chilena es actualmente criticada en materia de debido proceso por múltiples falencias. Entre ellas, destaca la cuestión de la independencia e imparcialidad del juez militar. Los funcionarios que son parte de la justicia militar, incluidos los jueces militares, son miembros activos del ejército y las Fuerzas Armadas. Esto significa que se encuentran bajo la cadena de mando y pueden ser sujetos a evaluación de desempeño. Todo lo anterior permite cuestionar su independencia a la hora de resolver un caso, particularmente cuando civiles se ven involucrados, incluso como víctimas, ya que intereses corporativos están siempre presentes y la actitud que dicho juez pueda tener será ciertamente considerada por sus superiores. Asimismo, el fallo Palamara cuestionó el hecho de que el juez militar no deba ser abogado, ya que la función de juez militar se encuentra asociada a un cargo militar específico, por lo que, asumido dicho rango, adquiere el militar el rol de juez. En materia de diseño procesal, el actual proceso regulado en el código de justicia militar es secreto, incluso para el imputado. Se lleva a cabo por escrito, con gran lentitud. Todos los aspectos antes mencionados impiden

Defensa contempla el diseño de un nuevo procedimiento penal militar, que “copie” el actual proceso penal y que siga los valores de un sistema adversarial, asegurando un derecho a la defensa efectivo.

- El plan del gobierno contempla el desarrollo de una reforma orgánica, es decir, la creación de organismos como el Ministerio Público militar, jueces de garantía y tribunales orales en lo penal militar. Se contempla también una defensoría penal militar. Hasta la fecha, estas nuevas entidades están en proceso de diseño institucional: aún no se decide si serán parte de las entidades ya existentes o si supondrán la creación de nuevas instituciones.
- En materia de competencia, el plan del Ministerio de Defensa consiste en sacar a todos los civiles de la jurisdicción militar; esto implica que, incluso cuando los civiles sean víctimas y en la medida que el delito imputado al funcionario policial sea común, saldrán de esta judicatura. Lo mismo ocurre respecto de niños, niñas y adolescentes.
- Con relación a la inclusión de Carabineros de Chile, la decisión del gobierno de Sebastián Piñera es mantenerlos bajo la judicatura militar.
- En lo que dice relación con el “juez militar”, la abogada Cella fue enfática en indicar que se incorporará en todo el proceso de la justicia militar a abogados.
- En términos de plazos, se nos indicó que se espera presentar al Congreso un proyecto que se haga cargo de todos estos temas, con excepción del derecho penal militar, a fines de 2012.

La presente estrategia amerita diversos comentarios. En general, se aprecia que las decisiones del gobierno apuntan a la satisfacción y cumplimiento de la orden de la Corte IDH. El hecho de excluir a víctimas de la judicatura militar, el asegurar que los jueces militares sean primero jueces antes que militares y el acento en las reformas procesales y orgánicas, contribuye a que el estatus de “fkuero” de la justicia militar se reemplace por el de una “judicatura especializada”, no muy distinta a la justicia de familia o laboral.

Con todo, desde una perspectiva global, también es posible formular críticas a esta estrategia. Los lineamientos generales declarados por el Ministerio de Defensa son los mismos o muy similares a aquellos informados en 2010 por el asesor Rodrigo de Pujadas. Gigliola Cella no ofreció mayores detalles acerca del diseño institucional y procesal, pero puede afirmarse que esta estrategia viene a reafirmar una decisión que se tomó hace dos años y que hasta la fecha no ha

que exista un juicio oral público y contradictorio, como ocurre en el sistema procesal penal. Para más información, véase las versiones anteriores de este *Informe* citadas más arriba.

generado un avance significativo, ya que no se ha traducido en proyectos de ley presentados. Un mayor acceso al diseño concreto del proyecto podría mostrar diferencias significativas, pero no se nos otorgó mayor información.

Algunos temas en particular ameritan comentarios. En primer lugar, destaca la mantención de Carabineros en la jurisdicción militar. La abogada Cella fue enfática en indicar que Carabineros seguirá estando bajo esa jurisdicción, ya que se estima que, al ser Carabineros de Chile una institución “jerarquizada y no deliberante”, hay conductas que atentan contra ella que ameritan ser juzgadas por la justicia militar.

Las razones que justifican que Carabineros se encuentre bajo la judicatura militar responden a decisiones políticas e históricas. Carabineros de Chile surgió en 1906 como una agrupación del ejército con funciones policiales. En 1925, adquirió autonomía. El carácter “militar” y “policial” de la institución se reafirmó al fusionarse Carabineros con los policías fiscales. La definición institucional de que Carabineros de Chile responde a una lógica militar se ha mantenido incólume desde su creación hasta la fecha.²⁰

Desde un punto de vista político, la decisión de calificar a un organismo como “militar” es una decisión estrictamente discrecional por parte del Estado. En palabras del experto Daniel Soto Muñoz, “lo militar va más allá de las externalizaciones y se configura por un vínculo, condición o estatuto jurídico que crea el Estado y que establece derechos y obligaciones para un tipo de funcionario público que está adscrito a una organización determinada”.²¹ Ello explica que existan otras instituciones con organización jerárquica, pero que no son parte del ideal “militar”, como, por ejemplo, la PDI.

Se argumentará más adelante en este capítulo que es necesario examinar la decisión estatal de mantener a Carabineros bajo la categoría jurídica militar, ya que su inclusión bajo esta judicatura especial no parece ser coherente con lo dispuesto por la Corte IDH en el fallo Palamara.

Un último comentario respecto de esta estrategia dice relación con el derecho penal militar. Como se indicó, el actual proyecto no toca los delitos militares. La definición de aquello que constituye un delito militar es de suma relevancia para el funcionamiento concreto de la justicia militar, ya que determina cuándo un militar será juzgado por esta judicatura y cuándo un civil, como víctima de un “delito militar”, será parte de un proceso penal militar.

20 Para una explicación detallada de esta evolución institucional y la mantención del carácter militar, véase, Daniel Soto Muñoz, “El carácter militar en la evolución jurídica de Carabineros de Chile”, *Revista académica Academia de Ciencias Policiales*, 49, 2010, pp. 100-140.

21 Daniel Soto Muñoz, “Influencia del derecho internacional en la reforma de la justicia militar en latinoamerica”, *Revista Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos*, 118, 2011.

El Código de Justicia Militar actualmente vigente en Chile opera con una definición problemática de delito militar, que no identifica con precisión qué diferencia a un delito militar de uno que no lo es. El mencionado código declara que son delitos militares aquellos que se encuentran regulados por dicho código, el que contempla como delitos militares aquellos delitos comunes que son cometidos por militares, lo que no resuelve el problema y supone un alcance excesivo de la justicia militar. Asimismo, la decisión legislativa de calificar como delito militar aquello que se encuentra en el código de justicia militar no es compatible con la orden de la Corte IDH, que indica que delitos militares son aquellas conductas que atentan contra bienes jurídicos “estrictamente militares”.²² Ello implica que el criterio para identificar delitos militares de la Corte IDH no se respeta en Chile.

Al respecto, la escasa doctrina en materia penal militar, incluyendo los trabajos de Daniel Soto, distingue entre dos tipos de delitos militares: los exclusiva o propiamente militares, aquellos en que el militar incurre por quebrantar un deber inherente al servicio militar; y los falsos delitos militares, que se dan cuando un militar comete un delito que no afecta directamente intereses militares o cuando un mismo hecho daña al mismo tiempo bienes jurídicos militares y no militares.²³ Para Soto, un delito militar nace de la “inobservancia de los deberes profesionales nacidos de la relación especial de servicio que vincula al militar con el Estado. El delito militar afecta o pone en peligro intereses vinculados a la eficacia del Estado en las funciones de seguridad y de defensa”.²⁴ Es decir, un delito militar atenta contra la cadena de mando y el deber de disciplina de los miembros de las Fuerzas Armadas. Esta perspectiva aporta claridad sobre qué constituye un delito militar, claridad que nuestra actual legislación no provee y que resulta necesaria para cumplir con el fallo Palamara y para el adecuado funcionamiento de la justicia militar.

Urge que exista un mayor grado de iniciativa por parte del Ministerio de Defensa para hacerse cargo de este problema, en circunstancias que, recién asumido el gobierno de Sebastián Piñera, ya se encontraba elaborado y presentado en el Congreso un proyecto de ley que contemplaba una visión restrictiva del delito penal militar, considerando como tales a conductas directamente vinculadas a la disciplina y otros valores militares, como por ejemplo, la traición, el espionaje, el motín, el ultraje, la desobediencia y la deserción, entre otros. Ese proyecto está actualmente inactivo.

22 Corte IDH, caso *Palamara*, op. cit., párr. 132.

23 Daniel Soto Muñoz, “Influencia...”, op. cit.

24 Id., p. 173.

1.3. La postura de la Corte Suprema

Los diferentes obstáculos que este proceso de reforma ha enfrentado han ido desapareciendo lentamente. En años recientes la posición del máximo tribunal del país había sido ambivalente en esta materia, manifestándose en diversos informes sobre proyectos de ley sometidos a tramitación en el Congreso en sentidos distintos. Hoy es posible observar una actitud más clara del máximo tribunal, favoreciendo la reforma a la justicia militar. Esto permite reducir los focos problemáticos que impiden la reforma y significa una presión sobre el ejecutivo para mejorar su fallida estrategia.

La favorable opinión de la Corte Suprema sobre la necesidad de reformar la justicia militar y disminuir su alcance se manifestó por última vez en septiembre de 2011, cuando, a propósito del informe pronunciado respecto del Boletín 7887-07 (proyecto que buscaba excluir de la competencia del Código de Justicia Militar a todo menor de edad, ya sea como imputado o víctima), manifestó

Que, ahora bien, del análisis de las normas de la ley N° 20.477 aparece que la calificación especial de la víctima no es considerada expresamente como criterio que determine la competencia de los juzgados militares. **Sin embargo, una interpretación armónica de los preceptos podría permitir entender que la expresión “civiles” incorpora también a quienes tienen la calidad de ofendidos, quedando al margen de la justicia militar...**

Asimismo concluyó que:

En consecuencia, las opiniones previas del Tribunal sobre la materia determinan que sería más aconsejable una modificación de ley que expresamente excluya de la competencia de la justicia militar a los civiles y menores de edad, **víctimas u ofendidos.²⁵**

La Corte entiende que la actual lectura de la Ley 20.477, que reformó a fines de 2010 la justicia militar y su alcance, es restrictiva al excluir al civil únicamente cuando es imputado de un delito contemplado en el Código de Justicia Militar. La Corte estima que debe también excluirse de la justicia militar todo proceso en que un civil

25 Corte Suprema de Chile, *Informe Proyecto de ley 37-2011, Oficio 144-2011*, 28 de septiembre de 2011, considerando 3º, primer y segundo párrafo (énfasis añadido).

En el mismo sentido, la Corte Suprema se pronunció en los informes sobre proyecto de ley 46-2010 y 43-2010, del 8 de octubre y 23 de septiembre de 2010. Véase, Corte Suprema de Chile, *Informe Proyecto de Ley 46-2010, Boletín 7203-02*, 8 de octubre 2010, considerando 2º; y Corte Suprema de Chile, Informe proyecto de Ley 43-2010, Oficio 142, 23 de septiembre de 2010, considerando 3º.

se encuentre involucrado, incluso como víctima de un carabinero o militar. De esta forma, va más allá del tenor literal de la norma vigente, reduciendo su alcance.

Asimismo, se nota una postura en una porción significativa de los ministros del supremo tribunal tendiente a terminar por completo con la justicia militar. Así, señala el informe:

Se deja constancia que el Presidente señor Juica y los Ministros señores Muñoz, Dolmetsch, Araya, Kunsmuller, Brito y Silva estuvieron por expresar, nuevamente, que en la actualidad, **salvo en aspectos netamente disciplinarios, no se vislumbran razones que justifiquen la existencia de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz...**²⁶

Para estos ministros, existen diferencias sustanciales en materia de debido proceso cuando se trata de la reforma al proceso penal y la justicia militar:

...no resulta concebible que sus ciudadanos se encuentren sometidos a dos clases distintas de justicia: (...) para otros, una impartida por un órgano vinculado de manera estrecha con el que investiga y, por consiguiente, **en la que se ven afectados los principios de imparcialidad e independencia; además de aparecer en la actualidad tardía, sustentada en un proceso escrito e inquisitivo.**²⁷

De estas aseveraciones es posible concluir que, para una buena parte de los ministros de la Corte Suprema, la justicia militar con su actual configuración no cumple con garantías mínimas del debido proceso y su aplicación es contraria a un estado democrático.²⁸

La Corte Suprema también ha mencionado que la reforma a la justicia militar no solo es un derecho de los civiles que se someten a esta como víctimas, sino también de los militares y carabineros que se ven imputados por delitos propiamente militares, que deben gozar de un derecho al debido proceso. Así, al informar respecto del boletín 7203-02, que posteriormente se convirtió en ley,²⁹ la Corte indicó:

26 Corte Suprema de Chile, *Informe Proyecto de ley 37-2011, Oficio 144-2011*, 28 de septiembre de 2011, considerando 3º, párr.. 6º.

27 Id., (énfasis añadido). En el mismo sentido se pronunciaron los Ministros Juica, Oyarzún, Muñoz, Herreros, Dolmetsch, Araya, Kunsmuller y Jacob en el Informe del proyecto de ley 43-2010, previamente citado.

28 Id.

29 Véase tramitación del boletín 7203-02, proyecto de ley que “Modifica Sistema de Justicia Militar y establece un régimen más estricto de sanciones, tratándose de delitos contra los miembros de las policías”.

...esta Corte estima también pertinente hacer presente que éste aparece como el momento oportuno para poner término a la desigualdad ante la ley que se mantiene para los militares que cometen delitos que se califican como militares, quienes continúan sujetos a un procedimiento que no se condice con las garantías que la ley procesal prevé para las personas sometidas a la justicia ordinaria. Sería deseable, a juicio de este Tribunal, en consecuencia, que en el más breve plazo se adoptara por el legislador la decisión de llevar a los militares a los mismos estándares con que son juzgados los civiles, en lo que a procedimientos se refiere, estableciéndose uno oral de naturaleza militar.³⁰

Solo se opusieron a este considerando los ministros Ballesteros y Egnem.

Como se puede observar, la urgencia de la reforma a la justicia militar no solo pasa porque los civiles tengan un trato acorde con sus derechos fundamentales, sino que la modernización de la justicia militar como una judicatura especializada es igualmente necesaria para satisfacer estándares mínimos de debido proceso para carabineros y funcionarios de las Fuerzas Armadas. Esto claramente se condice con la actual estrategia del gobierno de reformar aspectos orgánicos para asegurar, por ejemplo, la independencia del fiscal investigador respecto del juez, y del juez del cuerpo militar, y aspectos procesales como la incorporación de la oralidad y adversarialidad.

No está claro qué postura asumirá en el futuro la Corte Suprema en esta materia bajo la presidencia de Rubén Ballesteros, quien presidió Consejos de Guerra durante la dictadura militar. El único antecedente objetivo acerca de su visión de la justicia militar deriva del informe pronunciado en 2010 respecto de la Ley 20.477, donde se opuso, junto con la ministra Egnem, al considerando octavo previamente transcritto, por “no compartirlo”.³¹

2. CASOS EMBLEMÁTICOS EN MATERIA DE JUSTICIA MILITAR DURANTE 2011 Y 2012

Este capítulo, al igual que cada año, selecciona casos emblemáticos vinculados a la justicia militar en los que se da cuenta de los problemas estructurales que aquejan a esta judicatura.

30 Corte Suprema de Chile, *Informe proyecto de Ley 43-2010, Oficio 142*, 23 de septiembre de 2010, considerando octavo, primer párrafo (énfasis añadido).

31 Id., párr. 4 (énfasis añadido).

2.1. La muerte del estudiante Manuel Gutiérrez

Miguel Millacura Cárcamo, ex sargento de Carabineros de Chile, se encuentra actualmente procesado en la justicia castrense bajo los cargos de violencia innecesaria con resultado de muerte y violencia innecesaria con resultado de lesiones menos graves.

Los hechos que derivaron en la responsabilidad de Millacura Cárcamo se remontan a un operativo policial llevado a cabo el 25 de agosto de 2011, cuando este, junto a otros efectivos de la 43^a comisaría de Peñalolén, participaron en la contención de actividades convocadas por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). En ese escenario, el joven de 16 años Manuel Gutiérrez recibió un disparo que le produjo posteriormente la muerte, mientras que otro joven también recibió un tiro, quedando herido.³² Los medios reportaron que existía la posibilidad de que el disparo que dio muerte al joven hubiese provenido de un arma de Carabineros de Chile. Prontamente, Sergio Gajardo Oelkers, general de la segunda zona metropolitana, negó ante los medios la responsabilidad de personal de Carabineros en el hecho y descartó la necesidad de una investigación.³³ A pesar de lo anterior, los antecedentes fueron llevados al Ministerio Público, que, junto con funcionarios de la Policía de Investigaciones (PDI), iniciaron una investigación.

Mientras se realizaba la investigación del Ministerio Público, el ex sargento Millacura omitió informar a sus superiores que efectivamente había hecho uso de la subametralladora Uzi que portaba la noche de la muerte de Manuel Gutiérrez. Asimismo, habría realizado diversas conductas tendientes a no dejar rastro de este hecho, dentro de las cuales se encontraba el haber limpiado la subametralladora y haber reemplazado la munición disparada por munición propia.³⁴ A lo anterior se suma la participación de cuatro funcionarios que directamente habrían encubierto el actuar del sargento Millacura,³⁵ algunos de los cuales fueron dados de baja.

El disparo de la Uzi que portaba Millacura fue confirmado por la investigación del Departamento de Asuntos Internos de Carabineros de Chile,³⁶ mientras que las pericias de la Policía de Investigaciones corroboraron que el proyectil que dio muerte a Manuel salió del arma disparada por el sargento.³⁷ Posteriormente, Miguel Millacura, frente a fiscales del Ministerio Público, aceptó que disparó el arma, pero

32 *El Mercurio*: “Procesan a Carabinero exonerado por violencia innecesaria con resultado de muerte de menor”, 4 de septiembre de 2011, C15.

33 *El Mercurio*: “General Gordon pide perdón y ordena que dos jefes y un oficial abandonen la institución”, 31 de agosto de 2011, C9.

34 *El Mercurio*: “Millacura cambia su versión y reconoce disparo directo”, 31 de agosto de 2011, C9.

35 *El Mercurio*: “General Gordon pide perdón ...”, op. cit.

36 *Id.*

37 *El Mercurio*: “Millacura cambia su versión ...”, op. cit.

declaró que lo hizo hacia arriba, sin apuntar a ninguna persona. Después, frente a la fiscal militar, cambió su declaración, admitiendo que habría disparado en un ángulo de 45 grados, directo a la gente que se encontraba en el sector poniente de la avenida Américo Vespucio,³⁸ donde se encontraba Manuel Gutiérrez.

El ex sargento Millacura fue inicialmente formalizado por el Ministerio Público de Chile por el delito de homicidio,³⁹ siendo decretada en la misma audiencia la medida cautelar de prisión preventiva en atención a la gravedad de las penas y al hecho que “el imputado no ha facilitado sino entorpecido el desarrollo de los hechos”.⁴⁰ Finalmente, en la audiencia de formalización, el caso fue derivado a la justicia militar por iniciativa de la jueza que lo estaba conociendo y con la venia del fiscal y la defensa.⁴¹ El caso, actualmente investigado por la Fiscal militar Paola Jofré, tiene como principal sospechoso a Millacura Cárcamo, quien fue sometido a proceso el 4 de septiembre pasado,⁴² habiéndose realizado una reconstitución de escena e interrogado a diversos testigos, entre ellos, a los funcionarios policiales que lo encubrieron.⁴³ Millacura hoy se encuentra en libertad por orden de la Corte Marcial.

El presente caso permite examinar y cuestionar diversos aspectos de la justicia militar que hacen necesaria su estricta limitación. Un primer aspecto dice relación con el concepto de delito militar. Como se ha indicado, el ex sargento Millacura se encuentra procesado por dos delitos de violencia innecesaria. Este ilícito penal también puede ser cometido por funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, los cuales son juzgados por la justicia ordinaria y no por la militar, al no estar afectos a dicho estatuto. Esto grafica que aquello que vincula a esta judicatura a los funcionarios de Carabineros es exclusivamente su pertenencia a la institución y no la naturaleza y forma de comisión del delito cometido o los bienes y/o valores jurídicos que la conducta imputada afecta, cuestión que es contraria a lo indicado por la Corte IDH, que alude a que debe tratarse de delitos que afecten bienes jurídicos que sean **“estrictamente militares”** y constituyen conductas graves **“cometidas por militares”** que atentan contra dichos bienes jurídicos”.⁴⁴ Asimismo, la Corte restringe el alcance de los delitos penales militares, es decir, acota qué conductas pueden ser definidas como delito penal

38 Id.

39 *El Mercurio*: “Jueza ordena prisión preventiva para ex sargento, y caso pasa a la justicia militar”, 31 de agosto de 2011, C9.

40 Id.

41 Id.

42 *El Mercurio*: “Procesan a Carabinero exonerado...”, op. cit.

43 *El Mercurio*: “Familia de menor baleado acusa encubrimientos”, 2 de septiembre de 2011, C8.

44 Corte IDH, caso *Palamara*, op. cit., párr. 132 (énfasis añadido).

militar y estar sujetas a la justicia militar, señalando que “El Tribunal destaca que esos delitos [Militares] solo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses **en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado**”.⁴⁵ Esto no ocurre en el presente caso: Millacura se encontraba realizando funciones de contención de manifestaciones sociales, no en un contexto de conflicto armado con potencias extranjeras o en labores de protección de fronteras, por ejemplo.

Si el Estado de Chile toma en serio la orden de la Corte IDH, debería excluir a Carabineros de la justicia militar, ya que por su propia definición a este cuerpo le compete la mantención del orden público y la seguridad interna del país. Es decir, son muy escasas las conductas que, en el ejercicio de sus funciones, involucren la defensa nacional. Respecto de esta situación, el Profesor Carlos Flores Dawson se pronuncia afirmando que “Chile es uno de los pocos países donde los policías son juzgados por justicia militar y no, como pasa en todas partes, (...) por los civiles”.⁴⁶

La discrepancia entre lo ordenado por la Corte y la normativa de nuestro país se debe a la falta consenso (antes analizada) sobre qué atribuye la calidad de militar. Para Daniel Soto, la calidad de militar no responde a la función desempeñada, sino a la existencia del vínculo de obediencia y no deliberancia⁴⁷ que el Estado atribuye a su relación con ciertas instituciones, usualmente derivado de su particular forma de organización. De todas formas, este criterio choca con lo indicado por la Corte, que es vinculante para el país.

El presente caso da cuenta de un escenario en donde se conjugan responsabilidades penales y disciplinarias. Millacura no reportó el disparo que realizó y llevó a cabo una serie de conductas tendientes a eliminar sus rastros. En palabras del ex general Gordon: “Lamentablemente, uno de los nuestros, incumpliendo todas las normativas que tenemos al respecto, hizo uso de las armas, saliéndose de los parámetros que estas requieren”.⁴⁸ Ciertamente las conductas destinadas a borrar rastros deben ser sancionadas, ya que constituyen infracciones disciplinarias, contempladas en el régimen disciplinario administrativo. Pero el disparo que dio muerte a Manuel Gutiérrez afectó un bien jurídico que trasciende lo militar, como es la vida, lo que debe ser juzgado por la justicia ordinaria.

45 Id. (énfasis añadido)

46 Carlos López Dawson es autor del libro *Justicia militar en el siglo XXI* y es profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Autónoma de Chile. El libro fue presentado por Francisco Vidal, ex Ministro de Defensa, Nelson Caucoto Pereira, abogado de derechos humanos y profesor de derecho penal, y Sergio Cea Cienfuegos, profesor de derecho militar. Entrevista personal con Carlos López Dawson, Santiago, 4 de abril de 2012.

47 Entrevista personal con Daniel Soto Muñoz, Santiago, 26 de julio de 2012.

48 *El Mercurio*: “General Gordon pide perdón...”, op.cit.

Un segundo aspecto dice relación con el alcance de la justicia militar a civiles. Si bien Millacura ejercía en la calidad de carabinero cuando realizó los disparos, las víctimas son civiles; debido a las limitaciones de la Ley 20.477, se encuentran sometidas a la justicia militar. A este respecto se debe recordar las interpretaciones de la Corte Suprema en sus diversos informes a proyectos de ley respecto de la expresión “civiles”, en relación a lo ocurrido en este caso. En un sentido similar, la presidenta de la Comisión de Constitución del Senado indicó que “los casos que tienen como víctimas a civiles como consecuencia del abuso policial no debieran ser de la competencia de la justicia militar, que tiene mucho de militar y poco de justicia. Sí por la justicia civil”.⁴⁹

Un tercer punto dice relación con la vigencia del derecho a la defensa en el contexto de la justicia militar. Al respecto, el ex abogado de Millacura, Víctor Neira, renunció a la defensa del ex sargento por mantener profundas discrepancias con otros defensores del ex funcionario policial. Neira sostiene que debió haberse apelado el procesamiento de la fiscal militar Paola Jofré, al haber imputado el delito de violencia innecesaria con resultado de muerte y no el ilícito de cuasidelito de homicidio. Neira sostiene que Millacura “espera clemencia de los jueces militares” y que por ello le solicitó que desistiera de la apelación presentada, ya que “está influenciado por abogados pasivos que siguen la lógica del sistema antiguo, porque creen que los fiscales son vicarios enviados del Cielo para impartir justicia en la tierra y que no hay que discutirles nada”⁵⁰. Neira sostiene que, por esta actitud de no discutir nada a los fiscales, Millacura pasará más tiempo del que corresponde en prisión preventiva.

No debe olvidarse que uno de los mandatos de la sentencia Palamarra fue reformar la justicia militar chilena en materia de debido proceso, indicándose que esta padece de problemas estructurales importantes, como la dependencia jerárquica del fiscal militar al juez militar y el hecho de que este último no necesariamente es abogado. Si bien no puede afirmarse que exista una práctica de violaciones sistemáticas en este punto, es posible considerar que los abogados de Millacura decidieron no ejercer los derechos de su representado para evitar caer en “desgracia” frente a los jueces militares y arriesgar sanciones más severas, en un contexto en que los jueces militares no proveen ninguna de las garantías que los jueces civiles sí otorgan.

Un último punto a resaltar es que, una vez producida la formalización, fue el propio tribunal el que se declaró incompetente, sin existir oposición del fiscal ni del defensor de Millacura. Esta situación resulta

49 Senado de Chile: “Solicitan al gobierno otorgar urgencia a reforma a la justicia castrense”, 31 de agosto de 2011.

50 La Nación Online: “Ex-abogado de Millacura: Él espera clemencia de los jueces militares”, 20 de septiembre de 2011.

curiosa ya que, a nivel de estatuto de garantías, Millacura tiene más derechos en la reforma procesal penal que en la justicia militar, por lo que otro tipo de consideraciones deben pasar por la mente de los defensores. Es también llamativo que la decisión del juez de garantía fuera de oficio y no motivara la oposición de ninguno de los intervenientes.⁵¹

2.2. Violencia sexual policial⁵²

El 28 de octubre de 2011⁵³ se llevó a cabo una manifestación social llamada “toma del río Mapocho”, cuyo objetivo era atraer la atención de las autoridades por parte de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios, a fin de entregar a la autoridad una propuesta en materia de educación.

La toma del río generó la intervención de funcionarios de fuerzas especiales, quienes procedieron al desalojo de la actividad. En dicho contexto, la niña Javiera Sepúlveda, de 14 años, fue detenida por diversos miembros de fuerzas especiales, quienes la tomaron de los pies y las manos para retirarla del lugar, procedimiento durante el cual personal de carabineros, entre ellos una funcionaria, pateó en diversas ocasiones a Javiera en su vagina y muslos, mientras se encontraba sujeta de sus extremidades por otros funcionarios. Estos son los hechos consignados en el parte policial.⁵⁴

Por lo anterior, la Corporación Humanas presentó una querella criminal contra los funcionarios de carabineros involucrados por el delito de abuso sexual en concurso con lesiones, en atención a que, producto de la violencia policial, Javiera Sepúlveda sufrió sangramiento vaginal y contusiones que obligaron a internarla en el Hospital Calvo Mackenna por dos días.⁵⁵

El 24 de abril de 2012 se produjo una audiencia ante el octavo juzgado de garantía de Santiago, presidida por la jueza Alicia Rosende, a propósito de la solicitud del Ministerio Público de Chile, con el apoyo del defensor Cristian Ahumada, que buscaba derivar el caso al sistema de justicia militar. Las argumentaciones esgrimidas por el fiscal en dicha audiencia muestran de forma patente que el fallo Palamara Irrabarne sigue siendo desconocido por nuestras autoridades y que la ley, aunque sea contraria a los derechos fundamentales, pesa más que los compromisos que el país ha asumido libre y voluntariamente.

Al respecto, el fiscal Sr. Félix Rojas señaló que “los delitos y actos come-

51 *El Mercurio*: “Jueza ordena prisión preventiva para ex sargento, y caso pasa a la justicia militar”, 31 de agosto de 2011, C9.

52 Véase, en este mismo *Informe*, los capítulos sobre “Violencia policial” y “Derechos humanos de las mujeres y niñas”.

53 *El Ciudadano*: “Tribunal rechaza competencia militar en caso de secundaria agredida por Carabineros”, 3 de mayo de 2012.

54 8º Juzgado de Garantía de Santiago, *Audiencia de solicitud de incompetencia del tribunal Causa RIT 569-2012*, 24 de abril de 2012.

55 *El Ciudadano*: “Tribunal rechaza…”, op. cit.

tidos por los funcionarios de carabineros en actos de servicio deben ser conocidos por la justicia militar”⁵⁶ y que entiende que “al encontrarse vestidos como carabineros y al estar controlando una protesta se encuentran en acto de servicio”. El fiscal Rojas agregó, ante el alegato de la querellante aludiendo a que la justicia militar adolece de problemas de imparcialidad y falta de transparencia, que sobre “la desconfianza que existe o no respecto de los tribunales militares, cada uno puede tener su opinión de eso, pero los tribunales existen y están regulados por ley (...)"⁵⁷

Del razonamiento seguido por el fiscal es posible observar que este hace aplicación automática del artículo 5 nº 3 del CJM, a pesar de que se trata de una conducta que no afecta bienes jurídicos militares, ni se trata de labores realizadas por el funcionario policial en el contexto de la defensa del país. En tal sentido, el fiscal, o bien desconoce el dictamen de la Corte IDH sobre la materia o lo conoce pero decide ignorarlo y solo preocuparse por aplicar la ley. Más claro es su comentario acerca de las opiniones que se puedan tener respecto de la justicia militar, que obligó a la querellante a recordarle que los vicios de la justicia militar chilena no son materia de opinión, sino que se trata de problemas estructurales probados por los cuales Chile ha sido condenado. Como hemos destacado en versiones previas de este *Informe*, sigue llamando la atención el profundo desconocimiento entre los operadores de justicia de la sentencia de 2005.

A pesar de la postura de la defensa y del fiscal en este caso, este permanece hasta la fecha en la justicia ordinaria debido a la sentencia de la jueza Rosende, quien indicó “Los hechos no se encuadran en el artículo 5 nº 3 (...) es dudoso si podemos comprender o entender un acto de violencia contra la mujer puede ser comprendido dentro de acto de servicio militar”; “la naturaleza de los hechos investigados se relacionan con un actuar alejado propiamente de un acto de servicio militar”.⁵⁸ Resulta interesante observar que en la argumentación de la jueza no hay alusión alguna a los argumentos esbozados por la querellante referidos a la condena internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Con todo, la jueza acierta al entender que no es posible que un acto de violencia contra una mujer se enmarque en el contexto de un acto servicio, es decir, no es concebible que entre las conductas policiales destinadas a mantener el orden se contemple como protocolo de acción una actuación como la descrita. Ello justifica que el caso se mantenga en la judicatura ordinaria.

56 8º Juzgado de Garantía de Santiago, *Audiencia de solicitud de incompetencia del tribunal Causa RIT 569-2012*, op. cit.

57 Id.

58 Id.

RECOMENDACIONES

Al igual que en versiones previas, este capítulo termina formulando una serie de recomendaciones. No deja de llamar la atención como, año a año, los problemas informados se siguen repitiendo y no parece haber conciencia de su relevancia ni intentos por solucionarlos.

1. El caso de violencia sexual policial es un ejemplo patente de la ignorancia de los operadores judiciales, particularmente fiscales, acerca de los alcances del fallo Palamara, de lo vinculante de las sentencias de la Corte IDH y de cómo mediante sus actuaciones pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile. Resulta impresentable que, a siete años del fallo contra nuestro país, se sigan emitiendo opiniones como la siguiente: “la desconfianza que existe o no respecto de los tribunales militares, cada uno puede tener su opinión de eso, pero los tribunales existen y están regulados por ley (...).” No se debe olvidar que los problemas de la justicia militar en Chile son estructurales y que ello es un hecho acreditado en un juicio internacional.
2. Otro punto que no deja de sorprender es la liviandad con la que el ejecutivo toma la condena del fallo Palamara. Han pasado siete años y se mantiene la mora en su cumplimiento. Parece no existir premura, a tal punto que fue una huelga mapuche la que dobló la mano del ejecutivo y forzó una reforma parcial. En este escenario, no parece recomendable que el Ministerio de Defensa siga siendo responsable de la reforma a la justicia militar, tanto porque su misión institucional es muy amplia, “todo lo que tenga que ver con defensa”, como por el hecho de que existe otro Ministerio que está en mejores condiciones estructurales para hacerse cargo de esta política pública. Esto no supone que Defensa se vuelva irrelevante. Por el contrario, debe participar. Pero el Ministerio que tiene el *know how* y la experiencia debe ser el que lidere el proceso.
3. La reforma a la justicia militar supone una planificación sofisticada para su adecuada implementación. Creemos que la labor llevada a cabo por Defensa muestra muchos “ires y venires” que entorpecen las probabilidades de éxito de esta reforma. Es necesario que el gobierno fije un solo curso de acción y lo mantenga, estableciendo plazos claros y metas concretas. De las entrevistas sostenidas y de la historia del Ministerio de Defensa en esta materia, no se concluye que exista tal planificación.
4. Es necesario incorporar a la sociedad civil en este proceso de reforma. Ello permitirá adelantar críticas y resolver problemas antes de su ocurrencia. Existe valioso conocimiento técnico en el mundo académico nacional que actualmente se encuentra excluido del trabajo del Ministerio de Defensa.

5. Finalmente, el Estado debe reexaminar, considerando los estándares internacionales en materia de derechos humanos, el juzgamiento de Carabineros de Chile por la justicia militar. Esto es una decisión discrecional del Estado. Muchos otros países han excluido de esta judicatura a las fuerzas policiales. No se vislumbran razones de peso, que superen el mandato de la Corte IDH, que justifiquen que estos funcionarios no sean juzgados por el mundo civil.

